



# ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

## Hakemli Makaleler

**Hukuka Aykırı ve fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi**  
Av. R. Mete AYTEKİN

**Memurluğun Sona Erme Sebepleri**  
Av. Serdar TÜZÜN

**Marka Lisansı Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Lisans Alanın Denkleştirme İstemi**  
Av. Refik Emre ÖZTÜRK

**Hukuk, Ahlak ve Etik İlişkisi**  
Av. Fatma Betül SEHRAWALA

## Makaleler

**Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyeti Devletine Mustafa Kemal Atatürk ile Hukuk**  
Av. Halil ŞEN

**Örnek Bir Olay Üzerinden YİDK'nin Kısmen Kabul Kararının İptali ile Marka Hükümsüzlüğü Davası**  
Stj. Av. Ayşenur SATAR, Stj. Av. Buse MUTLUTÜRK  
Stj. Av. Busenur DELİGÖZ, Stj. Av. Cemre Nur ÖZER

**İşyeri Sendika Temsilcisinin Sendikal Güvencesi**  
Av. Büşra KAPLAN

**Özelleştirme ve Rekabet Uygulamaları**  
Av. Selenay Ecem KANTARCI

**Hayvanın Hukuki Konumu ve Hayvan Rehni**  
Av. Ahmet SEYHAN

## Sempozyum Bildirisi Özetleri

**Akıllı Sözleşmelerde Medeni Usul Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Birtakım Meseleler**  
Dr. Öğr. Üyesi Mükerrerem Onur BAŞAR

**Yapay Zekâ Destekli Akıllı Sözleşmeler ve Yeni Hukuki Sorunlar**  
Doç. Dr. Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY

**NFT Platformları Fikri Hak İhlallerinden Sorumlu Mudur?**  
Dr. Öğr. Üyesi Zehra ÖZKAN ÜNER

**Fikri Ve Sınai Mülkiyet Hak İhlaline Yönelik Şikayet Usulünde Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yetkisinin Kapsamı ve Sorumluluğu**  
Dr. Bahar ŞİMŞEK

**Döngüsel Ekonominin Önünde Bir Engel Olarak Patent Hakları**  
Dr. Öğr. Üyesi Osman Buğra BEYDOĞAN

**Geleneksel Ürün Adlarının Korunması ve Sicilin Geleneksel Ürün Adları Bakımından Değerlendirilmesi**  
Dr. Öğr. Üyesi Selin ÖZDEN MERHACI

**Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-148/21 Sayılı "Louboutin V. Amazon" Kararı Işığında Yer Sağlayıcıların Marka İhlallerinden "Mütecaviz Olarak" Sorumluluğu**  
Araş. Gör. Ahunur AÇIKGÖZ

**NFT Bağlantılı Dijital Eserler Hakkında İlk Satış Doktrinini (Tükenme İlkesinin) Uygulanabilirliği**  
Doç. Dr. Pelin KARAASLAN

**Yapay Zekânın Ürettiği Fikrî Ürünlerden Doğan Hukuki Sorumluluk**  
Doç. Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN

**Kişisel Verilerin Çerezler Yoluyla İşlenmesi**  
Doç. Dr. Hüseyin Can AKSOY

**Haczedilen Sınai Mülkiyet Haklarının Kıymet Takdirinin Bilirkişi Raporları Kapsamında Değerlendirilmesi**  
Dr. Öğr. Üyesi Cansu KORKMAZ

**Zorunlu Patent Lisansı ve İlaça Erişim Hakkı: Yetim İlaçlar**  
Av. Elif İlayda İLERİ

**3 Boyutlu Yazıcılar: Telif Hakları ve Tasarım Hakkı Korumasının Sınırları**  
Araş. Gör. Koray Güven

**Fikir Ve Sanat Eserleri Hukukunda Tükenme İlkesi Çerçevesinde İkinci El Yazılımlarının Satışının Değerlendirilmesi**  
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ

*Av. Özkan BULGU anısına...*





## **ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ**

Altı Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Süreli Yayın. Tüm Hakları Saklıdır. ISSN 1305-7731. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Eylül 2023.

### **Sahibi Eskişehir Barosu Adına**

Av. Mustafa ELAĞÖZ

### **Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**

Av. Faruk GÜNHAN

### **Editör**

Av. Samet SARIKAYA

### **Yardımcı Editörler**

Av. Ebru ÖZKAN

Av. Fatma ATAMAN

Av. Gaye ARSLAN

### **Yayın Kurulu Üyeleri**

Av. Sencer ÇELEN

Av. Eylem KARACASU

Av. Özlem SUT DOLMUŞ

Av. Kerem BAĞCI

Av. Selin ÖZDEMİR ALTUĞ

Av. Gülsüm ERASLAN

Av. Uğur Can KALYONCU

Av. Batuhan ORAL



## **Danışma Kurulu**

**Prof. Dr. Berrin AKBULUT**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Elif UZUN**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Esra YAKUT**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Hamide ZAFER**

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Selman KARAKUL**

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Bülent YÜCEL**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Duygu ÖZER SARITAŞ**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU**

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk fakültesi

**Doç. Dr. Koray DOĞAN**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Danışma Kurulu**

**Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Reşit KARAASLAN**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANARSLAN KARAKUL**

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Aziz Erman BAYRAM**

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Hatice Derya ORMANOĞLU**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Ozan Ercan TAŞKIN**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Özge ÖZSOY**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## İÇİNDEKİLER

Avukat Özkan Bulgu'nun Özgeçmişi.....**XIX**

Başkanın Sunuş Yazısı.....**XX**

**Av. Mustafa ELAGÖZ**

## HAKEMLİ MAKALELER

Hukuka Aykırı ve Fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi.....**230**

**Av. Recep Mete AYTEKİN**

Hukuk, Ahlak ve Etik İlişkisi.....**253**

**Av. Fatma Betül SEHRAWALA**

Marka Lisansı Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Lisans Alanın Denkleştirme İstemi.....**285**

**Av. Refik Emre ÖZTÜRK**

Memurluğun Sona Erme Halleri.....**314**

**Av. Serdar TÜZÜN**

## MAKALELER

Özelleştirme ve Rekabet Uygulamaları.....**348**

**Av. Selenay Ecem KANTARCI**

Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyeti Devletine Mustafa Kemal Atatürk ile Hukuk.....**372**

**Av. Halil ŞEN**

İşyeri Sendika Temsilcisinin Sendikal Güvencesi.....**388**

**Av. Büşra KAPLAN**

Hayvanın Hukuki Konumu ve Hayvan Rehni.....**414**

**Av. Ahmet SEYHAN**

Örnek Bir Olay Üzerinden YİDK'nin Kısmen Kabul Kararının İptali ile Marka Hükümsüzlüğü Davası.....436

**Stj. Av. Ayşenur SATAR, Stj. Av. Buse MUTLUTÜRK, Stj. Av. Busenur DELİGÖZ ve Stj. Av. Cemre Nur ÖZER**

## SEMPOZYUM BİLDİRİSİ ÖZETLERİ

Yapay Zekâ Destekli Akıllı Sözleşmeler ve Yeni Hukuki Sorunlar.....463

**Doç. Dr. Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY**

Yapay Zekânın Ürettiği Fikrî Ürünlerden Doğan Hukuki Sorumluluk.....464

**Doç. Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN**

Kişisel Verilerin Çerezler Yoluyla İşlenmesi.....466

**Doç. Dr. Hüseyin Can AKSOY**

Geleneksel Ürün Adlarının Korunması Ve Sicilin Geleneksel Ürün Adları Bakımından Değerlendirilmesi.....467

**Dr. Öğr. Üyesi Selin ÖZDEN MERHACI**

Akıllı Sözleşmelerde Medeni Usul Hukuku Ve Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Birtakım Meseleler.....469

**Dr. Öğr. Üyesi Mükerrerem Onur BAŞAR**

Haczedilen Sinaî Mülkiyet Haklarının Kıymet Takdirinin Bilirkişi Raporları Kapsamında Değerlendirilmesi.....471

**Dr. Öğr. Üyesi Cansu KORKMAZ**

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-148/21 Sayılı "Louboutin V. Amazon" Kararı Işığında Yer Sağlayıcıların Marka İhlallerinden "Mütecaviz Olarak" Sorumluluğu.....472

**Araş. Gör. Ahunur AÇIKGÖZ**

Döngüsel Ekonominin Önünde Bir Engel Olarak Patent Hakları.....475

**Dr. Öğr. Üyesi Osman Buğra BEYDOĞAN**

Zorunlu Patent Lisansı Ve İlaça Erişim Hakkı: Yetim İlaçlar.....478

**Av. Elif İlayda İLERİ**

NFT Platformları Fikri Hak İhlallerinden Sorumlu Mudur?.....480

**Dr. Öğr. Üyesi Zehra ÖZKAN ÜNER**

3 Boyutlu Yazıcılar: Telif Hakları Ve Tasarım Hakkı Korumasının Sınırları.....482

**Araş. Gör. Koray GÜVEN**

Nft Bağlantılı Dijital Eserler Hakkında İlk Satış Doktrinin (Tükenme İlkesinin)  
Uygulanabilirliği.....483

**Doç. Dr. Pelin KARAASLAN**

Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tükenme İlkesi Çerçevesinde İkinci El  
Yazılımlarının Satışının Değerlendirilmesi.....486

**Dr. Öğr. Üyesi Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ**

Fikri ve Sınai Mülkiyet Hak İhlaline Yönelik Şikayet Usulünde Elektronik Ticaret  
Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yetkisinin Kapsamı ve Sorumluluğu.....488

**Dr. Bahar ŞİMŞEK**



## **AV. ÖZKAN BULGU**

Avukat Özkan Bulgu, 1953 yılında Eskişehir, Sivrihisar'da doğmuştur. 1976 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Eskişehir Barosu'na kayıtlı olarak serbest avukatlık yapmış, Eskişehir Barosu yönetim kurulu üyeliği, genel sekreterliği; başkan yardımcılığı; disiplin kurulu üyeliği ve disiplin kurulu başkanlığı yapmıştır. 2013 – 2017 tarihleri arasında Türkiye Barolar Birliğinde Disiplin Kurulu üyeliği yapmıştır. 4 Nisan 2023 tarihinde vefat etmiştir.



## **BAŞKANIN SUNUŞ YAZISI**

Değerli Meslektaşlarım;

Eskişehir Barosu Dergisinin 8. Cilt 2. Sayısı ile tekrar sizlerle birlikte olmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Defaatle belirttiğimiz gibi öncelikli amacımız dergimizin sürekliliğini sağlamak, Eskişehir Barosu'nun geleneklerine ve tecrübesine yakışır şekilde dergimizi tüm hukukçuların temel kaynaklarından biri haline getirmektir. Bu kapsamda dergimizi Avukat, Stajyer Avukat, Hakim, Cumhuriyet Savcısı ve Akademisyenlerden oluşan geniş bir kitlenin emek ve mesaisi ile işbirliği içerisinde hazırlıyoruz. Hakemli ve Hakemsiz Makaleler ile Sempozyum Bildirisi Özetlerinden oluşan dergimizin bu sayısını yakın zamanda yitirdiğimiz meslek büyüğümüz, ağabeyimiz Av. Özkan BULGU anısına ithaf ediyoruz. Kendisi bir kez daha rahmet ve minnetle anıyoruz. Tüm hukukçulara keyifli okumalar diliyorum.

**Av. Mustafa ELAGÖZ**  
**ESKİŞEHİR BAROSU BAŞKAN**



## Hukuka Aykırı ve Fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi

Av. Recep Mete AYTEKİN\*

### Öz

Hukuk sistemimizde âmir tarafından verilen emirlere kural olarak mutlak itaat aranmamıştır. Bilakis Anayasada, memurun aldığı emrin hukuka uygunluğunu denetlemesi ve eğer emrin hukuka aykırı olduğu kanaatine varırsa bu durumu âmirine bildirmesi ve emrin yazı ile yenilenmesini istemesi öngörülmüştür. Önemle belirtmek gerekir ki hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası sebebiyle emri yerine getiren memurun sorumluluktan kurtulması hâli yalnızca hukuka aykırı emirler için geçerlidir. Yani konusu suç teşkil eden emri yerine getiren memur hiçbir şekilde sorumluluktan kurtulamaz. Her suç hukuka aykırıdır ancak her hukuka aykırı fiil suç teşkil etmez. Hukuka aykırılık, suç teşkil eden fiilleri de kapsayan çok daha geniş bir kümedir.

### Anahtar Kelimeler

Hukuka Aykırı Emir, Bağlayıcı Emir, Konusu Suç Teşkil Eden Emir, Kusurluluk, Âmir.

\* Eskişehir Barosu, meteaytekin26@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7805-8235.

Gönderim Tarihi: 03.04.2023. Kabul Tarihi: 13.06.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**





## **Fulfilling of an Unlawful but Binding Order**

### **Abstract**

As a rule, absolute obedience to the orders given by the superior is not sought in our legal system. On the contrary, it is stipulated in the Constitution that the officer should check the lawfulness of the order he received, and if he thinks that the order is unlawful, he should notify his superior of this situation and request that the order be renewed in writing. It should be noted that the release of the officer from responsibility due to the execution of an unlawful but binding order is only valid for unlawful orders. In other words, the officer who fulfills the order that constitutes a crime cannot escape responsibility in any way. Every crime is against the law, but not every unlawful act constitutes a crime. Unlawfulness is a much broader set that also includes criminal acts.

### **Keywords**

Unlawful Order, Binding Order, Order Concerning the Subject of a Crime, Defectiveness, Supervisor.

## GİRİŞ

Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emri yerine getiren ast/memur, bu fiilden sorumlu değildir. Anayasa'nın "Kanunsuz Emir" başlıklı 137. maddesindeki düzenlemeye göre emir vermeye yetkili merci tarafından kendisine emir verilen ast/memur öncelikle aldığı emrin, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine uygun olup olmadığını denetleyecektir<sup>1</sup>. Ast/memur aldığı emrin hukuka uygun olduğuna kanaat getirirse emri yerine getirir. Gerçekleştirilen fiil hukuka uygun olduğu için bu halde zaten herhangi bir sorumluluk doğmaz<sup>2</sup>. Ast/memur emrin konusunun suç olduğuna kanaat getirirse emri hiçbir şekilde yerine getirmez<sup>3</sup>. Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast/memur sorumluluktan kurtulamaz. Bu hâlde konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast/memur fail, emri veren âmir ise azmettiren olarak sorumlu olur. Ancak önemle belirtmek gerekir ki emrin konusunun suç teşkil ettiğinin ast/memur tarafından anlaşılabilir seviyede olması gerekir. Emrin konusunun suç teşkil ettiği ast/memur tarafından açıkça anlaşılamiyorsa ve ast /memur emri yerine getirirse bu hâlde emri veren âmir, astı/memuru suçta araç kullanmış olur ve dolaylı fail olarak sorumlu olur. Astın/memurun ise sorumluluğu doğmaz.

Bir diğer ihtimal ise ast/memur tarafından yapılan denetimde, verilen emrin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirmesidir. Bu ihtimalde ast/memur, emri yerine getirmez, emrin hukuka aykırı olduğunu emri veren âmire bildirir ve emrin yazı ile yenilenmesini ister. Hukuka aykırı emir âmir tarafından yazı ile yenilenirse ast/memur hukuka aykırı emri yerine getirir ancak hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinden sorumlu olmaz. Bu halde emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumluluk emri verene aittir.

<sup>1</sup> Astın aldığı emrin birinci olarak hukuka uygun olup olmadığı ikinci olarak suç teşkil edip etmediği yönlerinden araştırması gerektiğine ilişkin bkz. ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihan/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/ TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 415.

<sup>2</sup> ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 498.

<sup>3</sup> Bu konuda Türk Ceza Kanununda, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda, Devlet Memurları Kanununda ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda birbirine paralel ve Anayasaya uygun düzenlemeler mevcuttur.

Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast/memur sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bununla birlikte konusu suç teşkil etmediği hâlde hukuka aykırı fakat bağlayıcı olan emri, astın/memurun yerine getirmesi üzerine bu fiilin nedensel bir sonucu olarak bir suç meydana gelmesi durumunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendi uyarınca hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getiren ast/memur hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir<sup>4</sup>.

Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumsuzluk hâlinin hukuki niteliği ise doktrinde tartışılmıştır. Bir kısım yazarlar ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesini bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirirken, doktrindeki diğer bir görüş ve 5237 sayılı yeni TCK bu kurumu kusurluluğu etkileyen hâl olarak değerlendirmektedir. Bu konuda Özgenç, “*Bizatihi hukuka aykırı olan emir, ifa zorunluluğu getiren hükümle emir alan açısından hukuka uygun hâle getirilmemektedir.*” şeklinde değerlendirmede bulunarak bağlayıcı emrin ifasının bir hukuka uygunluk nedeni değil, fakat kusurluluğu kaldıran bir hâl olduğunu belirtmiştir<sup>5</sup>.

Ayrıca çalışmamızın konusu olan hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası kurumu, bir hukuka uygunluk nedeni olan âmirin emrini ifadan<sup>6</sup> farklı bir kurumdur. Âmirin emri hukuka uygunluk sebebi de TCK m. 24'te düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk sebebi olan âmirin emri kurumunun konusu olan emir, özünde, hukuka uygun bir emirdir. Ancak burada söz konusu olan hukuk düzeni tarafından emir verme yetkisiyle donatılmış olan âmirin, muhtevası da hukuka uygun olarak verdiği emrin yerine getirilmesi sonucunda bir suç vücuda gelirse bu halde emri yerine getiren

<sup>4</sup> ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Ruhan / SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem/ ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VİLLEMİN, Derya / TOK, Mehmet Can: “Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü”, (Ed.) Bahri Öztürk: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017 s. 642.

<sup>5</sup> ÖZGENÇ, s. 499.

<sup>6</sup> Âmirin hukuka uygun ve bağlayıcı emrinin hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin bkz. ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016 s. 321.

ast/memur âmirin emri hukuka uygunluk nedeninden yararlanacak ve beraat edecektir<sup>7</sup>. Oysaki hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getiren ast/memur hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Zira âmirin emrini ifa, bir hukuka uygunluk nedeni olmasından mütevellit hukuk düzeni ile barış içinde ve hukuk düzeni tarafından “onay”lanmaktadır. Diğer yandan hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi ise hukuk düzeni ile barışık değil, fakat çatışma hâlinde olmasına karşılık, hukuk düzeni tarafından yalnızca “hoşgörü”lmektedir<sup>8</sup>.

## I. HUKUKA AYKIRI FAKAT BAĞLAYICI EMRİN İFASINDAN DOLAYI SORUMSUZLUĞUN ŞARTLARI

### A. Yerine Getirilmesi Görev Gereği Zorunlu Bir Emir Bulunmalıdır

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifa edilmesi sonucunda emri ifa eden memurun sorumluluktan kurtulabilmesi için ilk şart ortada teknik anlamda bir emir bulunmasıdır. Emrin tanımı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun (TSKİHK) 8. maddesinde yapılmıştır. Buna göre “*Emir: Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesidir.*”. Emir kavramının tanımında geçmesi sebebiyle Hizmet kavramının anlamına da bakılması gerekmektedir. TSKİHK'nin m. 6'da Hizmet; “*Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, âmir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Her iki kavramın tanımları birbirine çok benzemektedir. Emir, hizmetin somutlaşmış halidir denilebilir.

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifasından sorumsuzluk için bir emir bulunması gereklidir ancak yeterli değildir. Aynı zamanda bu emrin görev ve hizmetin gereği olarak yerine getirilmesi zorunlu olmalıdır<sup>9</sup>. TCK'nin 24/2'inci maddesinde bu şart hüküm altına alınmıştır. Kanunun, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan emirden kastı bazı görev ve hizmetlerin, konusu hukuka aykırı emir vermeyi

<sup>7</sup> DENİZ, Buket, ‘Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Âmirin Emrinin İfası’, *Gaziantep University Journal Of Social Sciences*, 2020, Cilt 19, Sayı 3, s. 941,945.

<sup>8</sup> AKKURT Ali, ‘Yetkili Âmirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk’, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 1, Sayı 1, s. 55,58.

<sup>9</sup> AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 664

gerektirebilmesidir<sup>10</sup>. Görev ve hizmetin hukuka aykırı emir vermeyi gerektirmediği veya gerektirdiği halde verilen emrin konusunun icra edilen görev ve hizmetle alakalı olmadığı hallerde verilen hukuka aykırı emrin ifa edilmesi, memuru sorumluluktan kurtarmaz<sup>11</sup>.

Kanun aynı zamanda hukuka aykırı emrin yetkili bir merciden verilmesini de aramıştır. Hukuka aykırı emri yerine getirecek memur bakımından âmîr yani emir verme yetkisini haiz kişi/makam konumunda bulunmayan bir kişi veya merciden gelen hukuka aykırı emrin ifası durumunda, emri ifa eden memur sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin İçişleri Bakanlığı bünyesinde çalışan bir memur, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından verilen hukuka aykırı bir emri yazılı olarak yenilense dahi yerine getirmeyecektir.

Emir alan ast kural olarak aldığı emrin içerik ve şekil bakımından hukuka uygunluğunu denetlemek zorundadır. Ancak bu denetim pratikte o kadar da kolay gerçekleşmemektedir. Örneğin Cumhuriyet Savcısı tarafından sözlü olarak verilen gözaltı emrini alan kolluk kuvvetleri bu emrin hukuka uygunluğunu (Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan gözaltının şartlarının oluşup oluşmadığı denetimi) pratikte asla denetleyemezler. Zira bu denetimi yapmaya ne bilgileri ne de yetkileri vardır. Şu halde emir alan ast sorumlu tutulamaz. Ancak ast her halde verilen emrin şekil bakımından hukuka uygunluğunu denetlemek zorundadır. Yani emrin yetkili makam tarafından ve şekil şartlarına uygun olarak verilip verilmediğini denetlemek zorundadır<sup>12</sup>. Örneğin arama emri gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yazılı olarak verilmelidir. Gecikmesinde sakınca bulunduğu bahisle sözlü olarak verilen arama emrini alan kolluk kuvvetleri bu emri yerine

<sup>10</sup> ZAFER, s. 380.

<sup>11</sup> Aksi yönde bkz. ZAFER s. 380. *Zafer*, görev ve hizmete ilişkin olmayan emrin yazılı olarak yenilenmesi durumunda emri yerine getiren memurun sorumluluktan kurtulacağı görüşündedir. Bu görüşe katılmamaktayız zira gerek Anayasa m.137, gerek TCK m.24, gerekse de Askeri CK m.41 lafzen ve ruhen hukuka aykırı emri yerine getiren memuru koruma amacıyla değil fakat kamu hizmetinin aksamasının önüne geçmek amacıyla getirilmiş normlardır. Anayasa ve kanun koyucu tarafından kamu hizmetiyle ilgisi olmayan bir konuda verilmiş hukuka aykırı emri yerine getiren memuru korumak gibi bir amaç güdülmemiştir. *Zafer*'e, hukuka aykırı emri yerine getiren memura karşı gereğinden fazla koruyucu davrandığı yönünde eleştiri getirilebilir.

<sup>12</sup> DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2021, s. 302.

getirmemeli ve emrin yazı ile yenilenmesini emrinde çalıştıkları Cumhuriyet Savcısından istemelidirler.

## **B. Kamu Hukukundan Kaynaklanan Ast-Üst (Âmir-Memur) İlişkisi Bulunmalıdır**

Anayasa'nın "Kanunsuz Emir" başlıklı 137'inci maddesinde hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası nedeniyle sorumluluktan kurtulmanın ön şartı olarak kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olmak aranmıştır. Bu şartın gerçekleşmesi için hukuka aykırı emri veren ve ifa eden kişilerin kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olması gerek şart olmakla birlikte yeterli değildir. Zira TCK'nin 24. maddesinde emri ifa eden kişiden sorumluluğun kalkması için Anayasada aranan kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olmak şartının yanında emrin aynı zamanda yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olmak şartı da aranmıştır. Kamu hukukundan kaynaklanan ast-üst (âmir-memur) ilişkisinin varlığından söz edebilmek için her iki şartın kümülatif olarak bulunması gerekmektedir.

Anayasa m. 137'nin ve ona paralel bir düzenleme öngören TCK m. 24'ün aradığı şartlar olarak yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emir ve kamu hukukundan kaynaklanan ast-üst (âmir-memur) ilişkisi bulunmalıdır.

## **C. Hukuka Aykırı Emrin Konusu Suç Teşkil Etmemelidir**

Anayasa m. 137/2, TCK m. 24/3, Devlet Memurları Kanunu (DMK) m. 11/3 ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m. 2/B konusu suç teşkil eden emrin kural olarak yerine getirilmeyeceğini, yerine getiren astın sorumluluktan kurtulamayacağını açıkça düzenlemiştir. Bu noktada üzerinde durulması gereken nokta emrin konusunun suç teşkil ettiğinin ast tarafından anlaşılmasıdır. Yani konusu suç teşkil eden emri yerine astın kastı aranır. Yerine getirdiği emrin suç teşkil ettiğini bilmeyen astın sorumluluğu doğmaz. Ayrıca emrin konusunun suç teşkil ettiğinin açık ve net bir şekilde anlaşılması gerekmektedir<sup>13</sup>. Örneğin bir savaş uçağı pilotuna

<sup>13</sup> Nitekim Alman Federal Memurlar Kanunu m. 63/2'ye göre de "... Emredilen davranışın suç veya kabahat niteliği memurlar tarafından bilinebilir ise emir uygulanmamalıdır." (Alman

verilen şehir merkezini bombalaması emrinin suç teşkil ettiği daha ilk anda anlaşılabilir. Bununla birlikte aynı savaş uçağı pilotuna verilen, teröristlerin yoğun olarak kullandığı yolun bulunduğu dağın başını bombalama emrinin suç teşkil edip etmediğini uçağı sevk ve idare etmekle meşgul olan pilotun o esnada araştırabilmesi ve denetleyebilmesi kendisinden beklenemeyeceği gibi verilen emir de hayatın olağan akışına uygun bir emirdir. Bu örnekte terörist zannedilen kaçakçıların bombalama sonucu öldürülmesi neticesinden savaş uçağı pilotu sorumlu tutulamayacaktır.

Konusu suç teşkil eden emrin, hukuka aykırı emirden ayrıldığı bir diğer nokta şudur ki; hukuka aykırı emri alan memurun yapacağına aksine konusu suç teşkil eden emri alan memur, emri verenden emrin yazı ile yenilenmesini istemeyecektir. Konusu suç teşkil eden emri alan memur emri yerine getirmeyeceği gibi bundan başka hiçbir şey de yapmayacaktır.

Konusu suç teşkil etmeyen ancak hukuka aykırı emir için; bir kamu hastanesinde çalışan doktorlara her ay eşit olarak nöbet yazmakla görevli A'ya, başhekim B tarafından C isimli doktora 1 nöbet fazla ve D isimli doktora 1 nöbet eksik yazması yönünde talimat verilmesi hâli örnek olarak verilebilir. Bu örnekte başhekim ve nöbet yazıcısı A arasında Anayasa ve Kanunun aradığı bütün şartlar mevcuttur (Başhekim yetkili mercidir, başhekim ve A arasında kamu hukukundan kaynaklanan ast-üst ilişkisi mevcuttur.). Başhekim B tarafından verilen emrin konusu suç teşkil etmemekle birlikte adaletsiz ve hukuka aykırı bir emirdir. Bu emri alan nöbet yazıcısı A emrin hukuka aykırı olduğunu başhekim B'ye bildirmeli ve yazı ile yenilenmesini istemelidir. Eğer emir başhekim B tarafından yazı ile yenilirse bu durumda A emri yerine getirir ve fakat sorumlu olmaz. Sorumluluk hukuka aykırı emri veren başhekim B'ye aittir.

---

Federal Memurlar Kanunu'ndan aktaran ZAFER s.378. Aynı şekilde Türk ACK m. 41/3'e göre emir alan ast, emrin içeriğinin suç teşkil ettiğini bilmiyorsa sorumlu olmaz bkz. Askeri Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22/05/1930, 15.6.1930 tarihli ve 1520 sayılı Resmî Gazete. *Zafer*'e göre; ACK'de öngörölmüş olan bu kuralın, görev ve hizmetin kapsamında kalan ve konusu suç tanımına uyan fiile ilişkin tüm emirler bakımından kabul edilmesi gerekmektedir. ZAFER s. 380.

Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralının tek istisnası Askeri Ceza Kanunu'nun (ACK) 41. maddesinin 2. fıkrasıdır. Buna göre; “*Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür*<sup>14</sup>.” Bu düzenlemeye göre, askeri hizmete ilişkin bir konuda verilen emrin konusunun suç teşkil ettiği emri yerine getiren ast tarafından bilinmiyorsa emri yerine getiren sorumlu olmaz fakat emri veren âmir sorumlu olur. Emrin konusunun suç teşkil ettiğinin ast tarafından bilinmiyor olması şartını yine ACK'nin 41. maddesinin 3. fıkrasının B bendinden çıkarmaktayız. Bu bende göre *âmirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendisince malum ise* emri yerine getiren ast da âmirle birlikte müşterek fail olarak sorumlu olur. Yine aynı Kanun'un 41. maddesinin 3. fıkrasının A bendine göre emri alan ast kendisine verilen emrin sınırlarını aşmış ise bu halde de emri verenle birlikte müşterek fail olarak sorumlu olacaktır<sup>15</sup>. Bununla birlikte öğretilerde *Aydın*, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralının hiçbir istisnası olmadığını ifade etmiştir<sup>16</sup>.

ACK'nin, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine cevaz veren 41.maddesi, Anayasa'nın kanunsuz emri düzenleyen 137. maddesinin 3. fıkrasında kanun koyucuya verilen istisna getirme yetkisine dayanarak yapılmış bir düzenlemedir. Anayasa m. 137/2, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceğini düzenlemekle birlikte m. 137/3 “*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*” şeklinde olup askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hâllerle sınırlı olmak üzere konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralına kanunla istisna getirilebileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar Anayasa'nın 137/2 maddesi

<sup>14</sup> Askeri Ceza Kanunu.

<sup>15</sup> AKBULUT, s. 666.

<sup>16</sup> Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralının hiçbir istisnası olmadığı yönünde bkz. AYDIN, Hüseyin: ‘Askeri Hizmetlerin İfasında Suç Teşkil Eden Emri Yerine Getirenin Cezai Sorumluluğu’ *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 33, s. 41.



istisna kabul etmeyecek şekilde düzenlenmiş<sup>17</sup> gibi görünmekte olsa da m. 137/4 ile birlikte okunduğunda istisna getirilebileceği anlaşılmaktadır.

## II. MUTLAK İTAAT ARANMAMASI KURALININ İSTİSNALARI

Anayasa, TCK ve PYSK kural olarak emirlere mutlak itaat aramamakla birlikte, Anayasa m. 137/3; “*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*” demek suretiyle bu kurala hangi hallerde istisna getirilebileceğini belirtmiş ve istisnaları düzenleme işini kanun koyucuya bırakmıştır. Kanun koyucu ise mutlak itaatin arandığı iki istisna belirlemiştir. Bu iki hâl TCK m. 24/4’te “emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin Kanun tarafından engellendiği durumlar” olarak adlandırılmış ve bu hâllerde emri yerine getiren astın/memurun değil, emri veren âmirin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki mutlak itaat aranan bu iki istisna hâlinde dahi konusu suç teşkil eden emir yerine getirilmez. Bu iki hâlde mutlak itaat; konusu suç teşkil eden emirler için değil, sadece hukuka aykırı emirler için aranmıştır.

### A. Askerler Açısından

TSKİHK m.14; “*Ast; âmir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, âmirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.*” şeklinde bir düzenleme getirerek askerlerden emre karşı mutlak itaat aramıştır. Hatta Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği (TSKİHY) m. 10; “- *Astın, aldığı bir emirden dolayı âmirine mütalâada bulunması kat’îyen yasaktır. Alınan emir hiç bir kayıt ve şarta bağlanmaksızın ve hiç bir düşünceye kapılmaksızın yapılacaktır. Bir emri alırken veya aldıktan sonra mırıldanmak, doğru bulmadığını sezdirecek hal ve harekette bulunmak cezayı müstelzimidir.*” şeklinde olup, askerlerin değil verilen emrin hukuka uygunluğunu

<sup>17</sup> GÜNEY, Niyazi / ÖZDEMİR, Kenan / BALO, Yusuf Solmaz: *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1.Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 2004 s. 113.

denetlemek, verilen emir hakkında mütalaada bulunmayı (düşünmeyi) dahi yasaklamakta ve yine değil emrin yazı ile yenilenmesini istemek emir hakkında mırıldanmayı, emri doğru bulmadığını sezdirecek hal ve harekette bulunmayı dahi cezaya layık görmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki “*Bir emri alırken veya aldıktan sonra mırıldanmak, doğru bulmadığını sezdirecek hal ve harekette bulunmak cezayı müstelzimidir.*” şeklindeki hüküm kanunda değil, fakat yönetmelikte yer almaktadır. Bu durum Anayasanın, suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38/3’üncü maddesinde düzenlenen “kanunsuz suç olmaz (nullum crimen sine lege)” ilkesine aykırı değildir. Zira disiplin hukukunda kanunsuz suç olmaz ilkesi geçerli değildir. Disiplin suç ve cezalarının Kanunla konulması zorunlu olmadığı gibi disiplin suçu ve disiplin cezası içeren disiplin normlarında kıyas da yasak değildir<sup>18</sup>. Bu bağlamda TSKİHY m.33’te, askeri hizmete ilişkin olarak alınan emir, ACK m.41/3-B bendine giren haller hariç olmak üzere yani emrin konusunun suç teşkil ettiğinin emri alan ast tarafından biliniyor olduğu haller hariç olmak üzere, hukuka aykırı olsa bile ast tarafından yerine getirilecek ve sonra şikâyet edilecektir<sup>19</sup>. Buna göre alınan emrin hukuka uygunluğu ancak emir yerine getirildikten sonra denetlenebilmektedir.

Bu noktada askerler açısından önem arz eden nokta üst ve âmir kavramlarının iyice anlaşılması gerekliliğidir. TSKİHK m. 9’a göre âmir, makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyetini haiz kimsedir. Yine aynı Kanun’un 10. maddesine göre üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir. Yani örneğin bir teğmen açısından teğmenin bulunduğu bölüğün komutanı olan yüzbaşı âmir iken, yandaki bölüğün komutanı olan yüzbaşı üsttür. Üst ve âmir kavramlarının ayırt edilmesinin önemi hukuka aykırı emrin verilmesi durumunda kendini göstermektedir. Şöyle ki, aynı teğmene bölük komutanı olan yüzbaşı (âmir) tarafından verilen emir, konusu suç teşkil etmediği sürece, hukuka uygunluk denetimi yapılmadan, tabir caizse sorgusuz sualsiz yerine getirileceği halde yan bölüğün komutanı olan yüzbaşı (üst) tarafından

<sup>18</sup> GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku Cilt II*, 2.Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2009, s.756. Ancak öğretilerde *Akılmaz / Sezginer / Kaya*, kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda da geçerli olduğunu savunmaktadırlar. Bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNLER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 687.

<sup>19</sup> DEĞİRMENCİ, Olgun: *Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku*, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.201.

verilen emir hem konusunun suç teşkil edip etmediği hem de hukuka uygun bir emir olup olmadığı yönlerinden denetlenecek ve ancak hukuka uygun bir emir ise yerine getirilecektir<sup>20</sup>.

Yukarıda hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen bir emir örneği olarak verdiğimiz nöbet yazıcısı örneğini TSKİHK'ye tâbi askerler için uyarlamak yerinde olacaktır. Taburdaki askerlere eşit bir şekilde nöbet yazmakla görevli olan A isimli er, tabur komutanı olan Yarbay B tarafından C isimli er 1 fazla nöbet, D isimli er 1 eksik nöbet yazması şeklinde bir emir verilmiştir. Bu emir hukuka aykırıdır ve fakat konusu suç teşkil etmemektedir. Aynı zamanda nöbet yazıcısı er A ile tabur komutanı Yarbay B arasında Anayasa ve Kanun'un aradığı emrin yetkili merciden verilmesi, görev gereği yapılmasının zorunlu olması ve kamu hukukundan kaynaklanan ast-üst ilişkisi şartlarının tamamı kümülatif olarak mevcuttur. Şu hâlde her ne kadar nöbet yazıcısı er A'ya verilen emir hukuka aykırı da olsa er A bu emrin hukuka uygunluğunu denetleyemez, zira er A, TSKİHK'ye tâbidir ve TSKİHK'nin 14. maddesine göre âmirine mutlak olarak itaat etmesi gerekmektedir. Bu sebeple er A, hukuka aykırı olan bu emrin yazı ile yenilenmesini isteyemez ve bu emri yerine getirmek zorundadır. Burada TCK m. 24/4 anlamında emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi Kanun tarafından yasaklanmıştır. Yine aynı hükme göre emrin yerine getirilmesinden er A sorumlu olmaz fakat emri veren tabur komutanı Yarbay B sorumlu olur. Genel olarak kanunun emrin hukuka uygunluk denetiminin yapılmasını yasakladığı hâllerde sorumluluk emri veren âmire aittir<sup>21</sup>.

15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye'de teşebbüs edilen başarısız askeri darbe girişiminden, konunun daha iyi anlaşılması açısından, burada bahsetmekte fayda görüyoruz. 15 Temmuz 2016 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri içindeki bir hizip, emir-komuta zinciri dışında Anayasal düzeni cebir ve şiddet kullanarak yıkmaya teşebbüs etmiştir<sup>22</sup>. Girişilen bu fiil TCK'nin 309. maddesinde suç olarak düzenlenmiş

<sup>20</sup> Verilen hukuka aykırı emrin askeri hizmete ilişkin olması durumunda emri veren üstün aynı zamanda amir olması gerekmediğine ilişkin bkz. ERMAN, Sahir: *Askeri Ceza Hukuku*, 1.Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983, s.178.

<sup>21</sup> AKBULUT, s. 665

<sup>22</sup> Sözü edilen hizibin Fetullahçı Terör Örgütüne mensup askerler olduğuna ilişkin bkz: Yargıtay, 16. CD., T.02.06.2020, E.2019/11123, K.2020/2279: "15 Temmuz 2016 günü,

bulunan Anayasayı İhlal<sup>23</sup> suçuna vücut vermekte olup, bu teşebbüsün gerçekleşebilmesi için âmir sıfatını haiz komutanlarca, onların maiyeti sıfatını haiz astlarına verdikleri emirlerin konusu suçtur. Konusu suç teşkil eden emirler ancak askeri hizmete ilişkin olduklarında yerine getirilebilirler<sup>24</sup>. Anayasal düzeni cebir şiddet kullanarak yıkmaya teşebbüs etmek fiili askeri hizmete ilişkin bir fiil ve bu fiili ihtiva eden emir de askeri hizmete ilişkin bir emir olmadığı için 15 Temmuz 2016 tarihinde âmirleri tarafından darbe teşebbüsünde araç olarak kullanılan askerlerden, aldıkları emirleri yerine getirenler kanaatimizce sorumluluktan kurtulamayacaklardır.

Askerlerle ilgili son olarak belirtmek gerekir ki ACK m. 41'e göre; askeri hizmete ilişkin olarak verilen ve konusu suç teşkil eden emir, eğer emrin konusunun suç teşkil ettiği ast tarafından bilinmiyorsa yerine getirilmek zorundadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu düzenleme Anayasa m. 137/3'te izin verilen kanunla istisna getirme yetkisine dayanarak yapılmış bir düzenlemedir. Kanaatimizce askeri hizmete ilişkin emirlerle sınırlı olsa da konusu suç teşkil eden bir emrin hukuk düzenince hoş görülmesi yerinde olmamıştır. Ayrıca söz konusu hüküm uygulanırken hangi emirlerin askeri hizmete ilişkin olduğu konusunda askeri hizmetin kapsamının dar yorumlanması gerektiği ve askeri âmirler tarafından verilen her emrin askeri hizmete

---

*Türkiye Cumhuriyeti Devletin Anayasal düzeninin değiştirilmesi amacıyla, Türk Silahlı Kuvvetlerine sızmış Fetullahçı silahlı terör örgütü mensubu olan ve/veya bu örgütsel faaliyeti destekleyen 8.000'in üzerinde askeri personel tarafından savaş uçakları dâhil 35 uçağın, 3 geminin, 37 helikopterin, 74'ü tank olmak üzere 246 zırhlı aracın ve 4.000'e yakın hafif silahın kullanılarak; Cumhurbaşkanı suikasta teşebbüs edilmiş, TBMM ve Cumhurbaşkanlığı Külliyesi başta olmak üzere birçok stratejik merkez bombalanmış, Başbakanın konvoyuna silahlı saldırı gerçekleştirilmiş, kalkışmaya karşı koyan güvenlik görevlileri ile sokaklara çıkan sivillere devletin silahlı kuvvetlerine ait bu uçak, helikopter, tank ve silahlarla saldırılarak 4'ü asker, 63'ü polis ve 183'ü sivil olmak üzere toplam 250'den fazla kişi şehit edilmiş, 23'ü asker, 154'ü polis ve 2.558'i sivil olmak üzere toplam 2735 kişi de yaralanmıştır."*

<sup>23</sup> "Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar." Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004. 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

<sup>24</sup> "1- Askeri cürümlerde ve kabahatlerde iştirak halinde, Türk Ceza Kanununun 64 üncüden 67 nciye kadar olan maddeler hükmü tatbik olunur. 2 - Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür. 3 - Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir : A : Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise, B : Amirinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendince malum ise." Askeri Ceza Kanunu.

ilişkin sayılmaması gerektiğini mütalaa etmekteyiz. Kaldı ki Anayasa m.137'ye göre emri alan ast emrin hukuka uygun olup olmadığını ve suç teşkil edip etmediğini denetlemek durumundadır. Asker şahıs aldığı emri üç husus bakımından denetleyecektir. Bunlardan ilki emrin, askeri hizmete ilişkin olup olmadığı, ikincisi emrin hukuka uygun olup olmadığı, eğer hukuka aykırı bir emir ise son olarak emrin konusunun suç teşkil edip etmediği hususlarıdır. Asker şahıs yaptığı denetleme sonucunda emrin askeri hizmete ilişkin olduğuna ve konusunun suç teşkil etmediğine kani olursa emri yerine getirecek ve sorumlu olmayacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki hukuk eğitimi almamış bir asker şahıs yaptığı denetim sonucunda aslında konusu suç teşkil eden bir emrin konusunun suç teşkil etmediği kanaatine varabilir. Bu durumda da emri alan ast emri yerine getirecek ve sorumlu olmayacaktır. Zira ACK m.41/3-B uyarınca emri alan ast eğer emrin konusunun suç teşkil ettiğini biliyorsa müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Keza ACK m.41/3-A'ya göre askeri hizmete ilişkin, hukuka aykırı fakat konusu suç teşkil etmeyen emri alan ast emri yerine getirirken kendisine verilen emrin sınırlarını aşarsa yine müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.

ACK m. 41 ve TSKİHK m. 14 birlikte değerlendirildiğinde çıkan sonuç şudur: Askerlere, âmirleri tarafından verilen emirler askeri hizmete ilişkin emirler ve askeri hizmete ilişkin olmayan emirler olarak ikiye ayrılmaktadır. Askeri hizmete ilişkin olan emirler, konusunun suç teşkil ettiği ast tarafından bilinmiyorsa (ACK m.41/3-B), konusu suç teşkil etse bile yerine getirilecektir. Şu halde askeri hizmete ilişkin ve hukuka aykırı emirler evleviyetle yerine getirilecektir. Ancak hukuka aykırı emri yerine getirirken emrin sınırlarını aşan ast müşterek fail olarak sorumlu olacaktır (ACK m.41/3-A). Askeri hizmete ilişkin olmayan emirlerden ise sadece hukuka aykırı olanlar yazı ile yenilenmesi istenmeden yerine getirilecek, konusu suç teşkil edenler ise yerine getirilmeyecektir. ACK m. 41, konusu suç olan emrin yerine getirilmesi durumunda sadece emri yerine getiren astı korumuş, emri veren âmirin ise sorumluluktan kurtulmayacağını hüküm altına almıştır.

## B. Polisler Açısından

PVSK m. 2/4'e göre; m. 2/3'te<sup>25</sup> tahdidi olarak sayılan 13 halde yetkili âmir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir. Bu hallerden biri söz konusu olduğunda verilen hukuka aykırı emir emri alan polis tarafından hukuka uygunluk denetimi yapılmaksızın yerine getirilir. PVSK m. 2/3'te sayılan 13 halde, hukuka aykırı emri yerine getiren polis ceza hukuku anlamında sorumlu olmaz. Ancak hukuka aykırı emri verenin sorumluluğu devam etmektedir.

PVSK'de yapılan bu düzenleme Anayasa m. 137/3'te öngörülen, hukuka aykırı emrin yazı ile yenilenmesinin isteneceği kuralına Kanunla istisna getirilebileceği yetkisine dayanarak yapılmış bir düzenlemedir.

Belirtmek gerekir ki PVSK m. 2/3'te sayılan hallerden biri veya birkaçı mevcut olsa dahi konusu suç teşkil eden emir yine de yerine getirilmez<sup>26</sup>. Zira Kanun'un 2. maddesinin 4. fıkrasında; verilecek sözlü emirlerin derhal yerine getirileceği belirtilmekle birlikte konusu suç teşkil eden emirlerle ilgili bir hüküm

---

<sup>25</sup> PVSK m. 2/3'te tahdidi olarak sayılan 13 hal şunlardır: "I – Can, ırz veya mal emniyetini korumak için, II – Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tesbit etmek için, III – Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak, veya bunların taarruz veya mukavemetlerini def etmek için, IV – Hükümete karşı, şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin def edilmesi için, V – Zabıtaca muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskûn veya gayrimeskûn yerlere vaki olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için, VI – Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için, VII – İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için, VIII – Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için, IX – Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için, X – Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için, XI – Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için, XII – Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için, XIII – Yukarıdaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için". Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Kanun Numarası: 2559 Kabul Tarihi: 4/7/1934, 14.07.1934 tarihli ve 2751 sayılı Resmi Gazete.

<sup>26</sup> Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralının tek istisnası ACK'nin 41/2. maddesidir. Aksi yönde bkz. AYDIN, s. 41.

öngörülmemiştir. Anayasa m.137/3'te askeri hizmetlerin görülmesi acele hâllerde hukuka aykırı ya da konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilebileceğine ilişkin olarak kanun koyucuya inisiyatif tanınmıştır. Ancak kanun koyucu söz konusu inisiyatifi sadece askeri hizmetlerin görülmesine ilişkin olarak kullanmayı tercih etmiş ve konusu suç teşkil eden bir emrin, yalnızca askeri hizmetlere ilişkinse yerine getirileceğini ACK m. 41'de öngörmüştür. Kanun koyucu PVSİ m.2/3'te öngörülen 13 hâlde polise, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirileceği yetkisini vermek isteseydi, bunu ACK'nin 41. maddesinde yaptığı gibi açıkça düzenlerdi. Bu sebeple Polisler bakımından, tahdidi olarak sayılan 13 hâlde (Anayasa m. 137/3'te “*acele hâller*” olarak bahsedilen) yalnızca hukuka aykırı emirler yazı ile yenileme istemeden yerine getirilecek ancak konusu suç teşkil eden emirler yerine getirilmeyecektir.

### III. HUKUKA AYKIRI FAKAT BAĞLAYICI EMRİN İFASINDAN SORUMSUZLUK HÂLİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası halinde emri ifa eden kişinin sorumsuzluk hâlinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. 765 sayılı TCK döneminde hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası hâli hukuka uygunluk nedeni olarak görülmekteydi. 765 sayılı TCK m. 49; “*Kanununun bir hükmünü veya salâhiyetten bir merciden verilip infazı vazifeten zarurî olan bir emri icra suretile... işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.*” şeklinde düzenlenmişti ve yetkili merciden verilen emir kanun hükmü ile bir tutulmakta ve hukuka uygun kabul edilmekteydi<sup>27</sup>. 765 sayılı TCK döneminde mahkemeler yetkili merciden verilen emri yerine getiren kişiler hakkında beraat hükmü vermektedirler. Yani bu dönemde hukuka aykırı emir diye bir kavram söz konusu değildi. Emrin konusu suç teşkil ediyorsa emir yerine getirilmezdi ancak emrin konusu suç teşkil etmediği sürece emir hukuka uygun kabul edilmekteydi. Hukuka aykırılık ve suç kavramlarının farklarının tam olarak oturmadığı ve hukuka aykırılık kavramının suç kavramından ibaret ve aynı

<sup>27</sup> Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getirmenin hukuka uygunluk nedeni olduğu yönünde bkz. DEMİRBAŞ, s.303; TAN, Mehmet: *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler 1.Cilt*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.795; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9.Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 214.

sayıldığı bir zamanda 765 sayılı TCK'nin kabul edilip kanunlaştığı, söz konusu hükümden çıkarılabilmektedir.

5237 sayılı TCK ise hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin hukuki niteliğinde değişikliğe gitmiştir. Şöyle ki, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir 5237 sayılı TCK'nin birinci kitap, ikinci kısmının “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı ikinci bölümünde 24. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu bölümde hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen haller üst başlık olarak ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nin 24. maddesi içindeki birinci ve ikinci fıkralarda düzenlenen hâllerin hukuki nitelikleri aynı değildir. 1. fıkra; “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” şeklinde olup hukuka uygunluk nedenidir. Zira hukuk düzeni bir bütün olup bir norm ile hele de bir kanun ile emredilen bir fiil hukuka uygun kabul edilir. 2. fıkra; “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir ve bu hükmün hukuki niteliği kusurluluğu etkileyen hâldir. Nitekim *Özbek ve diğerleri* kanun metninde “*ceza verilmez*” terimi yerine “*sorumlu olmaz*” teriminin tercih edilmiş olması sebebiyle bağlayıcı emrin yerine getirilmesi kurumunu bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, kusurluluğu ortadan kaldıran hâl olarak değerlendirmektedirler<sup>28</sup>. 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ilk defa kanunlaştığında TCK m. 24/2’de düzenlenen sorumsuzluk hâlinin hukuki niteliği hakkında net bir fikir edinmek zordu. Ancak henüz hem 5237 sayılı yeni TCK hem de 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmeden önce, 25.05.2005 tarihli, 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 30. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nun üçüncü kitap, ikinci kısım, birinci bölümde “Duruşmanın Sona Ermesi ve Hüküm” başlıklı 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendi değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklikle birlikte yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi hâlinde ceza verilmesine yer olmadığına karar verileceği hüküm altına

<sup>28</sup> ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar: *Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler)*, 13.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 245.



alınmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendindeki düzenlemedeki “*yüklenen suçun... işlenmesi*” ibaresinden anlaşılması gereken odur ki hukuka aykırı emri yerine getiren memur emri yerine getirmek için işlediği fiilin illi sonucu olarak bir suçun vücuda gelmesine sebebiyet verirse ve bu suç sebebiyle ceza kovuşturmasına uğrarsa söz konusu memur hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğidir. Zira Anayasa, TCK ve DMK'nin birbirine paralel düzenlemelerinden bilmekteyiz ki konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast/memur sorumluluktan kurtulamaz. Ancak yetkili merci tarafından verilen hukuka aykırı emri yerine getirmesinin sonucu olarak suç işleyen ast/memur hakkında kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir<sup>29</sup>. Anayasa koyucu ve kanun koyucu, konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast/memuru korumamış ve fakat hukuka aykırı ve bağlayıcı emri yerine getiren ast/memuru koruduğu gibi bu emri yerine getiren ve bunun sonucunda suç olarak düzenlenmiş bir fiili işlemiş olan ast/memuru da korumuştur. Bu noktada belirtmek gerekir ki hukuka aykırı emri yerine getiren ast/memur bu emri yerine getirmesi sonucunda bir suça vücut vereceğini bilmiyorsa kast manevi unsuru yoktur<sup>30</sup>. Vücut verilen suçun taksirli hâli de kanunda düzenlenmemiş ise söz konusu

<sup>29</sup> *Karakehya*'ya göre kanun koyucu bağlayıcı emrin yerine getirilmesini hukuka uygunluk nedeni olarak görseydi, bu şekilde ayrıca düzenlemezdi ve CMK m. 223/2'ye göre değerlendirme yapılmasına imkân tanırdı. Aynı yönde açıklamalar için bkz. KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4.Baskı, Nisan Kitabevi Ankara, 2022, s. 577. Bağlayıcı emrin ifasının kusurluluğu kaldıran hâl olduğu yönünde bkz. KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 328; ZAFER, s.378; KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1.Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 163 (*Genel Hükümler*); HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler*, 18 Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s. 284; ÖZGENÇ, s.497; AKBULUT s. 663; VOLKAN DÜLGER Murat, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1.Baskı, Hukuk Akademisi Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 608; HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22 Baskı, Adalet Yayınları Ankara, 2019, s. 400; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s.415; ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3.Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007, s. 636.

<sup>30</sup> Bu duruma örnek olarak 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşmekte olan darbe girişiminden haberleri olmayan askeri okul öğrencilerinin komutanları tarafından, darbe girişiminde kullanılmak üzere, ama “tatbikat var” denilerek otobüslere bindirilip 15 Temmuz Şehitler (Boğaziçi) Köprüsüne götürülmeleri verilebilir. Askeri öğrenciler Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na tâbi olup anılan Kanun'un 14. maddesi gereği hukuka aykırı emrin sözlü halıyla dahi bağlıdırlar. Ancak konusu suç teşkil eden emir her halükarda yerine getirilmeyecektir. Bu örnekte emrin ifa edilmesi suça vücut verecek olmakla birlikte somut emir

ast/memur hakkında beraat kararı verilecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde bahsedilen ceza verilmesine yer olamadığı kararı hukuka aykırı emri yerine getiren astın/memurun kasten hareket ettiği hâller için geçerlidir.

Bilindiği üzere hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı hâlinde beraat kararı verilmesi gerekmektedir, bununla birlikte kusurluluğu etkileyen bir hâlin varlığı hâlinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Böylece hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi hâlinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmaya kanun koyucu son noktayı koymuş ve 765 sayılı TCK'nin 80 yıldır hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiği söz konusu hâlin bir kusurluluğu etkileyen neden olduğunu kabul etmiştir.

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni değil, fakat kusurluluğu etkileyen hâl kabul edilmesinin tek sonucu ceza mahkemesinin ne karar (beraat kararı/ceza verilmesine yer olmadığı kararı) vereceği noktasında önem arz etmemektedir. Bu kabulün ayrıca özel hukuk tazminat sorumluluğu anlamında da sonuçları vardır. Şöyle ki, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği senaryoda işlenen fiil hukuk düzeni tarafından “onaylanmakta” olup hukuk düzeniyle barış içindedir. Bu hâlde fiil nedeniyle tazminat sorumluluğu da doğmayacaktır. Ancak hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifasının kusurluluğu etkileyen hâl kabul edildiği senaryoda işlenen fiil hukuk düzeni tarafından onaylanmamakta ve fakat sadece “hoşgörülme”dir. Bu sebeple her ne kadar ceza hukuku anlamında sorumluluk doğmasa bile, fiil nedeniyle tazminat sorumluluğu devam edecektir. Bunun yanında bağlayıcı emrin ifasını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edersek ortada hukuka aykırı bir fiil bulunmadığı için emri veren âmiri de sorumlu tutamayız<sup>31</sup>. Oysaki bağlayıcı emrin ifasını, emri yerine

---

olan “otobüse binin” emrinden emrin konusunun suç teşkil ettiği anlaşılamamakta, ayrıca askeri öğrencilerin okulda telefon kullanmaları yasak olduğu için öğrenciler gerçekleşmekte olan darbe girişiminden habersizdirler. Şu halde öğrenciler kendilerinin darbe girişiminde araç olarak kullanılacaklarını bilmeden otobüse bindikleri için kusurları olmadığı için CMK m. 223/3-b uyarınca haklarında ceza verilmesine yer olmadığına değil, fakat kastları olmadığı için CMK m. 223/2-c uyarınca beraat kararı verilmesi gerekmektedir.

<sup>31</sup> DEĞİRMENCİ, s.199.

getiren ast/memur açısından kusurluluğu kaldıran bir hâl olarak kabul edersek hukuka aykırı emri veren âmiri dolaylı fail olarak sorumlu tutabiliriz.

## SONUÇ

Sonuç olarak hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getirmek, hukuka uygunluk nedeni olan âmirin emrinden farklı olarak kusurluluğu kaldıran bir hâldir. Hukuka aykırı emir ve bu emrin muhtevası hukuka aykırı olmaya devam etmektedir. Yalnızca hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getiren ast/memur kınanamaz (kusurlu değildir).

Konusu suç teşkil eden emir ise Anayasa m. 137/3'ün kanun koyucuya tanıdığı inisiyatifle, sadece askeri hizmete ilişkin emir söz konusu olduğunda yerine getirilecektir<sup>32</sup>. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceğinin bu hâl dışında bir istisnası yoktur.

Kural olarak hukuk sistemimizde emir alan ast/memurdan mutlak itaat beklenmemiştir. Ancak bu durumun iki istisnası mevcuttur. Bunlardan ilki TSKİHK m. 14'te öngörüldüğü üzere, askerlerden askeri hizmetlere ilişkin emirlerde mutlak itaat beklendiği durumdur. Öyle ki TSKİHY'nde emir alan askerin değil emrin hukuka uygunluğunu denetlemesi, emri aldıktan sonra mırıldanması, emri doğru bulmadığını sezdirecek hal ve harekette bulunması dahi yasaklanmıştır. Askerlerden beklenen mutlak itaat bu seviyededir.

Mutlak itaat aranmaması kuralının ikinci istisnası ise PVSK m. 2'de tahdidi olarak sayılan 13 hâlde verilen emirlerin, hukuka aykırı bile olsa yazı ile yenilenme istenmeden yerine getirilmesi gerektiğinin öngörüldüğü durumdur. Yalnız polislerle ilişkin olan bu ikinci istisnanın, askerlere ilişkin olan birinci istisnadan ayrıldığı nokta verilen emrin konusunun suç teşkil ettiği hâldir. ACK m. 41 uyarınca verilen emrin, askeri hizmete ilişkin olması şartıyla, konusunun suç teşkil etmesi, yerine

<sup>32</sup> "1- Askeri cürümlerde ve kabahatlerde iştirak halinde, Türk Ceza Kanununun 64 üncüden 67 nciye kadar olan maddeler hükmü tatbik olunur. 2 - Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür. 3 - Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir : A : Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise, B : Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendince malum ise." Askeri Ceza Kanunu.

getirilmesine engel değildir. Ancak konusu suç teşkil eden emri veren âmir dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır<sup>33</sup>. Oysaki PVSK'nin öngördüğü mutlak itaat istisnası, yalnızca hukuka aykırı emirler için öngörülmüştür. PVSK m. 2'de tahdidi olarak sayılan 13 hâlden bir veya birkaçı mevcut olsa bile bu hâlde verilen ve konusu suç teşkil eden emir yerine getirilmeyecektir.

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri, hukuka uygunluk nedeni olan âmirin emri ile karıştırmamak gerekir. Âmirin emri bir hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği için bu hâlde emri yerine getiren ast/memur hakkında beraat kararı verilecektir. Zira bu hâlde verilen emir hukuka uygun olduğu gibi, ast memur tarafından gerçekleştirilen fiil de hukuk düzeni ile barış içinde ve hukuk düzeni tarafından onaylanmaktadır. Oysaki çalışmamızın konusu olan hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi durumunda ast/memur hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Zira bu hâlde âmir tarafından verilen emir hukuka aykırı olduğu gibi, ast/memur tarafından gerçekleştirilen fiil de hukuk düzeni tarafından onaylanmamakta, bununla birlikte fiil, hukuk düzeni tarafından yalnızca “hoşgörülme”dir. Yani hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getirilmesi, öğretide farklı görüşler mevcut olmakla birlikte, emri yerine getiren ast/memur açısından kusurluluğu kaldıran hâl niteliğindedir.

---

<sup>33</sup> KARAKEHYA: *Genel Hükümler*, s. 232

**KAYNAKÇA**

- AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- AKKURT, Ali: “Yetkili Âmirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk”, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 1, Sayı 1, s. 55-75.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNLER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- AYDIN, Hüseyin: “Askeri Hizmetlerin İfasında Suç Teşkil Eden Emri Yerine Getirenin Cezai Sorumluluğu”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 1 s. 33-70.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: *Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku*, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DENİZ, Buket: “Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Âmirin Emrinin İfası”, *Gaziantep University Journal Of Social Sciences*, 2020, Cilt 19, Sayı 3, s. 941-966.
- DÜLGER, M. Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Hukuk Akademisi Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ERMAN, Sahir: *Askeri Ceza Hukuku*, 1.Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983.
- GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku Cilt II*, 2. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2009.
- GÜNEY, Niyazi / ÖZDEMİR, Kenan / BALO, Yusuf Solmaz: *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 2004.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler*, 18. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020.
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Nisan Kitabevi, Ankara, 2022 (Muhakeme Hukuku).
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler)*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihan / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TAN, Mehmet: *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler 1.Cilt*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.



## Hukuk, Ahlak ve Etik İlişkisi\*

Av. Fatma Betül SEHRAWALA\*

### Öz

Hukuk, ahlak ve etik kuralları, aynı nehir birbirini besleyen farklı kolları şeklinde tasvir edilebilir. Nitekim dışlayıcı/katı pozitivist anlayışların aksine, hukuk kurallarının ahlak ve etik kurallarının eleğinden geçirilmiş kurallar bütünü olduğu gerçeği yadsınmamalıdır. Dayatmacı hukuk kuralları düzenin devamını öngörmüşken toplumun iyiliği sağlama amacından hareketle düzene hizmet eden etik kuralları da büyük bir önemi haizdir. Etik kavramının bir çıktısı olan meslek etiği kuralları, ehil insanların yetiştirilmesinde rol oynarken araştırma etiği kuralları, intihale sebebiyet vermeyen nitelikli çalışmaların oluşturulmasında etkilidir. Toplumdan topluma değişen ve etik kurallara nazaran daha dar kapsamlı olan ahlak kuralları ise hem hukuk kurallarını şekillendirmekte hem de etikten beslenmektedir. Kısacası kapsayıcı pozitivist anlayışın da işaret ettiği hem hukuk hem de ahlak ve etik farklı kavramlar olup genel itibarıyla toplum düzenine vücut vermekte; aralarında fark bulunsa dahi bu farkın keskin olmadığı gerçeği akıllardan çıkarılmamalıdır. Olması gereken, ahlak ve etik kuralları ekseninde oluşturulmuş hukuk kurallarını hayata geçirebilmek ve etik değerler ekseninde eğitim modelleri benimseyerek erdemli meslek mensupları ve araştırmacılar yetiştirmektir.

### Anahtar Kelimeler

Hukuk, ahlak, etik, kapsayıcı pozitivism, H.L. A. Hart.

\* İzmir Barosu, fatma@sehrawala.com, ORCID: 0009-0001-0354-3356.

Gönderim Tarihi: 29.04.2023. Kabul Tarihi: 23.07.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**

\* *Makale konusunun seçiminde ilham olan ve desteklerini esirgeyemeyen çok değerli hocam Sayın Prof. Dr. Yusuf Karakoç'a teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.*



## **Relationship between Law, Morality and Ethics**

### **Abstract**

Law, morality and ethical rules can be described as different branches of the same river that feed each other. As a matter of fact, contrary to strict positivist understandings, it should not be denied that legal rules are a set of rules that have been sifted through moral and ethical rules. While imposing legal rules have foreseen the continuation of the order, ethical rules that serve the order with the aim of ensuring the good of the society are also of great importance. While the rules of professional ethics, which are an output of the concept of ethics, play a role in raising competent people, the rules of research ethics are effective in the creation of quality studies that do not cause plagiarism. Moral rules, which vary from society to society and are narrower than ethical rules, both shape the rules of law and are fed by ethics. In short, both law, morality and ethics, which the inclusive positivist understanding points to, are different concepts and generally embody the social order; Even if there is a difference between them, the fact that this difference is not sharp should be kept in mind. What needs to be done is to implement the rules of law established on the axis of moral and ethical rules, and to train virtuous professionals and researchers by adopting educational models on the axis of ethical values.

### **Keywords**

Law, morality, ethics, inclusive positivism, H.L. A. Hart.



## GİRİŞ

Günümüz modern toplumları, düzeni sağlamak için hukuk kurallarının gölgesine sığınmıştır. Hatta etik değerlerin bilinemediği dahi iddia edilerek etik ve etiğe ilişkin olan ahlak kuralları dışlanmıştır. Bir diğer deyişle, etik kuralları vardır ancak cam bir vitrinde sergilenmektedir. İsteyen, çıkarına uygun olanı seçer, beğenir ve alır. Modern zaman insanına göre sadece hukuk vardır ve var olan genel kanı, hukukun her derde deva bir ilaç olduğudur. Bu kanı üzerine akla şu soru gelir: gerçekten sadece hukukla mı toplumsal sorunlar bertaraf edilebilir? Bir diğer deyişle, nesillerin ürünü olan etik kurallar, topluma ait ahlaki değerler ve diğer sosyal düzenleyici kurallar es mi geçilmelidir?

Hukuk, toplum içindir ve toplumun çıkarlarına hizmet etmelidir. Hukuk adildir ve adil olanı sever. Hukuk, zor kullanarak ehlileştirilmiş ve dışsal ilişkilerinde uysal davranan bir toplum yapısına hayat vermeyi amaçlar. Ahlak ve etik ise kişinin ruhunu iyileştirmeye çalışır. Bu vesileyle içi iyi olan ve dışı da iyi olarak yansıyan uyumlu bir bütün yaratılır. Eğer insanın içi düzelmezse, dışı asla iyi olamayacak ve toplum bir karmaşaya sürüklenecektir. İşte yukarıda belirtmiş olduğumuz sorunun cevabı da budur. Ahlak ve etik olmazsa hukuk zincirinin en değerli halkaları eksik kalır ve hukuk kendisini bir anomalinin içinde bulur. Ayrıca belirtmek gerekir ki dinamik olan toplum yapısı, soyut ve genel hukuk kurallarıyla çözülemeyecek kadar karmaşıktır. Bu bilmeceyi çözecek ve sorunları defedecek çare ise hukuk kurallarının diğer sosyal düzenleyici kurallarla desteklenerek uygulanmasıdır. Ancak bu şekilde adalet, eşitlik, insan onuru, kardeşlik gibi değerlerle birbirine kenetlenmiş bir toplum inşa edilebilir.

Hukuk ve ahlak hem benzer hem de farklı kavramlar olmaları sebebiyle her zaman ilgi odağı olmuştur. Bu sebeple bu kavramlar arasındaki ilişki, tarih boyunca sürekli tartışılan bir mevzu olmuştur. Bir grup düşünür, hukuk ve ahlakın su geçirmez şekilde ayrılamayacak kavramlar olduğunu iddia ederken diğer bir grup, hukukun ahlakla özdeş kabul edilemeyeceğini ve dolayısıyla ahlaktan ayrı olarak var olmaya devam edeceğini iddia etmektedir.

Bu çalışmamızda, süregiden bu tartışmalara ve çeşitli düşünürlere yer verilmiştir. Bilhassa H.L.A. Hart'ın görüşleri ekseninde hukuk ve ahlak ilişkisine vurgu yapma tercihinin gidilmiştir. Bu çalışmayla, hukuk, ahlak ve etik arasındaki ilişkiyi irdeleyerek yukarıda zikretmiş olduğumuz sorulara cevaplar aranmış ve hukuka atfedilen yüksek değerleri sorgulamak ve sorgulatmak amaçlanmıştır.

Çalışmamızda, hukuk, ahlak ve etik kavramlarının aralarındaki benzerlik ve farklılıklar gözetilerek ayrıntılı bir şekilde tanımlanması yolu tercih edilmiştir. Hukuk ile ahlak ve etik arasında ilişki bilhassa H.L.A. Hart ve yeri geldikçe Füller ve Mill'in düşünceleri ekseninde ele alınmıştır. Ahlak kavramı ile çokça karıştırılan etik kavramı bahsinde, meslek etiğinin bir alt kolu olan hukukçu etiği kavramına da değinilerek hukuk ve etik ilişkisini somutlaştırmak amaçlanmıştır. Tüm açıklamalarımız, bahsi geçen hukuk, ahlak ve etik kavramlarının farklılıklarına işaret etmekte olup bu kavramlar arasında bir hiyerarşinin bulunmadığı, bizaatihi birbirlerini besleyen pozitif bir ilişkinin var olduğu gerçeğini aşikar kılmaktadır

## I. TOPLUMSAL NORM OLARAK HUKUK, AHLAK VE ETİK

### A. Hukuk Kavramı ve Hukuk Kuralları

Hukuk; toplumu ve kişiler arası ilişkileri düzenlemeyi amaçlayan, yaptırım gücü olan, insanların haklarını koruyarak özgür bir ortam yaratmayı amaçlayan ve uyulması zorunlu olan kurallardan oluşan bilim dalı olarak tanımlanabilir. Hukuk kurallarında yaptırımın kaynağı ise zor kullanma gücünü elinde bulunduran devlettir ki bu durum hukuk kurallarını diğer kurallardan ayıran temel özelliktir.<sup>1</sup> Hukuk kurallarında yaptırım cebirken din kurallarında öldükten sonra Tanrı tarafından cezalandırılmak; ahlak kurallarında ise kınanma, dışlanma ve vicdan azabı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Hukuk kurallarının getirmiş olduğu yaptırım sistemi, zor kullanma gücünü ihtiva ettiği için genellikle caydırıcıdır. Buna karşın Hart'ın da belirttiği gibi her ne kadar yaptırımların caydırıcılığı hukuka uymayı kolaylaştırırsa da

<sup>1</sup> TOPUZKANAMIŞ, Engin, *Hukuk ve Disiplin Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları*, 3. Baskı, Zoe Kitap, İstanbul, 2019, s. 13-17.

tek etken bu değildir<sup>2</sup>. Çünkü insanlar, hukuka uyma edimini<sup>3</sup> ahlaka uygun bulur, toplumlarına duydukları saygı ve hukuka güven, onları hukuka uygun davrandırır<sup>4</sup>. Hukuk bilimi gereği insanların yapmalarına izin verilen davranışlar korunur; insanların yapması istenmeyen davranışlar hukuk aracılığıyla yasaklanır bir diğer değişle hukuka aykırı kabul edilir<sup>5</sup>.

Hukuk kuralları, ortaya çıktığı ilk zamanlar sözlü olmakla birlikte zamanla toplumsal ilişkilerin karmaşıklaşmasının da etkisiyle yazılı hale gelmiş olup halen içeriğinde bağlayıcı olmayan genel hukuk ilkeleri ve örf-adet kurallarını da barındırmaktadır.<sup>6</sup> Hem hukuk hem de diğer sosyal düzenleyici kurallar normatif düzeni oluşturur ve bünyelerinde yasak ve buyrukları ihtiva ederler<sup>7</sup>. Hukuk kuralları haricindeki tüm kuralların amaçları ile hukuk kurallarının amaçları arasında bir benzerlik olmakla birlikte hukuk kurallarının yazılılığı, bu kuralları koyan iradelerin farklılığı, yürürlük tarihi ve kuralların kaynakları arasında farklılıklar, ayırıcı unsurlar olarak göze çarpmaktadır. Bu farklılıklara yeri geldiğince değinilecektir.

Unutulmamalıdır ki hukuki normlar olarak da ifade edebileceğimiz hukuk kuralları deyimi, her ne kadar toplum içindeki ilişkilerin tamamına etkimek istese de pratikte bu pek mümkün değildir. Bu sebeple hukukun bir kaynağı olan ahlak kurallarına, ahlaktan farklı bir kavram olarak etik kurallarına ve diğer sosyal düzenleyici kurallara ihtiyaç vardır.

<sup>2</sup> TOPUZKANAMIŞ, s. 112; UZUN, Ertuğrul: “Ahlâksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması”, (Ed.) GÜRLER, Sercan: *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, 2. Baskı, Tekin Yayınları, İstanbul, 2017, s. 89.

<sup>3</sup> Bu çalışmamızda, hukuka uymak şeklinde bir ibareyi benimsemiş bulunmaktayız. Bu husustaki temel amaç, uyma ve itaat eylemleri arasındaki farka işaret etmek ve hukukun kendisine itaat edilen despotik bir güç unsuru olmadığını vurgulamaktır. Uyma edimi, insanın kendi isteği ile bir kurala uygun davranmasıdır. İtaat ise kişinin kendisini meşru olduğu kabul edilen bir otoritenin emir ve yasaklarına uygun hareket etme zorunluluğu içerisinde hissetmesidir. TOPUZKANAMIŞ, s. 119.

<sup>4</sup> TOPUZKANAMIŞ, s. 112.

<sup>5</sup> ÇİFTÇİOĞLU, Ceylan / BOZKURT, Ömer: “İnsan Haklarının Etik İle İlişkisi”, *Akademik Araştırmalar Dergisi*, 2021, Cilt 6, Sayı 2, s. 669.

<sup>6</sup> YÜKSEL, Mehmet: “Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişisine Sosyolojik Bir Bakış”, *Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 57, Sayı 1, s. 180.

<sup>7</sup> ALTUNSU, Onur: *Hans Kelsen'in Düşüncelerinde Hukuk-Ahlak İlişkisi ve Temel Norm Kuramı*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2017, s. 10.

## B. Ahlak Kavramı ve Ahlak Kuralları

Ahlak, belirli bir tarihsel dönemde yaşayan insan topluluklarının davranışlarını yönlendiren, toplum içindeki tutum ve davranışları yönlendiren ideal, soyut ilkeler ve inançlar bütünüdür<sup>8</sup>. Ahlaka uygun olan davranışlar, ahlaki davranış olarak ifade edilir ve bu davranışlar, düşünce, duygu ve eylemde “iyi” ile “kötü” arasındaki ayrımın varlığıyla şekillenmişlerdir<sup>9</sup>.

Ahlak kuralları, toplumun vicdanından<sup>10</sup> doğan ve devlet eliyle yaptırımın olmadığı kurallardır. Aksi takdirde, ahlak kuralları, ahlak kuralı olmaktan çıkıp birer hukuk kuralı haline gelir<sup>11</sup>. Bu sebeple yaptırımın kanunlar eliyle değil, toplumun kendisi tarafından oluşturulduğu, ahlaka aykırı davranışların kınama, dışlanma gibi çeşitli toplumsal tepkilerle yaptırıma bağlandığı bir sistemle karşılaşmaktayız. Ahlak ve hukuk kuralları, toplumun yarattığı, toplumu düzenleyen ve topluma şekil veren kurallardır. Ahlak kuralları, toplumsal hayatın bir hem girdisi hem de bir çıktısıdır.

Ahlaki eylemler, özgür iradeye bağlıdır. Ahlaki özerklik olarak da ifade edilebilecek olan bu durum, insanların ahlaki eylem oluştururken bireysel olarak tercih oluşturmaları ve dolayısıyla ahlakın bireysel bir boyutu olduğunu aşikar kılmaktadır<sup>12</sup>. Bu tanımlardan yola çıkarsak insanların irade sahibi varlıklar olmaları, seçim yapabilme kabiliyetlerine sahip oldukları kabulünü doğurur. Kendi iradesiyle seçim yapan insan, davranışlarının sonuçlarından sorumlu tutulabilmelidir. Bireysel seçimler sonucunda, her ne kadar somut ve kanuni yaptırımlar olmasa da toplumun tepkisi ile karşılaşılması çok doğal bir durum olarak görülmelidir. İnsanın kendi iradesine vurgu yapan bu görüşün karşısında, ahlakın kutsallığını savunan ancak insan

<sup>8</sup> YÜKSEL, Mehmet: “Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 5, Sayı 1, 19.

<sup>9</sup> IŞIKTAÇ, Yasemin: “Hukuk, Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2000, Cilt 58, Sayı 1-2, s. 3.

<sup>10</sup> Vicdan kavramı, Tanrı'nın insanın kalbine koyduğu, iyi ile kötüyü ayırt etmeyi sağlayabilen ve ahlak kurallarının da kaynağını oluşturan bilinçtir. Ahlakilik yolunda yolumuzu aydımlatan iç ses, vicdan olarak tanımlanabilir. YILMAZ, Nusrettin: “Felsefi Bağlamda ‘İyi Biri Olma’nın Bazı Yolları”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2010, Sayı 25, s. 103.

<sup>11</sup> KARAKOÇ, Yusuf: “Hukuk-Etik İlişkisi”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2012, Sayı 24, s. 91.

<sup>12</sup> YÜKSEL, *Etik Kodlar*, s. 20.

kaderinin seçimlerini yönlendirdiğini, bir diğer deyişle özgür iradeye dayanan seçimlerin olmadığını düşünen Schopenhauer bulunmaktadır. Düşünürü göre insanın iç ahlakı da doğuştandır bu sebeple seçimde bulunurken onu yönlendiren içsel bir güç vardır. Hakiki olan, doğuştan gelen bu ahlak anlayışıdır, gerisi teferruattır. Hatta ahlak, kalıtsaldır tıpkı bir kabile şefinin iyi olmasının beraberindekileri de iyi insanlar haline getirmesinde olduğu gibi<sup>13</sup>.

İnsanın doğası gereği kötü olduğuna inanan görüşe göre ise insan kötüyse toplum da kötüdür. Bu sebeple ahlaklı bir toplum inşası gerekli olup ahlakı temel alan hukuk kuralları oluşturulmalıdır<sup>14</sup>. Ahlak, toplumsal yozlaşmayı önleyici bir araç hükmündedir. Nitekim bu görüşte olan Schopenhauer'e göre insan, doğası gereği kötü ve bencildir. Sadece kendisi için yaşar. İnsan, bir av hayvanına benzemektedir ve diğerlerinin acısından zevk alır. Düşünürü göre insan, ahlaksızlıkları, hukuk ve din kuralları maskesini takan memurlar aracılığıyla gölgelenmeye çalışılan bir yaratıktır<sup>15</sup>.

İnsanın doğası gereği kötü olduğu görüşü dinsel, biyolojik ve psikolojik olarak temellendirilebilir. Biyolojik temellendirmede, insan doğa halindeki bir hayvana benzetilmektedir. Çünkü insan sadece kendisi için yaşar. Hobbes'un de belirtmiş olduğu gibi insan, insanın kurdudur. İnsan, yaşamak için her şeyi yapan hatta diğer insanlarla savaşan bir öznedir<sup>16</sup>. Dinsel temellendirme ise meşruiyetini Hristiyanlık inancından alır. Bu inanca göre insan doğuştan kötüdür ve günahkar doğar. Psikolojik temellendirme, insanın topluma karşı direnç gösteren saldırgan karakterine vurgu yaparak doğası gereği kötü olan bir insan tasviri yapmaktadır<sup>17</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki insan doğası ne iyidir ne de kötüdür. Kısacası davranışlar belirsizliğini sürdürür ve öngörülemez. “*Mantıksal olarak hiçbir etik kod, ahlakın*

<sup>13</sup> SCHOPENHAUER, Arthur: *Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine*, (Çev.) AYDOĞAN, Ahmet, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2009, s. 61-66.

<sup>14</sup> YILDIZ Abdülkadir, “Hukuk ve Ahlak Arasındaki İlişki”, (Ed.) ERDOĞMUŞ, Nihat / TORLAK, Ömer / BİLGİN TİRYAKİ, Kübra: *Temelleri ve Uygulamalarıyla İş Ahlakı*, İĞİAD Yayınları, İstanbul, 2018, s. 362.

<sup>15</sup> SCHOPENHAUER, s. 31-36.

<sup>16</sup> IŞIKTAÇ, s. 7-8.

<sup>17</sup> IŞIKTAÇ, s. 8.

*esas itibarıyla müphem olan durumuna 'uygun' düşmez ve dolayısıyla ahlaki davranış garantilenemez"<sup>18</sup>.*

Ahlak kuralları daha önce de değinmiş olduğumuz gibi değişken bir karaktere sahiptir. Bu kurallar, toplumdan topluma, yöreden yöreye hatta zamana bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Günümüzde teknolojinin etkisiyle sınırların ortadan kalktığı küresel toplum düzeninde, ahlaki aidiyetler hızla form değiştirmektedir. Ancak bazı düşünürlere göre bu değişim, modern zamanda had safhaya ulaşmış olmakla birlikte birçok ahlak kuralı bireyci anlayışın<sup>19</sup> yayılımı karşısında kaybolmaya yüz tutmuştur.

Ahlak her zaman yeterli olmayabilir. Ahlaken bozulmuş toplumlarda, insanların iç sesi bazen yanıltıcı olabilir. Bu durumda, mevcut uyumsuzlukları çözmek için devreye kanunlarla oluşturulmuş hukuk kuralları girer. Ahlak ve diğer düzenleyici kuralların faydasız bulunduğu modern toplumlar, çareyi resmi organlar eliyle çıkarılan, soyut, genel, objektif, yazılı hukuk kurallarında bulmaya çalışmaktadırlar. Ancak bilinmelidir ki ahlak kuralları toplumun ve bireysel hayatın önemli bir parçasıdır. Toplumlar, hem hukuk kurallarına hem de ahlak kurallarına muhtaçtır<sup>20</sup>. Aksi takdirde, toplumsal anomali kaçınılmazdır. Her sorunun hukuk kurallarıyla çözülmeye çalışılması durumu neticesinde hukuki olan, ahlaki olana öncelenmiş olur<sup>21</sup>.

Ahlakiliği yücelten ve modernleşmenin ahlâk açısından üç sıkıntı doğurduğunu ifade eden Charles Taylor'un iddialarına göz atmak muhafazakâr ahlak düşünürlerini anlamamız için faydalı olacaktır. Taylor'a göre modernleşme, bireyciliğin atomculuk yönünde gelişmesi, içe kapanık, kendi için yaşayan ve toplumsal sorunlara kayıtsız kitleleri yaratan bir tehlikedir. Bauman'ın da ifade ettiği

<sup>18</sup> BAUMAN, Zygmunt: *Postmodern Etik*, (Çev.) TÜRKER, Alev, 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 21.

<sup>19</sup> Bireyci anlayış, toplumun her bir ferdinin kişisel çıkar ve zevkleri için yaşamaları, kendi kabuklarına çekilerek toplumsal olaylardan soyutlanmaya meyilli olmaları şeklinde ifade edilebilir. YILMAZ, s. 103.

<sup>20</sup> YÜKSEL, *Modernleşme*, s. 177.

<sup>21</sup> YÜKSEL, Mehmet, "Modern Kültürde Hukuk ve Ahlak", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2010, Sayı 25, s. 118.

gibi bireyler arasında bir iletişim kopukluğu söz konusudur. Bu durum, tıpkı bir kamusal mekan olan alışveriş merkezlerinde, insanların sadece gösterişli vitrinlere bakması ve satın almaya odaklanması ancak çevrelerindeki insanlardan bihaber, cam bir fanusun içindeki balık gibi konuşmadan, sessizce ve kayıtsızca yürümeye devam etmesi gibi betimlenebilir<sup>22</sup>. İkinci bir sıkıntı ise bahsedilen bireyci anlayışın araçsal ahlaka önem atfetmesi ve bu durumun toplumsal duyarlılık ve çevre bilinci gibi pek çok değeri zedelemesidir. Üçüncü sıkıntı, benliğini düşünerek toplumdaki soyutlanan bireylerin siyasal ve toplumsal katılım oranlarının düşmesidir ki bu durum bireyi devlet karşısında yalnızlaştırmakta ve ötekileştirmektedir<sup>23</sup>.

Sayılan bu görüşler, modernleşmenin ahlaki erozyona yol açtığına inanmakta ve iç içe geçmiş olan hukuk ve ahlak kuralları arasında bir dengenin kurulması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Ancak bu iç içelikten hukuk-ahlak birliği sonucuna ulaşılmamalıdır. Çünkü bu sonuç, ahlaki siyasi otoritenin meşruiyet temeli haline getirir, kanunların değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması zorlaşır ve hukukun toplumu düzenleme hususundaki rolü çok hafife alınmış olur<sup>24</sup>.

Sonuç olarak değişen ve gelişen dinamik toplum yapısı sadece dayatmacı hukuk kuralları ile düzenlenemez. Ahlak kuralları ve diğer sosyal düzenleyici kurallar, anahtar-kilit rolü üstlenerek hukuk kurallarını tamamlayıcı ve hukuki boşlukları doldurucu bir etki meydana getirmektedir.

Durkheim aksi görüş belirterek gittikçe karmaşıklaşarak sosyal ilişkiler yumağı haline gelmiş modern toplum yapısının ilişkilerini mekanik bulmuş ve mekanik olanı mekanik olanla bir diğer deyişle kanunla düzenleme gerekliliğine işaret etmiştir<sup>25</sup>. Touraine de pozitivist bir bakış açısı ile modernleşmeyi yüceltmış ve modern zamanın bilimi rehber edinmesi gerekliliğinin altını çizmiştir. Düşünürü göre din artık özel hayatın konusu olmakla sınırlandırılmalı ve laik yönetimler eliyle seküler hukuk kuralları oluşturulmalı, diğer sosyal düzenleyici kurallar göz ardı

<sup>22</sup> YÜKSEL, *Modernleşme*, s. 188-189.

<sup>23</sup> YÜKSEL, *Modernleşme*, s. 186.

<sup>24</sup> ALTINSU, s. 32.

<sup>25</sup> YÜKSEL, *Modernleşme*, s. 183.

edilmelidir<sup>26</sup>. Bu görüşe göre hukuk kuralları, modernleşen bir diğer deyişle hukuksallaşan toplum düzeni için bir ilaç gibidir. Ancak burada akla bir soru gelir, acaba sürekli etkileşim halinde bulunan toplum, sadece durağan kanunlarla düzenlenebilir mi?

Tekrar ahlak mevzusuna dönerek ahlakın kaynağına inelim. Vicdan bir diğer deyimle iç ahlak, iyi ile kötüyü ayırmamızı sağlar. Peki iyi ve kötünün kıstasları nelerdir? Bir başka deyişle ne en iyi ne en kötüdür? Çünkü iyi ve kötü kavramları görecelidir. Toplumlar hatta kişiler arasında dahi bu kavramlara atfedilen anlamlar farklılaşmaktadır. Kimilerine göre iyi olan mutluluk verir, kimi iyi olanın haz verdiğini ifade etmiştir, bazıları ise hukuka uygun olanın iyi bir diğer deyişle ahlaki olduğunu düşünmektedir. Bu durumda yine ahlakın hukuksallığı devreye girer.

Kant'ın "ödev ahlakı anlayışı" nda ise iyi niyet ve ödev bilinci kilit konumundadır. Niyet önemlidir ancak sonucun iyi veya kötü oluşu bir problem teşkil etmemektedir. Kant, görev duygusuyla yapılmış eylemleri iyi niyetli bir diğer deyişle ahlaki kabul etmiştir<sup>27</sup>. Burada vurgulanan niyet ibaresi, yalnızca kendi kuralını koyabilen özgür bireylerin ahlaki olabileceğini ifade etmektedir. Kant'a göre insan yalnızca, aynı zamanda evrensel bir kanun olmasını da isteyebileceği bir ilkeye göre davranmalıdır<sup>28</sup>. Kant'ın ödev ahlakından çıkarılan üç ilke vardır. Birinci ilkeye göre insan, bir ilkeye göre hareket etmeli ve bu hareketi evrenselleştirilebilir olmalıdır. Çünkü harekete temel oluşturan ilkeler şarta bağlanamaz ve kişisel olamaz. İkinci ilkeye göre insan, insanı araç konumuna indirgememeli, insanın amaç olduğu gerçeği gözardı edilmemelidir. Üçüncü ilkeye göre ise herkes kendi kanun koyucusu gibi olabilmeli bir diğer deyişle kuralı koyanla uyan kişiler aynı kişiler olmalıdır<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> YÜKSEL, *Modernleşme*, s. 184.

<sup>27</sup> YÜKSEL, *Modernleşme*, s. 105.

<sup>28</sup> BILLINGTON, Ray: *Felsefeyi Yaşamak*, (Çev.) YILMAZ, Abdullah, 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 174-176.

<sup>29</sup> TÜRBAĞ, Ahmet Ulvi, "Yargı Bağımsızlığı ve Etik Değerler Dengesi", *Yargı Etiği Sempozyumu*, (HSYK Yayınları, Ankara, 2013, s. 55-56.



### C. Hukuk ve Ahlak İlişkisi

Ahlaki davranış, iyi ile kötüyü ayırmak suretiyle insanı erdemli kılmaya teşvik etmektedir. Hukukta ise temel ayırım haklı ve haksız şeklindedir. Ahlak ve hukuk arasında amaçsal benzerlikler bulunmakla birlikte amaçsal farklılıklara da rastlamak söz konusudur. Hem ahlak hem de hukuk, toplum düzenini ve mutluluğu amaçlamakla birlikte hukukta en temel amaç, yasaklayıcı ve izin veren hükümleriyle toplum barışının temeli olan en yüksek ahlaki değere bir diğer deyişle adalet<sup>30</sup> erişmektir<sup>31</sup>. Aynı düşüncede olan Cicero'nun adaletin ahlakiliğine dair veciz bir sözü şu şekildedir: “*Adalet, erdemlerin kraliçesi ve taca sahip olanların en şerefliisidir*”. J.Addison da bu görüşe katılarak şu sözü sarf etmiştir: “*Hiçbir fazilet adalet kadar büyük olamaz*”<sup>32</sup>. Adaleti arzulamayan hukuk kurallarına uyulmaz ve bu kurallar toplum eliyle ilga edilir veya değiştirilir. Ahlak kuralları safhasında seçim yapılmakta ve genellikle iyi ve kötü, kişiden kişiye değişen göreceli kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>33</sup>. Burada bahsi geçen ahlak anlayışı, bir kişinin ahlaka uygun davranışlarını ihtiva eden “subjektif ahlak anlayışı”dır<sup>34</sup>. Din ile genelleştirilen ve topluma ait olan ahlak anlayışı ise “objektif ahlak anlayışı”dır<sup>35</sup>. Ancak her iki ahlak anlayışında da kötüyü yapmanın yaptırımı, kişinin vicdani olarak rahatsızlık duyması, kınanmak ve dışlanmak şeklindedir.

Kökleri toplumda olan ve toplumda hayat bulan hukukta ise kurala uymak esastır. Hukuk kurallarına uymamanın yaptırımı ceza olarak tezahür etmektedir<sup>36</sup>. Hukuk kurallarında belirli bir yürürlük tarihi bulunmakta ve istenirse ilga yoluyla

---

<sup>30</sup> Ulaşılmaması arzulanan en iyi ideali olarak tanımlanabilecek olan adalet kavramı, hakkı olana hakkını vermektir. İnsanların kalbi ve toplumların sağduyusunun ürünü olan adalet, aynı zamanda hukukun temelidir. Hukuk kurallarının meşruiyet temeli sayılan en yüksek ahlak derecesi olan adalet, kanunlara sirayet etmemişse bir diğer deyişle kanunlar adil değilse hukuk kuralları anlamsızlaşır. TÜRBAĞ, s. 359.

<sup>31</sup> IŞIKTAÇ, s. 3-4.

<sup>32</sup> Hukuk Adamları Birliği (HUKAB), “Adalet Manifestosu”, *Etik Değerler “ETHICS”*, Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, HUKAB Yayıncılık, Ankara 15-16 Kasım 2012, s. 17.

<sup>33</sup> YILMAZ, s. 104.

<sup>34</sup> YILMAZ, s. 104.

<sup>35</sup> YILMAZ, s. 107-108.

<sup>36</sup> ŞAHİN CEYLAN, Şule, “H.L.A. Hart’a Göre Hukuk-Ahlâk İlişkisi”, (Ed.) GÜRLER, *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, 2. Baskı, Tekin Yayınları, İstanbul, 2017, s. 59.

hukuk kuralları ortadan kaldırılabilmektedir. Ancak ahlak kuralları, zamana yayılmış kurallardan oluşmakta olup belirli bir yürürlük tarihine sahip değildir. Ahlak kuralları uzun bir sürecin sonucunda, bu kuralları toplum değiştirmek veya ortadan kaldırmak isterse son bulmaktadır.

Doğal hukukçu düşünürler ile aralarında Mill ve Devlin'in de bulunduğu faydacı düşünürlere göre hukukun ahlakiliği elzemdir<sup>37</sup>. Çünkü ahlak, hukuktan da öncedir, hukuk ahlakın etkisiyle sonradan doğmuş olan ve ahlaki kuralları daha da görünür kılan somut kurallar bütünüdür. Hukuk kuralları, temellerini ahlaki geçerliliklerden almakta ve ahlaki ilkelerin somut görünümü olma niteliğini barındırmaktadır. Toplum, bir nevi somutlaşmış ahlaki kurallarla düzenlenmekte ve erdemli insan figürü canlandırılmaya çalışılmaktadır. Bu görüşe göre eğer bir hukuk kuralı, yerleşik olan objektif ahlak kuralı ile çatışırsa hukuk kuralına uyma zorunluluğu ortadan kalkar ve ahlaki olan kural öncelenmelidir. Çünkü hukuk kuralına uyulmasının ön koşulu, o kuralın ahlaka uygun ve ahlaktan besleniyor oluşudur.<sup>38</sup> Sadece cebir tehdidi değil, hukuka riayetin ahlakilik vasfı da hukuk kuralına uyulmasını sağlamaktadır. Bu düşünce tarzı genellikle doğal hukuk teorisyenlerince benimsenmiştir. Doğal hukuk teorisyenlerine göre “*hukuk ve ahlak arasında doğrudan bir ilişki vardır ve bu ilişkinin tabiatı da ahlakın hukuk karşısında üstünlüğü şeklinde yapılandırılmıştır*”<sup>39</sup>. Bu düşünürler, hukuk ve ahlaki bir kabul eder. Hukuk kuralının mutlak ahlaki niteliğe sahip olması gerektiği aksi takdirde, meşruiyetten yoksun kalacağı düşünülür<sup>40</sup>.

Aralarında Austin ve Kelsen'in de bulunduğu dışlayıcı pozitivist düşünürler ise hukukun doğa kanunları ve diğer sosyal düzenleyici kurallar olan ahlak, din ve örf-adet kurallarıyla<sup>41</sup> açıklanamayacağını ifade ederek hukuku insan yapımı

<sup>37</sup> ŞAHİN CEYLAN, Şule, s. 41.

<sup>38</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus: *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, (Çev.) ÖZ, Erol, 1. Baskı, Işık Yayınları, İstanbul, 2020, s. 15-16, 40.

<sup>39</sup> DURAN, Muhammet Sait, “Habermas’ın Söylem Etiğinde Ahlak ve Hukuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, Cilt 25, Sayı 1, s. 62.

<sup>40</sup> DURAN, s. 62.

<sup>41</sup> Örf-adet kuralları kavramı, bir toplumda uzun bir süredir uygulanan, doğruluğu konusunda genel kanının olduğu ve uyulmadığı takdirde toplumsal tepkiyle karşılaşılabilecek olan kurallar bütünüdür.

kanunlara indirgemişlerdir.<sup>42</sup> Bu görüşe göre hukuk kuralları, diğer sosyal düzenleyici kurallardan farklı ve üstün tutulmalıdır. Dışlayıcı pozitivist anlayışa göre hukuk ve ahlak keskin bir şekilde ayrılmış iki farklı alanı ifade etmektedir.<sup>43</sup> Ancak ahlak konusunda ılımlı tutum sergileyen ve aralarında Hart'ın da bulunduğu kapsayıcı pozitivistlere göre hukuk kuralları her ne kadar ahlaki bir kaynaktan gelme bile bağlayıcılıklarını ahlaki kural ve ilkelere uyumları nispetinde arttırmaktadırlar. Çünkü hukuka uymak ahlaki bir yükümlülük olarak kabul edilir ki bu durum bağlayıcılık hususunda etkili bir role sahiptir<sup>44</sup>.

Habermas'ın da belirttiği gibi kapsayıcı/ılımlı pozitivist anlayışın öğretileri gereği hukuk ve ahlak, birbirinden bağımsız alanlar olup aralarındaki ilişkinin inkar edilmesi düşünülemez ve hukuk, ahlaktan aşağı olamaz<sup>45</sup>. Hukuk kuralları, ahlak kurallarındaki boşlukları tamamlamakta; ahlak kuralları da yeri geldiğinde hukuk boşluklarını tamamlamaktadır. Ortada tamamlayıcı bir ilişkinin varlığı aşıkardır. *“Habermas'ın da ifade etmek istediği husus, ahlak ve hukukun birbirine indirgenmesinin yanlışlığıdır”*<sup>46</sup>. Ancak bir ahlak kuralı, hukuk kuralına dönüştürülmek istenirse artık bir ahlak kuralının varlığından bahsedilemeyecek ve yaptırım gücü olan bir hukuk kuralı ortaya çıkacaktır. İlerleyen sayfalarda hukukun ahlakiliğini<sup>47</sup> mi yoksa ahlakın hukukiliğini<sup>48</sup> mi benimsemek gerekir sorusuna felsefe temelinde değinilecektir.

## 1. Füller'in Dört Ahlakı

Füller'in ahlak kavramını pozitivist bir temele oturtma çabasının bir ürünü olan “dört ahlak sınıflandırması”na değinmek, ahlak mevzusunu kavramsallaştırmak açısından faydalı olacaktır. Füller'in yapmış olduğu ilk ayırım, “ödev-gaye ahlakı

<sup>42</sup> ŞAHİN CEYLAN, s. 29-40.

<sup>43</sup> ŞAHİN CEYLAN, s. 40.

<sup>44</sup> ŞAHİN CEYLAN, s. 41.

<sup>45</sup> DURAN, s. 74.

<sup>46</sup> DURAN, s. 79.

<sup>47</sup> *“Hukukun ahlâkiliği, yasa koyucunun sosyal ahlâk kurallarını dikkate alarak hukuk kurallarını ortaya koymasıdır”*. Bkz. YILDIZ, s. 368.

<sup>48</sup> *“Ahlâkın hukukiliği, kişinin hukuka uygun davranmak konusundaki iradesini her şartta sürdürülebilmesidir”*. Bkz. YILDIZ, s. 367.

ayrımı”dır. Kökleri Yunan felsefesine dayanan gaye ahlakı kavramında iyi bir diğer deyişle ahlaka uygun olan şey en yüksek amaçtır<sup>49</sup>. İnsan, tüm yeteneklerini ortaya koyarak azimle en mükemmel olmaya çalışmalıdır. Ancak bu şekilde mükemmeliğin içinde ahlakın varlığı vücut bulabilir. “Hukukun iç ahlakı”na yönelik olan gaye ahlakına örnek olarak bir akademisyenin tüm materyalleri değerlendirerek en iyi şekilde ders anlatmaya çalışması verilebilir. Kısacası ne yaparsak yapalım yaptığımız şeyde en iyiye ulaşma çabası içinde olmamız, gaye ahlakına sahip oluşumuzun bir göstergesi olacaktır. Gaye ahlakına uygun olmayan davranışlar ise kınanmaktadır. İnsanlar, Yunanca bir terim olan “arete”ye sahip olmalıdır. Bir başka deyişle insan, amacını ve işlevini en iyi şekilde yerine getirebilmeli, işini en mükemmel şekilde yapmalıdır ki ancak bu şekilde erdemli olunabilir<sup>50</sup>.

Füller’e göre hukukun ne olması gerektiğine dair sekiz adet ilke vardır ki bunlar insan eylemlerini hukuka uygun kılar, hukukun iç ahlakını oluşturur<sup>51</sup>:

- *Hukukun genel olması.*
- *Hukukun ilan edilmesi.*
- *Kanunların geriye yürümezliği.*
- *Kanunların açık olması.*
- *Kanunların çelişkisiz olması.*
- *Kanunların imkansız talep etmemesi*
- *Kanunların süreklilik arz etmesi.*
- *Kural koyucunun kendi koyduğu kurallara uyması.*

Bu ilkelerin varlığı, hukuk sisteminin oluşumuna zemin hazırlar ve hukukiliği artırır.

Ödev ahlakı ise daha farklı bir anlamı barındırmakta olup “hukukun dış ahlakı”na yöneliktir, bir diğer deyişle toplumu düzenleme amacı gütmekte ve cezalandırma usulünü benimsemektedir. “Ödev ahlakı, düzenli bir toplumun onlarsız yapamayacağı veya belli amaçları gerçekleştiremeyeceği kurallar koyar. Gaye ahlakı

<sup>49</sup> İŞSEVENLER, Osman Vahdet, “Hukukun Erdemi ve Füller’in Ahlakları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 25, Sayı 2, s. 575.

<sup>50</sup> İŞSEVENLER, s. 578.

<sup>51</sup> İŞSEVENLER, s. 578.

*yetkinlik için gerekenleri, ödev ahlakı ise toplumun bekası için çiğnenmemesi gerekenleri ortaya koyar*<sup>52</sup>.

## 2. Hart ve Hukuk-Ahlak İlişkisi

“Kapsayıcı pozitivism”in<sup>53</sup> öncülerinden olan Hart, diğer pozitivistler gibi hukuk ve ahlakın birbiriyle örtüşmediğini bir diğer deyişle doğal hukukçuların aksine hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişkinin olmadığını iddia etmiştir<sup>54</sup>. Pozitivizmin katı ampirik yaklaşımını eleştiren Hart, aynı zaman da doğal hukukun ahlakı, hukukla bir kabul eden ve ahlaka dayanmayan hukuk kurallarının geçersizliğini iddia eden görüşlerine de karşı çıkarak özgün ve ılımlı bir yaklaşım benimsemiştir.

Hart, hukuk ve ahlak ilişkisini tanımlarken pozitif ahlakı ele almıştır. Çünkü ahlak iki türdür: pozitif ya da diğer adıyla “objektif ahlak” ve “eleştirel ahlak”. Faydacıların da desteklediği pozitif ahlak kavramı, belli bir yerde ve belli bir zaman diliminde yaşayan kişilerin ortak olarak benimsemiş oldukları ahlaki kurallar bütünüdür<sup>55</sup>. Eleştirel ya da diğer adıyla “subjektif ahlak”, bireyseldir ve her bir bireyin içinde bulunan ahlaki öz, evrensel bir takım değerlerden oluşmaktadır. Bu ahlak anlayışı, var olan ahlak kurallarına ve toplumsal kurumlara eleştirel bir yaklaşım sergilemektedir.<sup>56</sup>

Hart’a göre ahlak ve hukuk aynı amaca, toplum düzenini sağlama amacına hizmet eden normatif alanlardır. Her ikisi de yaptırımla desteklenmekte ve uyma edimi öngörmektedir. Ancak farklılıklara da işaret etmek gerekir. Örneğin ahlak, kişinin yaratılışına bir diğer deyişle hulkuna uygun hareket etmesi gerekliliğinden doğmuşken hukukta yasanın varlığı en temel uyma sebebidir. Bir diğer fark ise hukuk

<sup>52</sup> İŞSEVENLER, s. 576.

<sup>53</sup> Kapsayıcı pozitivism, hukuki geçerlilik bakımından ahlaki değerlendirmeye gerek olmadığını ancak bazı sistemlerde hukuki geçerliliğin bir parçasına dönüşebileceğini kabul etmektedir. Dışlayıcı pozitivism ise bu olasılığı kesin ve katı bir şekilde reddetmektedir. ŞAHİN CEYLAN, s. 41.

<sup>54</sup> GÜRLER, Sercan, “Sunuş”, (Ed.) GÜRLER, Sercan, *H.L.A. Hart ve Hukuk- Ahlak Ayrımı*, 2. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 18.

<sup>55</sup> ŞAHİN CEYLAN, s. 33.

<sup>56</sup> ŞAHİN CEYLAN, s. 33.

kurallarının yürürlükten yasama eliyle kaldırılması mümkünken ahlak kurallarının değiştirilmemesinin ve yok edilmemesinin esas olmasıdır<sup>57</sup>.

Hart'a göre ahlak içseldir. Kişiler kendi özgür iradeleri ile ahlaki davranma hususunda tercihlerde bulunurlar. Ancak hukuk dışsaldır, yaptırımları daha ağır olan bir sistemdir ve bazen istenç olmasa dahi hukuk kurallarına uyulur.

Hart, hukuk ve ahlak ilişkisinin altı farklı durumda görünür olduğunu ifade etmiştir<sup>58</sup>:

- İnsanların hukuka uygun hareket etme sebebi, ahlaki değerlerdir. Ancak Hart'ın da değindiği gibi insanlar her durumda bu ahlaki bilinçle hareket etmeyebilir. Bazen hukuk kuralına uyma eylemi, kurala duyulan güven veya başkaları bu kurallara uyduğu için meydana gelebilir.
- Bazı hukuk kurallarında, yaygın ahlaki değerlerden izlere rastlanır. Örneğin hırsızlık yapmak hem ahlaki hem de hukuki anlamda tasvip edilmeyen bir davranıştır.
- Bazen yargılamada hukuku yorumlarken hukuki boşluklarla karşılaşılabilir. Bu gibi hallerde hakim, yorumunu yaparken ahlak kurallarından faydalanmak suretiyle boşlukları doldurur ve kararını verir.
- Eşitlik, adalet ve hak gibi kavramlar hem hukukta hem de ahlakta kabul edilmiştir. Hart, eşitlikçi yaklaşımların hukuki düzeni inşa edebileceği kanısındadır. Ancak düşünür, Aristoteles'in ifade etmiş olduğu denkleştirici adalet düşüncesinin bir yansıması olan benzer durumlarda benzer davranılması gerektiği yönündeki düstura eklemeye yaparak benzer durumlarda benzer, farklı durumlarda farklı davranılması ilkesinin adaleti ve hukukiliği sağlayabileceğine inanmıştır. Bu ilke, hukukun meşruiyet kaynağıdır. Hart, hem “dağıtıcı adalet” hem de “denkleştirici adalet” kavramları yerine bir üçüncüsü olan “usuli adalet”i tavsiye etmiştir.
- Ahlak, hukukun geçerlilik şartı değildir. Hart, ahlaka aykırı ve adaletsiz bile olsa usulüne uygun çıkarılmış, hukuk düzeninin geçerlilik ölçütlerine uygun

<sup>57</sup> ŞAHİN CEYLAN, s. 35-36.

<sup>58</sup> ŞAHİN CEYLAN, s. 45-59.

ve anlaşılabilir nitelikteki kanunların hukuki ve geçerli olduğunu iddia etmiş; ahlaka aykırılığın bir yasanın hukukilik vasfını yitirmesine neden olamayacağını belirtmiştir<sup>59</sup>.

Son değinilen husus, hukuki pozitivistlerin genel anlamda mutabakata vardığı bir noktadır. Kısacası usulüne uygun bir şekilde yürürlük kazanan hukuk kuralları, adaletsiz de olsa ahlaka aykırı da olsa geçerli ve hukuka uygundur. Aynı görüşte olan faydacı düşünürler Bentham ve Austin, var olan bir yasanın ahlakiliği üzerine tartışmayı yersiz bulmuş önemli olanın yasayı çıkaran organ ve usul olduğunun altını çizmişlerdir<sup>60</sup>.

Sonuç olarak her ne kadar ahlak ve hukuk arasında benzerlikler olsa da hukuk ve ahlak birbirinden bağımsız kavramlardır. Ahlak hukukun, hukuk da ahlakın geçerlilik koşulu olamaz. Ancak bu iki kavram arasında keskin bir ayrım olmayıp zayıf da olsa bir etkileşim mevcuttur. Hukuk kurallarının geçerlilik şartı, tanıma kuralına uygunluktur.

### 3. Mill ve Hukuk-Ahlak İlişkisi

“Faydacılık düşüncesine”<sup>61</sup> mensup olan John Stuart Mill, ahlaki olanın en yüksek sayıdaki insanın en büyük mutluluğunu sağlayan davranışlar olduğunu iddia etmiştir. Ahlak- hukuk ilişkisini adalet kavramıyla temellendiren Mill’e göre adil olmayan kanunlara uyma zorunluluğu yoktur<sup>62</sup>. Hukukun amacı, adaleti sağlamaktır.

Faydacı anlayış, mutluluğa ulaşmayı amaçlarken haz ve acı kavramlarını kullanmaktadır. İnsanlar acıdan kaçınır, haz duymak ister. Çünkü haz, mutlu olmak için bir araçtır. Mill’in savunduğu bu anlayışa göre faydalı olan bir diğer deyişle

<sup>59</sup> ŞAHİN CEYLAN, s. 45-59.

<sup>60</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus, “Pozitivizm ve Hukuk İle Ahlakın Ayrılması”, (Ed.) GÜRLER, Sercan, (Çev.) UZUN, Ertuğrul, *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, 2. Baskı, Tekin Yayınları, İstanbul, 2017, s. 105.

<sup>61</sup> Faydacılık, ahlakın deneyime ve iç gözleme dayanması gerektiğini, sezgisel olarak algılanamayacağını ve metafizik, din gibi temellendirmelerle ifade edilemeyeceğini iddia etmektedir. AYDIN, Metin, “William Whewell ve John Stuart Mill’de Ahlak-Hukuk İlişkisi”, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, 2021, Cilt 21, Sayı 1, s. 51.

<sup>62</sup> AYDIN, s. 51.

başkalarına zarar vermeyen davranışlar, ahlaka aykırı da olsa hukuka uygun kabul edilmelidir<sup>63</sup>. Ahlak, hukuka uygunluk şartı değildir.

Mill'in de savunduğu bu görüşe yönelik en sert eleştirilerden biri "sezgicilik düşüncesi"nin savunucularından olan William Whewell'den gelmiştir. Whewell, haz duyulan her davranışın ahlaki olamayacağını ve haz duyulmasa da ahlaki olan pek çok davranışın göz ardı edilmesinin akla uygun olmadığını ifade etmiş, Tanrı'nın iradesine ve onun tezahürü olan vahiylerle uygun olan eylemleri ahlaki kabul etmiştir<sup>64</sup>. Sezgicilik düşüncesinde insanları, hayvanlardan ayıran akılları sebebiyle insanın davranışları, ahlaki değerlendirmelere tabi tutulmaktadır. Ahlakı yücelten doğal hukuk anlayışının bir etkisi olan bu cümleler, zararlı olmasa da ahlaka aykırı eylemlerin cezalandırılması gerektiğinin bir çağrısı niteliğindedir. Ancak orta yolu bulan Hart, zarar verici davranışları cezalandırırken, ahlaki farklılıkları da göz önünde bulunduran uzlaşmacı bir tavır sergilemiştir<sup>65</sup>. Schopenhauer ise ahlaka uygun davranışlara önem atfeden bir başka düşünür olarak dışlayıcı pozitivistin karşısında durmuş ve şu ifadeleri kullanmıştır: "*Dünyanın sadece maddi bir anlamı olduğunu ve manevi-ahlaki anlamının bulunmadığını söylemek, bütün yanlışların en büyüğü ve en tehlikelisi, en büyük ve en temel gaf, gerçek ruh ve mizaç sapıklığıdır*"<sup>66</sup>.

Tekrar Mill ve Whewell arasındaki tartışmalara dönecek olursak Mill, ahlak ile hukuk arasındaki ilişkiyi hak kavramı üzerinden ele almıştır. Hak kavramını adalet ile ilişkilendiren Mill, faydanın adaletin temeli olduğunu, faydalı olanın adil olan olduğunu ve adaletin hak edene hakkını teslim etmek olarak tanımlanabileceğini ifade etmiştir<sup>67</sup>.

Mill'e göre adaletin sağlayıcısı, kanun yapan otoritedir. Kanunlar, kapsayıcı, genel, adil olmalı ve adaleti amaçlamalıdır. Kanunların işlevsiz kaldığı durumlarda

<sup>63</sup> HART, *Hukuk ve Özgürlük*, s. 17.

<sup>64</sup> AYDIN, s. 53.

<sup>65</sup> HART, *Pozitivizm*, s. 45-46.

<sup>66</sup> SCHOPENHAUER, s. 13-14.

<sup>67</sup> AYDIN, s. 60-61.



ise halkın adalet duygusu suçluyu eninde sonunda cezalandırmayı başarır. “*Mill’e göre bu durum, yasal sınırlama fikri ile adalet fikrinin ilişkisini ortaya koyar*”<sup>68</sup>.

Mill, adaletle güdülen iki amacın varlığından bahsetmektedir. Adalet, adil olmayan kötü davranışları cezalandırmak (adaletin psikolojik gücü) ve kötü eylemlerden biri veya birilerinin zarar gördüğüne dair duyulan inancı (ahlaki güç) barındırmaktadır<sup>69</sup>. Bu yorum, Mill’in hukuk ve ahlak kavramlarını birbirlerinden tamamen ayırmadığının, aksine adalet potasında bu kavramları eriterek özgün bir görüş geliştirdiğinin göstergesidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki hukukun temeli olan adalet kavramı, bazı önemli ve özel durumlarda geçersiz kılınabilir<sup>70</sup>. Örnek vermek gerekirse hasta bir çocuğa ilaç alınmadığı ve ilaca acil ihtiyacın hasıl olduğu bir halde, babanın, çocuğu için ilaç çalması eylemi, ahlaka aykırı kabul edilemez. Bu istisnaların varlığı da akılda tutulmalıdır.

#### **D. Etik ve Etik Kurallar**

Bir davranış ve yaşam biçimi olarak etik, neyin iyi neyin kötü davranış olarak nitelendirilebileceğini gösteren soyut ve genel ahlaki standartlar bütünüdür. Bir başka deyişle insanların davranışları, mesleki alandaki tavır ve tutumları ve ahlak yargıları üzerine düşünen ve genelleştirilmiş kurallar koyan felsefe dalıdır.

Etik kurallar, yazılı olmayan ancak toplumun geneli tarafından hissedilebilen kurallar bütünüdür. Etik kurallar, kapsayıcı olup sadece ahlak kurallarını değil, tüm yazılı ve sözlü kuralları da mercek altına almaktadır. Etik kuralların kaynağı hususunda insan doğası ve insanın sosyalleşmesi kavramlarını ortaya atan düşünürlerin ürünlerini sentezleyecek olursak şu sonuca ulaşmak pekala mümkündür: “*Etik kural ve ilkelerinin temel kaynağı insanın yaratılışı olmakla beraber bireyin sahip olduğu ahlaki ve etik değerler ve dünya görüşü, onun yaşadığı*

<sup>68</sup> AYDIN, s. 61.

<sup>69</sup> AYDIN, s. 62.

<sup>70</sup> AYDIN, s. 62.

*sosyalleşme sürecindeki dış faktörler tarafından şekillenmektedir*<sup>71</sup>. Bu tanımla hem ahlakın hem de etiğin kaynakları arasındaki farka da işaret etmiş bulunmaktayız.

Etik, toplumsal değerlerden beslenen bir alandır. “*Toplumsal değerler, tutum ve davranışları yönlendiren idealize olmuş temel soyut ilkeler veya genelleşmiş ahlaki inançlar olarak tanımlanabilir*”<sup>72</sup>. Tüm sosyal düzen kuralları, meşruiyetini bu değerlerden almakta ve bu değerlerle yaşamaktadır.

Etik çok çeşitli ayrımlara tabi tutulabilir. İlk ayrım kıstasına göre etik ikiye ayrılır: “Normatif etik” ve “normatif olmayan etik”. Normatif etik, ahlaka uygun yaşamın nasıl olması gerektiğine dair kodlardan oluşmaktadır. Normatif olmayan etik ise ahlak sistemlerinin nesnellliğini tartışan değerlendirme ve yorumlardan oluşmaktadır<sup>73</sup>.

Nikolay Berdyaev’in ortaya attığı bir başka etik ayrımına göre etik, “yasa etiği”, “kurtuluş etiği” ve “özgürlük etiği” olarak üçlü bir tasnife tabidir. “*Yasa etiği, belli bir toplumsal bütün tarafından kolektif olarak meydana getirilen veya benimsenen, tek tek bireylerin üstünde ve dışında yer alıp onların duygu, düşünce, tutum ve davranışlarına yön veren ilkeler, simgeler ve değerler bütünüdür*”<sup>74</sup>. Ancak Berdyaev’e göre bireyin değil, toplumun dayatması olan yasa/kanun etiği, bireylerin iç dünyasına kayıtsız kalmakta ve etik kuralları olağanüstü ölçüde standartlaştırmaktadır. Kaldı ki kanunların varlığı, kanunların yaşandığı anlamına gelmemektedir<sup>75</sup>. Önemli olan kanunların ve hukukun üstünlüğü bilincinin toplumun her bireyinin yüreğinde kök salmasıdır. Bu sebeple denilebilir ki etik, kanunlara yansiyabilir ancak bu durumda etik kuralının varlığı değil, hukuk kuralının varlığından söz edilmelidir.

<sup>71</sup> CERRAH, İbrahim, “Etik ve Hukuk İlişkisi: Profesyonellik Açısından ‘Hukuk’ ve ‘Yargı Etiği’”, *Yargı Etiği Sempozyumu*, HSYK Yayınları, Ankara, 2013, s. 28-29.

<sup>72</sup> YÜKSEL, *Etik Kodlar*, s. 19.

<sup>73</sup> CEVİZCİ, Ahmet: *Etik Ahlak Felsefesi*, 4. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2021, s. 29.

<sup>74</sup> YÜKSEL, *Etik Kodlar*, s. 12.

<sup>75</sup> Hukuk Adamları Birliği (HUKAB), “Yargıda Etik Sorunu”, *Etik Değerler “ETHICS”*, Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, HUKAB Yayıncılık, Ankara 15-16 Kasım 2012, s. 8.

Kurtuluş etiği, insanın içinde bulunduğu krizleri Tanrı'nın yardımı ile aşabileceğine inanan din temelli bir anlayıştır. Değer ve kurallar, Tanrı'dan gelir ve insanların kurtuluşu Tanrı'ya ulaşmakla mümkün olacaktır.<sup>76</sup>

Yaratıcılık etiği, bireysellik vurgusu yaparak yasa etiğinin evrenselliği karşısında durmaktadır. Yaratıcılık etiği, etiğin kişisel ve değişken yapısı olduğunu ifade etmektedir. Yaratıcılık etiği, insanın her tür kural ve baskıdan uzak kalarak kendi vicdanının sesini dinlemesi ve kendi özgür istenci ile ahlaki davranışlarda bulunma tercihini yapmasıdır<sup>77</sup>. Kısacası insan, dikte edilen etik ve ahlak kurallarına harfiyen uyan bir robot olmayıp kendi iradesini kullanan, eleştiren, değerlendiren ve tercih eden bir varlıktır.

Etik, bireysel, toplumsal, mesleki ve örgütsel etik olmak üzere dört boyutta incelenmektedir<sup>78</sup>. Bu sebeple etik, hem içsel ve dışsal anlamda ahlaki yaşam için tavsiyelerde bulunmakta hem de meslek hayatında nasıl iyi olunacağı konusunda kurallar koyarak yol göstermektedir. Bu sebeple etik, mesleki anlamda tıpçı etiği, hukukçu etiği, yargıç/hakim etiği, bilim etiği, yargı etiği, sanat etiği, medya etiği gibi pek çok dala ayrılmıştır.

## 1. Hukukçu Etiği

Mesleki anlamda etik davranışlar toplumun güvenini kazanacak değerli ve nitelikli işler yaparlar<sup>79</sup>. Bu sebeple her bir meslek dalı için ayrı birer etik başlığı açmak pekala mümkündür. Hekimin görevine başlamadan önce Hipokrat yemini etmesi<sup>80</sup>, yargıcın bağımsız ve tarafsız bir şekilde hüküm vermek istemesi ve eğer bu durum mümkün değilse davadan çekilmesi, akademisyenlerin makalelerini kaleme alırken intihal oluşturmaktan kaçınması, meslek etiğine uygun davranışlardır. Meslek etiğine aykırı davranışlara yaptırım olarak kınama, dışlama ve ayıplama örnek

<sup>76</sup> YÜKSEL, *Etik kodlar*, s. 13.

<sup>77</sup> YÜKSEL, *Etik kodlar*, s. 14.

<sup>78</sup> ÇİFTÇİOĞLU / BOZKURT, s. 665.

<sup>79</sup> RESNIK, David Benjamin: *Bilim Etiği*, (Çev.) MUTLU, Vicdan, 1. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 32.

<sup>80</sup> ÖZEL, Kadir Can, "Etik ve Etik-Hukuk Arasındaki İlişki", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 2018, Sayı 33, s. 689.

verilebilir. Bu etik türü, belirli bir meslek grubu içerisindeki kişilerin hem sosyal hayatlarındaki hem de meslek hayatındaki uymaları gereken davranış standartlarını ve meslek ahlakı konusundaki çeşitli tavsiyeleri içermektedir. Aynı zamanda meslek hayatında karşılaşılabilecek sorunlara çözüm niteliğindeki çeşitli etik kurallara duyulan ihtiyaç, meslek etiğinin konusunu oluşturmaktadır<sup>81</sup>. Genel meslek etiği ilkelerine dair listeler hazırlamak mümkün olmakla birlikte çeşitli meslek etiği ilkeleri şu şekilde sıralanabilir: mesleki hayatta dürüstlük, namuslu olmak, doğru sözlülük, sağlam bir bireysel ahlaka sahip olmak, misyon ve vizyon sahibi olmak<sup>82</sup>.

Bu konuda tıp etiği yerine tıpcı etiği, hukuk etiği yerine hukukçu etiği vb. ifadeler kullanma sebebimiz, mesleklerin etiği değil, o mesleklere mensup olan kişilerin etiği bir diğer deyişle etik davranışları söz konusudur ki bu kavramlaştırma Yusuf Karakoç'un da desteklediği bir düşüncenin ürünüdür. Bu düşünceden hareketle, bu çalışmada hukukçuların uyması gereken kurallardan oluşan etik dalı olarak hukukçu etiği kavramı tercih edilmiştir.

Hukukçu etiği, hukukçuların görevlerini yerine getirirken adaletin ve hukukun üstünlüğüne uygun bir şekilde davranmalarını sağlayan kurallar bütünüdür. Hukukçu etiğinde kastedilen, avukat, hakim, savcı ve bilirkişilerin uyması gereken kurallardır. Bu etik kurallar, hukuk kurallarını koyarken, konulan kuralları uygularken, yargılamayı gerçekleştirirken ve hukukçuların öğrenme süreçleri esnasında uygulanması gereken etik davranış kalıplarını ifade etmektedir<sup>83</sup>.

Hukuk kuralları genelin çıkarları için olmalı, adaleti ve hukuk devleti ilkelerini gözetmeli, ayrımcılık oluşturmadan herkese temel hak ve özgürlükleri sağlayıcı bir kapsamda ele alınmalıdır. Hukuk kuralları uygulanırken devlet görevlileri objektif ve tarafsız olmalı, keyfiliklerin önüne geçilmelidir<sup>84</sup>. Bu kurallar, sadece halkın uyması için olmayıp yönetenleri ve devlet görevlilerini de bağlamalı, genel olma çizgisinden uzaklaşmamalıdır. Yargılama faaliyeti sırasında, tarafsız ve

<sup>81</sup> ÖZEL, s. 692.

<sup>82</sup> SARI, Cengiz: *Yargı Etiği ve Türkiye'de Yargının Etik Yapılanması*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 43-45.

<sup>83</sup> ÖZEL, s. 697-698.

<sup>84</sup> ÖZEL, s. 698.

bağımsız koşullar altında hüküm verilebilmelidir. Hakimler, herhangi bir kin gütmeye saiki olmadan, hukuk etiğine uygun, hukukun üstünlüğüne duyulan güveni sarsmayan, doğru ve hukuki kararlar verebilmelidir. Çünkü yanlış bir hükümle sanık veya sanıkların hayatı olumsuz bir şekilde değişebilir. Bu sebeple kararlar verilirken objektif ve hukuki bir şekilde hareket edilmelidir. Yanlış kararların hukuka ve hukukun üstünlüğüne duyulan güveni sarsacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Hukukçular, sadece meslek hayatlarında değil, yargılama faaliyetleri dışında kalan gündelik hayatlarında ve toplumsal ilişkilerinde de etik bir duyarlılık içerisinde hareket etmelidir<sup>85</sup>. Kanunların sadece halk için değil, kendileri için de bağlayıcı olduğu gerçeğini inkar etmeden toplum hayatında da suç teşkil edebilecek davranışlardan uzak durulmalıdır. Çünkü toplumun hukuka ve hukukçunun yaptığı işe güveni elzemdir.

Bu konuya dair “Bangalore Yargısal Davranış İlkeleri” ne ve bu ilkelerden çıkan altı değere işaret etmek yerinde olacaktır. “*Bu değerler: bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe yaraşırılık, eşitlik, ehliyet ve özendir*”<sup>86</sup>.

Bağımsızlık ilkesi iki yönlüdür. Hukukçular, hem devletten hem de diğer yargı mensuplarından bağımsız olarak hukuka uygun kararlar almalıdır. “*Örnek olarak hakimin yasama, yürütme, siyasi parti, sivil toplum ve medya kuruluşlarından etkilenmeden yargısal kararlar alması gerekliliği, dış bağımsızlık olarak ifade edilir*”<sup>87</sup>. İç bağımsızlığa örnek ise hakimin meslek arkadaşlarının telkinlerinden arı bir şekilde karar alabilmesidir. Hiçbir emir ve talimat, kararlara etkimemelidir. Bağımsızlık ve tarafsızlık, birbirleriyle bağlantılı değerlerdir. Hatta tarafsızlığın şartı bağımsızlıktır.

<sup>85</sup> CERRAH, s. 28.

<sup>86</sup> İNCEOĞLU, Sibel, “Yargı Etiği Bakımından Uluslararası Belgeler Işığında Türkiye Uygulaması”, *Yargı Etiği Sempozyumu*, HSYK Yayınları, Ankara 2013, s. 83.

<sup>87</sup> ŞEN, Mahmut Şen, “Uluslararası Belgelerdeki Yargı Etiği Algısının Türk Uygulamacılar Yönünden Değerlendirilmesi”, *Yargı Etiği Sempozyumu*, HSYK Yayınları, Ankara, 2013, s. 105.

Tarafsızlık, daha subjektif olup genellikle hakim tarafsız olması gerekliliği şeklinde karşımıza çıkar. “Subjektif tarafsızlık”, hakim kararlarını belge ve bilgilerden başka hiçbir şeyin etkilememesidir. “Objektif bağımsızlık” ise hakim davasına baktığı idare, kurum veya kuruluş için daha önce çalışmış olması halinde, o davaya bakamamasını gerektirmektedir<sup>88</sup>. Hakim tarafsızlığı, kararlarını alırken sadece hukuka uygun belge ve delillere dayanarak kendi vicdani sesine göre hareket etmesidir. Hakim arasında husumet bulunan ya da yakınlığı olan kişilerle ilgili yargısal işlemlerden kaçınmasını gerektirmektedir. Hakim çekilmesi veya reddi durumu, tarafsızlığın şüpheli olduğu haller içindir. Hakimlerin baktıkları davalarda tarafsızlıkları sıkça gündeme gelmektedir. Hakime ve hukuka güveni tesis edebilmek için mahkemelerde iyi işleyen ses ve görüntü kayıtları alınmalı, tarafsızlıktan kuşku duyulan hallerde hakim çekilme isteminde bulunmalı ve davanın tarafları ile hakim ve savcıların özel iletişim kurması açıkça yasaklanmalıdır<sup>89</sup>.

Bağımsızlık ve tarafsızlığın gerçekleştirilebilmesi için hakimlerin refah içinde yaşamalarını temin edecek yüksek maaşların belirlenmesi gerekliliği duyulmuştur<sup>90</sup>. Çünkü kendisi ve ailesini idame ettirebilen bir diğer deyişle ekonomik anlamda refah içerisinde olan bir hakim, rüşvet almak gibi hem etik ihlali hem de kanun ihlali olan bir suçu işlemeyecektir.

Dürüstlük ise hukukçunun hem mesleğindeki hem de özel hayatındaki ilişkilerinin her safhasında dürüstlük ilkesini benimsemesi ve buna uygun şekilde örnek davranışlar sergilemesidir. Çünkü hukukçular dürüst olmazsa toplumun da dürüst olması beklenemez.

“Mesleğe yaraşırılık gereği, hukukçuların mesleklerini icraları sırasında elde ettikleri bilgi ve belgeleri, mesleki amaçlar dışında kullanamamaları ve ifşa edememeleri gerekir”<sup>91</sup>. Aksi takdirde, kanunlarda öngörülen yaptırımlar devreye girmeli ve çeşitli disiplin cezaları uygulanmalıdır. Örnek bir düzenleme olarak 1136

<sup>88</sup> ŞEN, s. 110.

<sup>89</sup> İNCEOĞLU, s. 89.

<sup>90</sup> ŞEN, s. 108.

<sup>91</sup> İNCEOĞLU, s. 92.

Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 135. maddesi zikredilebilir. Bu kanun hükmüne göre Avukatlık Kanunu ve meslek etiği kurallarına aykırı davranan avukatlar disiplin cezasına çarptırılır. Disiplin cezaları, en hafifinden en ağırına doğru şu şekildedir: uyarma, kınama, on bin liradan yüz elli bin liraya kadar adli para cezası, üç aydan üç yıla kadar işten geçici süreliğine meslekten çıkarma ve baro levhasından ad silinmesi suretiyle meslekten çıkarılmadır.

Ayrıca mesleğe yaraşırılık, hukukçuların sarf ettikleri sözlerin ifade edilış tarzı ve ne anlama geldiği konusunda hassasiyet göstermelerini, meslekle bağdaşmayan başka işlerle meşgul olmamalarını, hediye kabul etmemelerini de gerektirmektedir. Kısacası hukukçu imajı zedelenmemeli, hukuka ve adalete duyulan güven sağlanmalıdır

Bir değer olarak eşitlik, yargı mensubunun kararlarında dil, din, mezhep, ırk, siyasi düşünce, cinsiyet gibi sebeplere dayanarak ayrımcılık yapmamasını ve emrindeki diğer çalışanların da ayrımcı davranışlar sergilemelerine engel olmasını ifade etmektedir.

Ehliyet ve özen, diğer adıyla liyakat, hukukçuların işlerini büyük bir hassasiyet ve bilgi birikimi içinde yerine getirmesini gerektirir. Bu amaçla hukukçu kişiler eğitilmeli, makul sürede kararlar alabilmeli, verdikleri kararların sonuçlarını tahlil etmeli ve belli bir yetkinlik düzeyine ulaşmış olmalıdır.

Bangalore Yargısal Davranış İlkeleri'ne ilave olarak mevzuatımızda, avukatlara yönelik mesleki kurallardan oluşan düzenlemeler de mevcuttur. Avukatlar, 19 Mart 1969 tarih ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 39. maddesi gereği müvekkillerine ait kişisel bilgi ve yazışmaların gizliliğini sağlama, bu bilgi ve sırları ifşa etmeme ve müvekkilin ihtiyacı olabilecek tüm bilgi ve belgeleri üç yıl boyunca saklama yükümlülüğü altındadır<sup>92</sup>. Aksi takdirde, kişisel verilerin gizliliği ve dosya bilgileri sızdırılan müvekkillerin hakları ihlal edilmiş olur. Aynı zamanda avukat olan

<sup>92</sup> RG, 7 Nisan 1969, Sayı: 13168, 'Avukatlık Kanunu', <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13168.pdf>, (E.T: 27.04.2023).

kişi, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nda tanımlanan bir suçu işlemiş ve bununla birlikte etik dışı bir davranış sergilemiş olur<sup>93</sup>.

Kurum ve kuruluşlarda çalışan kişilerin meslek etiğine aykırı davranışlarını yaptırım altına alan çok çeşitli iç hukuk düzenlemeleri mevcuttur. Bunlardan birkaçını zikretmek gerekirse T.C. Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu ve üniversitelerdeki etik kurullar örnek olarak verilebilir. Bu kurullar, hazırladıkları raporlarla bilgilendirici ve uyarıcı işlevler üstlenirler. Yaptırımlar ise uyarma, kınama, para cezası, geçici süreliğine işten çıkarma ve meslekten çıkarma şeklindedir<sup>94</sup>.

### E. Hukuk ve Etik İlişkisi

Hukuk ve etik kurallarının genellikle iç içe hatta etiğin hukukun kapsayıcısı ve hukuk kurallarının temeli olduğu kabul edilmektedir.<sup>95</sup> Çünkü aralarında amaçsal bir benzerlik bulunmaktadır. “*Hak, adalet, eşitlik, insan onuru gibi çok çeşitli değerler hem hukuk hem de etik alanında hedeflenen değerlerdir*”<sup>96</sup>. Bu bölümde hem benzerlikler hem de farklılıklar üzerinden hukuk ve etik ilişkisi yansıtılmaya çalışılacaktır.

Hem hukuk hem de hukuk kuralları insanı ve insanın eylemlerini konu alan ve çeşitli sınırlayıcılıklar getiren kurallar bütünüdür. Hukuk kuralları gibi etik kurallarının da yazılı olduğu örnekler mevcut olup etik kurallarının hem sözlü hem de yazılı kurallar olduğu ifade edilebilir. Amaçsal benzerlikler de söz konusu olup her iki alanda da toplumsal düzenin sağlanması arzu edilmektedir.

Hukuk ve etik arasındaki farklar ise şu şekildedir: etik, içsel kurallar koyarken hukuk daha ziyade dışa dönüktür<sup>97</sup>. Etik kurallar ne yapılması gerektiğini ifade ederken hukuk kuralları, ne yapılabileceğini ortaya koyar; etik kurallar

<sup>93</sup> ÖZEL, s. 691.

<sup>94</sup> ÖZEL, s. 695

<sup>95</sup> ÖZEL, s. 696, 698-699.

<sup>96</sup> ÖZEL, s. 698.

<sup>97</sup> ÇİFTÇİOĞLU / BOZKURT, s. 670.



genellikle sözlü iken hukuk kurallarında yazılılık esası baskındır<sup>98</sup>. Çünkü genel olan hukuk kurallarının genellik ve objektiflik şartları ancak yazılı forma büründürüldüklerinde sağlanmış olur. Etik kurallar ihlal edildiğinde kesin bir yaptırım öngörülmemiş olmamakla birlikte hukuk kurallarında cezai etki doğuran, zora dayanan ve belirlenmiş olan çeşitli yaptırımların varlığı söz konusudur. Ayrıca etik kurallarının kaynağı, toplumun vicdanı, devlet ve meslek kuruluşları olabilirken hukuk kurallarının kaynağı devlettir. Etik, bireyin self kontrolü içinken hukuk kuralları bireyler arası ilişkileri düzenleyici etkiler doğuran kurallardır<sup>99</sup>.

Sonuç olarak etik ve hukuk birbirine benzer alanlar olmakla birlikte birbirlerinin yerine kullanılamayacak kavramlardır. Etik, hukukun tamamlayıcısı olup hukuk kurallarının oluşum sürecine katkıda bulunan ve ahlaklı meslek mensupları ve insanların yetişmesine hizmet eden felsefi bir disiplin alanıdır.

## F. Ahlak ve Etik İlişkisi

Etik ve ahlak kavramları arasındaki farklara yeri geldikçe birkaç cümle ile değinmiş bulunmaktayız. Bu başlık altında bu farklılıkları detaylandırma ve etik-ahlak ayırımına açıklık getirme amacı güdülmüştür. Her ne kadar kelime anlamı bazında benzerlikler söz konusu olsa da etiğin, ahlaktaki gibi kişilerin hangi davranışlarının iyi olduğunu belirleme amacının da ötesinde ahlaki değerlerin ne anlama geldiğini belirleme gibi bir amacı vardır ki bu düşünme eylemi etiğin bir felsefi disiplin alanı olduğunun en temel göstergesidir<sup>100</sup>. Ahlak, normatifken etik, felsefi bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Etik, evrensel, kesin ve doğru ifadelere yer verirken ahlak değişken karakteriyle tüm dünyayı kapsayıcı şekilde yorumlanamamaktadır.

Ayrıca ahlak, genellikle kişiselken etik daha ziyade toplumsal davranış kalıplarına eğilen objektif bir tutum sergilemektedir. Ahlakın teorik olarak temellendirilmesi olarak da tanımlanabilecek olan etik kavramı, ahlaki değerlerin

<sup>98</sup> KARAKOÇ, *Hukuk ve Etik*, s. 93-94.

<sup>99</sup> KARAKOÇ, *Hukuk ve Etik*, s. 93-95.

<sup>100</sup> ALTUNSU, s. 25.

tümünü ele alarak kesin iyi, kesin kötü gibi değer yargılarına ulaşmayı amaçlamaktadır. Ancak bu kavramı tamamen soyut ve normatif değilmiş gibi ele almak da yanlıştır. Soyutluğun ve normatifliğin istisnası, meslek etiği kuralları olarak ortaya çıkmaktadır<sup>101</sup>. Fakat bu durum, etiğin soyut olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Bir diğer fark kişilerin ahlak ve etik karşısındaki tutumlarına dairdir. Ahlak kuralları, kişilere dayatılır ancak etik kurallarında kişi o kuralın üzerine düşünür ve etiklik sonucuna kendi düşünme eylemi neticesinde ulaşır. Bu farklılığa rağmen etik ve ahlak kavramları birbirini beslemektedir. Etiğin amacı, ahlak kurallarını ilga etmek, bir diğer deyişle ahlakın yerine geçmek olmayıp bizzat ona rehber olmaktır. Ki bu durumu Pieper çok veciz bir şekilde ifade etmiştir: “*Etik, ahlak üretmez, ahlak üzerine konuşur*”<sup>102</sup>.

Özet olarak etik ve ahlakın ortak amacı, toplum düzenini tesis etmek ve erdemli insan yaratmak olarak tanımlanabilir. Her iki alan da sözlü kurallara sahiptir. Ancak etik ile ahlak aynı kavramlar değildir. Etik, ahlakı da kapsayan bir üst kavramdır. Ahlaka uygun olan etik kabul edilir. Etik ve ahlak arasındaki temel farka değinecek olursak ahlak, bir bütün halinde tüm toplumu erdemli kılma çabası içerisindedir. Etik ise toplumdaki belirli bir mesleğin, işin, kurumun veya grubun erdemli kılınması içindir.

## SONUÇ

Gelişen teknoloji ve bilimsel gelişmelerde yaşanan artış, toplumun bireyci bir anlayışın etkisiyle ahlaksal dönüşümlere uğramasına sebebiyet vermiştir. Hızla küreselleşen ve bu sebeple sınırların kalktığı bir dünyada, ahlak da bundan nasibini almış ve yozlaşma kaçınılmaz olmuştur. Ancak bilinmelidir ki karmaşıklaşan dinamik toplum yapısı sadece hukukla düzenlenemez. Bazı durumlarda hukuk yetersiz kalmaktadır. Bu durumun vesikası da günümüz bireyci anlayışıyla tetiklenen ahlaki

<sup>101</sup> ÇİFTÇİOĞLU / BOZKURT, s. 669.

<sup>102</sup> PIEPER, Annemarie: *Etiğe Giriş*, (Çev.) ATAYMAN, Veysel / SEZER, Gönül, 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 29.

erozyon olgusudur. Kısacası ahlak olmadan hukuk anlamsız kalır ancak yine de var olmaya devam eder. Tersine örnek de geçerlidir. Ahlakın egemen olduğu ancak hukuku dışlayan toplumlar düzen içinde yaşayamaz aksine bu düzen fikri, bir hayal ürünü olarak zihinlerin derinliklerinde muhafaza olunur. Sonuç olarak hukuku, ahlak ve etik; yeri geldiğinde de diğer sosyal düzenleyici kurullarla desteklemek, toplumsal krizlerde düzeni sağlamak için başvurulacak en iyi yöntemdir.

Hukuk ve ahlakın birbirini tamamlayan ilişkisinin yansıması olarak başka örnekler vermek de mümkündür. İnsanlar her zaman suç işlemeye meyillidir. Her ne kadar caydırıcı olduğu düşünülen hukuk kuralları konya da suç bitmez. Önemli olan halkın eğitimi ve moral değerlere sahip oluşudur ki bu durum, korkutmak yerine zihniyetleri olumlu biçimde şekillendirebilecek bir etkiye sahip oluşu gerektirmektedir. İnsanlar, ahlaka ve etiğe uygun hareket ederse hukuka duyulan ihtiyaç azalır ancak ortadan kalmaz. Çünkü hukuk ve diğer kurullar birbirinden etkilenen ama aynı zamanda farklı olan kavramlardır. Hukuk kurallarıyla kişinin ahlaken ıslahı imkansız olup hukuk kuralları sadece korkutmaktadır. Örneğin yoksul bir kişi, hukuk yasaklamış olsa bile ekstrem bir ihtiyaç içerisindeyken hırsızlık yapacaktır. Hukuk buna engel olamaz. Ancak ahlak ve etik kurallarıyla toplum şekillendirilir ve ardından adaleti sağlayabilecek hukuk kuralları devreye girerse suç oranı azalır.

Önemli olan husus, hukukçular, meslek sahipleri ve yöneticiler de dahil olmak üzere toplumun her kesiminin yürürlükte olan hukuk kurallarına uymasındır. Çünkü hukuk ve etik kuralları geneldir, herkes içindir. Üst kademedeki insanların bu kurallara uygun davranışlar sergilemesi, tüm halka örnek olur ve kurullar etkinlik kazanmış olur. Kısacası verdiğimiz tavsiyeler ve koyduğumuz kurullardan ziyade nasıl davrandığımız önemlidir. Bu hususta Francis Bacon'un şu veciz sözü dikkat çekicidir: "Bizi güçlü yapan, yediklerimiz değil, hazmettiklerimizdir. Bizi zengin yapan, kazandıklarımız değil, muhafaza ettiklerimizdir. Bizi bilgili yapan, okuduklarımız değil, kafamıza yerleştirdiklerimizdir."<sup>103</sup>.

<sup>103</sup> Hukuk Adamları Birliği (HUKAB), *Yargı Etiği*, s. 11-12.

**KAYNAKÇA**

- ALTUNSU, Onur: *Hans Kelsen'in Düşüncelerinde Hukuk-Ahlak İlişkisi ve Temel Norm Kuramı*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2017
- AYDIN, Metin, "William Whewell ve John Stuart Mill'de Ahlak-Hukuk İlişkisi", *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, 2021, Cilt 21, Sayı 1
- BAUMAN, Zygmunt: *Postmodern Etik*, (Çev.) TÜRKER, Alev, 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011,
- BILLINGTON, Ray: *Felsefeyi Yaşamak*, (Çev.) YILMAZ, Abdullah, 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011,
- CERRAH, İbrahim, "Etik ve Hukuk İlişkisi: Profesyonellik Açısından 'Hukuk' ve 'Yargı Etiği'", *Yargı Etiği Sempozyumu*, HSYK Yayınları, Ankara, 2013,
- CEVİZCİ, Ahmet: *Etik Ahlak Felsefesi*, 4. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2021.
- ÇİFTÇİOĞLU, Ceylan / BOZKURT, Ömer: "İnsan Haklarının Etik İle İlişkisi", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, 2021, Cilt 6, Sayı 2
- DURAN, Muhammet Sait, "Habermas'ın Söylem Etiğinde Ahlak ve Hukuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, Cilt 25, Sayı 1
- GÜRLER, Sercan, "Sunuş", (Ed.) GÜRLER, Sercan, *H.L.A. Hart ve Hukuk- Ahlâk Ayrımı*, 2. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017
- HART, Herbert Lionel Adolphus, "Pozitivizm ve Hukuk İle Ahlâkın Ayrılması", (Ed.) GÜRLER, Sercan, (Çev.) UZUN, Ertuğrul, *H.L.A. Hart ve Hukuk- Ahlâk Ayrımı*, 2. Baskı, Tekin Yayınları, İstanbul, 2017,
- HART, Herbert Lionel Adolphus: *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, (Çev.) ÖZ, Erol, 1. Baskı, İslık Yayınları, İstanbul, 2020,

- Hukuk Adamları Birliği (HUKAB), “Adalet Manifestosu”, *Etik Değerler “ETHICS”*, Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, HUKAB Yayıncılık, Ankara 15-16 Kasım 2012
- Hukuk Adamları Birliği (HUKAB), “Yargıda Etik Sorunu”, *Etik Değerler “ETHICS”*, Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, HUKAB Yayıncılık, Ankara 15-16 Kasım 2012
- İŞIKTAÇ, Yasemin: “Hukuk, Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2000, Cilt 58, Sayı 1-2.
- İNCEOĞLU, Sibel, “Yargı Etiği Bakımından Uluslararası Belgeler Işığında Türkiye Uygulaması”, *Yargı Etiği Sempozyumu*, HSYK Yayınları, Ankara 2013
- İŞSEVENLER, Osman Vahdet, “Hukukun Erdemi ve Füller’in Ahlakları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 25, Sayı 2
- KARAKOÇ, Yusuf: “Hukuk-Etik İlişkisi”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2012, Sayı 24,
- ÖZEL, Kadir Can, “Etik ve Etik-Hukuk Arasındaki İlişki”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 2018, Sayı 33
- PIEPER, Annemarie: *Etiğe Giriş*, (Çev.) ATAYMAN, Veysel / SEZER, Gönül, 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012
- RESNIK, David Benjamin: *Bilim Etiği*, (Çev.) MUTLU, Vicdan, 1. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004
- SARI, Cengiz: *Yargı Etiği ve Türkiye’de Yargının Etik Yapılanması*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014,
- SCHOPENHAUER, Arthur: *Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine*, (Çev.) AYDOĞAN, Ahmet, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2009

- ŞAHİN CEYLAN, Şule, “H.L.A. Hart’a Göre Hukuk-Ahlâk İlişkisi”, (Ed.) GÜRLER, *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, 2. Baskı, Tekin Yayınları, İstanbul, 2017,
- ŞEN, Mahmut Şen, “Uluslararası Belgelerdeki Yargı Etiği Algısının Türk Uygulamacılar Yönünden Değerlendirilmesi”, *Yargı Etiği Sempozyumu*, HSYK Yayınları, Ankara, 2013
- TOPUZKANAMIŞ, Engin, *Hukuk ve Disiplin Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları*, 3. Baskı, Zoe Kitap, İstanbul, 2019.
- TÜRBAĞ, Ahmet Ulvi, “Yargı Bağımsızlığı ve Etik Değerler Dengesi”, *Yargı Etiği Sempozyumu*, (HSYK Yayınları, Ankara, 2013,
- UZUN, Ertuğrul: “Ahlâksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması”, (Ed.) GÜRLER, Sercan: *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, 2. Baskı, Tekin Yayınları, İstanbul, 2017.
- YILDIZ Abdülkadir, “Hukuk ve Ahlak Arasındaki İlişki”, (Ed.) ERDOĞMUŞ, Nihat / TORLAK, Ömer / BİLGİN TİRYAKİ, Kübra: *Temelleri ve Uygulamalarıyla İş Ahlakı*, İGİAD Yayınları, İstanbul, 2018
- YILMAZ, Nusrettin: “Felsefi Bağlamda ‘İyi Biri Olma’nın Bazı Yolları”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2010, Sayı 25,
- YÜKSEL, Mehmet, “Modern Kültürde Hukuk ve Ahlak”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2010, Sayı 25
- YÜKSEL, Mehmet: “Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 5, Sayı 1
- YÜKSEL, Mehmet: “Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişisine Sosyolojik Bir Bakış”, *Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 57, Sayı 1



## Marka Lisansı Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Lisans Alanın Denkleştirme İstemi

Av. Refik Emre ÖZTÜRK\*

### Öz

Marka lisansı sözleşmesi, lisans veren ile lisans alan arasında akdedilen ve sürekli nitelikte borç doğuran bir sözleşmedir. Acentenin denkleştirme istemine ilişkin hüküm, acentelik sözleşmesi gibi tekel hakkı veren benzeri sözleşmelere kıyasen uygulanacağından dolayı marka lisansı sözleşmelerinde de denkleştirme istemi hakkından bahsetmek gerekmektedir. Denkleştirme isteminin ön koşulu, lisans sözleşmesinin sona ermesidir. Bu çalışmada öncelikle genel olarak marka lisansı sözleşmesinden ve bu sözleşmenin sona erme sebeplerinden bahsedilmiş, ardından acentenin denkleştirme talep hakkına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla marka lisansı sözleşmelerine uygulanabilirliğine ve bunun şartlarına değinilmiştir. Marka lisansı alanın denkleştirme istemi hakkının şekli ve maddi şartlarını sağlayan lisans alan, lisans verene karşı denkleştirme istemini ileri sürme imkânına sahiptir.

### Anahtar Kelimeler

Marka lisansı, lisans alan, lisans veren, denkleştirme.

\* Adana Barosu, av.refikemre@outlook.com, ORCID: 0009-0001-8502-9608.

Gönderim Tarihi: 15.07.2023. Kabul Tarihi: 15.08.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



## **Termination of The Trademark License Contract and Trademark Licensee's Right to Claim Equalization**

### **Abstract**

A trademark license contract is a contract between licensor and licensee. Since the provision regarding the agent's claim equalization request applied to similar contracts that give monopoly rights, such as agency agreements, it is necessary to mentioned the right to demand claim equalization in trademark license agreements. A prerequisite for the claim equalization request is the termination of the license agreement. In this study, first of all, the trademark license contract in general and the termination of this contract are mentioned. Then the conditions under which the agent's right to claim equalization can be applied to trademark license contracts are mentioned. In this respect, the licensee who satisfies the form and material conditions of the claim equalization has the opportunity to assert the claim equalization against the licensor.

### **Keywords**

Trademark license, licensee, licensor, claim equalization.



## GİRİŞ

Marka lisansı sözleşmesi, lisans veren ile lisans alan arasında akdedilen ve sürekli borç ilişkisi doğuran kendine özgü bir sözleşmedir. Marka lisansı sözleşmesinin türleri, sona erme sebepleri önemlidir. Zira acentenin denkleştirme istem hakkına ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>1</sup> (TTK) m. 122 hükmünün kıyas yoluyla benzeri sözleşmelere uygulanacağı öngörüldüğünden bu hüküm, sürekli nitelikte borç ilişkisi doğuran marka lisansı sözleşmesinin sona ermesinde de uygulanacaktır.

### I. MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİ

#### A. Genel Olarak

Lisans sözleşmelerini, mülkiyet hakları sahiplerinde kalmak koşuluyla marka, patent, tasarım ve *know-how* gibi gayri maddi nitelikteki fikrî ve sınai hakların, başkalarınca kullanımına izin verilmesini konu alan sözleşmeler olarak tanımlamak mümkündür<sup>2</sup>.

Marka lisansı sözleşmesi, lisans verenin markayı kullanma hakkını lisans alana verdiği ya da bıraktığı sözleşmedir<sup>3</sup>. Bu sözleşme, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu<sup>4</sup> (SMK) m. 24'te düzenlenmektedir. Buna göre, marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir (SMK m. 24/1).

Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan (adi) lisans şeklinde verilebilir ki sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans, inhisari değildir. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren markayı kendi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de başka lisanslar verebilir. İnhisari lisans sözleşmelerinde lisans veren, başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendisi de markayı kullanamaz (SMK m. 24/2).

Lisans alanın, lisans sözleşmesiyle kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde başkasına lisans vermesine alt lisans denir ve lisans sözleşmesinin geçersizliği ya da

<sup>1</sup> 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

<sup>2</sup> Yargıtay, 11. HD., T. 24.02.2020, E. 2019/3850, K. 2020/1989.

<sup>3</sup> BOZBEL, Savaş; *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 449.

<sup>4</sup> 10.01.2017 tarihli ve 29944 sayılı Resmî Gazete.

sona ermesiyle alt lisans sözleşmesi geçersiz olur<sup>5</sup>. Alt lisans verilmesi, inhisari olmayan lisans sözleşmelerinde söz konusu olup lisans verenin izni yoksa inhisari olmayan lisans sözleşmesinde lisans alanın alt lisans verme hakkı yoktur<sup>6</sup>; inhisari lisanstaki tekel hakkı, alt lisansa da engel olacaktır<sup>7</sup>. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez (SMK m. 24/3).

Lisans, ülkenin tamamında ya da bir kısmında geçerli olacak şekilde yani ulusal ya da bölgesel olarak verilebilir ki aksi kararlaştırılmamışsa lisans, ulusal lisanstır<sup>8</sup>. Markalar bakımından zorunlu lisans söz konusu olmayıp iradi lisans söz konusudur; hak sahibinin iradesiyle verilen lisansa iradi (sözleşmesel) lisans, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde verilen lisansa zorunlu lisans denilmektedir<sup>9</sup>. Lisans, bir bedel karşılığı veriliyorsa ivazlı, bedelsiz veriliyorsa ivazsız lisanstan söz edilir<sup>10</sup>.

Lisans bakımından kişiye bağlı lisans ile işletme lisansı ayrımı da yapılabilir. Lisans alanın kişiliğinin göz önünde tutulduğu ve mirasla intikal etmeyen lisansa kişiye bağlı lisans; ekonomik bir bütünlük arz eden işletmelere verilen lisansa ise işletme lisansı denir<sup>11</sup>.

Ortak markalar da lisans sözleşmesine konu olabilir ancak SMK m. 148/7'nin mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere garanti markaları, lisans sözleşmesine konu edilemez. Zira teknik şartnamede gösterilen özellikte ve nitelikte

<sup>5</sup> KARASU, Rauf / SULUK, Cahit / NAL, Temel: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 371; BAŞLAR, Yusuf: “Marka Lisansı Sözleşmesinin İşlevleri ve Çeşitleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2012, Cilt 7, Sayı 68, s. 45-46.

<sup>6</sup> ÖZCAN, Zeynep / KOÇ, Yaren: “Marka Lisans Sözleşmesi ve Sözleşmenin Taraflarının Yükümlülükleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 15, Sayı 168, s. 1646.

<sup>7</sup> ERDEM, Ercüment: *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 477.

<sup>8</sup> BİLGİNOĞLU, Nurettin Emre: “Marka Lisansı Sözleşmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018, Cilt 13, Sayı 140, s. 81.

<sup>9</sup> KARASU / SULUK / NAL, s. 372.

<sup>10</sup> KARASU / SULUK / NAL, s. 372.

<sup>11</sup> YÜKSEL, Ali Sait: *Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-how) Sözleşmesi Hukuku*, 1. Baskı, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1989, s. 88.

mal üreten veya hizmet sağlayan herkes, garanti markasını kullanma hakkına sahiptir<sup>12</sup>.

## B. Hukuki Niteliği

Marka lisansı sözleşmesi, hukuki işlem olup<sup>13</sup> lisans veren lisans alanın edimdeki menfaatini sözleşme ilişkisi boyunca gerçekleştirme borcu altında olduğundan sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşmedir<sup>14</sup>. Marka lisansı sözleşmelerinin hukuki niteliği hususunda satım, adi ortaklık, ürün kirası yönünde görüşler ileri sürülmüşse de marka lisansı sözleşmesinin isimsiz sözleşme<sup>15</sup> olduğu ve kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir<sup>16</sup>.

Marka lisansı sözleşmesi ile sahip olunan hakkın değil hakkın kullanımının devri söz konusu olduğundan bu sözleşme, aynı değil şahsi hak teşkil etmektedir<sup>17</sup>. Marka lisansı sözleşmeleri ile sağlanan hakkın mutlak hak mı yoksa nispi hak mı olduğu tartışmalıdır. Lisansın tescil edildikten sonra iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ve lisans alanın, lisans konusu hakka tecavüz hâlinde dava açabilmesi, marka lisansı sözleşmesi ile sağlanan hakkın mutlak hak olarak savunulmasında temel gerekçelerdir<sup>18</sup>. Marka lisansı sözleşmeleri ile sağlanan hakkın nispi hak olduğu görüşü ise temel olarak lisans alanın, lisans verene karşı şahsi nitelikte haklara sahip olması, sözleşme konusu hakkın ancak tescille üçüncü kişilere ileri sürülebilir olması ve marka üzerindeki hakkın marka sahibinde kalmaya devam ettiği<sup>19</sup> gerekçelerine

<sup>12</sup> UZUNALLI, Sevilay: *Marka Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 135; ARKAN, Sabih: “Marka Tescil Başvurusunun Lisans Sözleşmesine Konu Olması – Bazı Sorunlar”, *BATİDER*, 2019, Cilt 35, Sayı 3, s. 40.

<sup>13</sup> BİLGİNOĞLU, s. 81.

<sup>14</sup> BAŞARAN, Sıla: “Marka Lisans Sözleşmeleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2012, Cilt 86, Sayı 2, s. 181.

<sup>15</sup> İsimsiz sözleşmeden bahsedebilmek için o sözleşmenin kanunda ismen zikredilmesi değil birtakım kurullarla o sözleşmenin düzenlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. OKTAY, Saibe: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, Cilt 55, Sayı 1-2, s. 264.

<sup>16</sup> CEYLAN, Çiğdem: “Marka Lisansı Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayı, s. 67.

<sup>17</sup> YASAMAN, Hamdi / YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya / YÜKSEL, Sinan Hüdai / MEMİŞ KARTAL, Pınar / AYOĞLU, Tolga / YASAMAN, Zeynep: *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1. Baskı, Cilt 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 2477; CEYLAN, s. 63.

<sup>18</sup> BAŞLAR, Yusuf: “Marka Lisans Hakkının ve Marka Lisansı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, Cilt 3, Sayı 20, s. 86.

<sup>19</sup> BOZBEL, s. 452.

dayanmaktadır. Sicile tescilin tek başına o hakkı mutlak hak haline getirmeyeceği nazara alındığında söz konusu hakkın nispi hak olduğunu kabul etmek isabetli olacaktır<sup>20</sup>.

### C. Tarafları ve Borçları

Marka lisansı sözleşmesinin tarafları lisans veren ile lisans alandır. Lisans, gerçek kişiye kişisel lisans olarak verilebileceği gibi işletme lisansı olarak tüzel kişiliği haiz bir işletmeye de verilebilir<sup>21</sup>. Lisans sözleşmesinde lisans verenin borçları; marka hakkının kullanılmasını sağlama, kullanıma engel olmama lisans alanı hak iddialarına karşı kurtarma ve sadakat borcu<sup>22</sup> olarak ifade edilebilirken lisans alan ise sözleşmenin zorunlu unsuru olmamakla birlikte taraflarca kararlaştırıldığı takdirde lisans bedeli olarak adlandırılan karşılığı ücret olarak ödemeyi<sup>23</sup>, defter ve kayıtları üzerinde marka sahibi lisans verenin inceleme yapması bakımından hesap vermeyi<sup>24</sup>, lisans konusu hakkı korumayı borçlanmanın yanı sıra sadakat borcu ve sır saklama borcu altındadır<sup>25</sup>. Bununla birlikte SMK m. 24/4'e göre lisans veren, lisans alan tarafından üretilen malların veya sunulacak hizmetlerin kalitesini garanti altına alma; lisans alan ise lisans sözleşmesinde yer alan şartlara uyma borcu altındadır. Lisans alanın bu borcuna aykırı davranması hâlinde lisans veren, tescilli markadan doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilir.

### D. Şekli

Marka lisansı sözleşmesi, geçerlilik şekli olarak yazılı şekle tabidir (SMK m. 148/4); taraflardan birinin talebi, ücretin ödenmesi ve Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik<sup>26</sup>te (SMKYön) yer alan şartların yerine getirilmesi hâlinde sicile kaydedilir ve bültende yayımlanır. Sicile kayıt, ortak marka haricinde (SMK m. 148/7) kurucu değil açıklayıcı nitelikte olup üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırır. Yani ortak markaya ilişkin lisans sözleşmesinin tescilinde sicilin olumlu etkisinden bahsedilir. Ortak marka dışındaki markalarda lisans alanın, lisans

<sup>20</sup> BAŞLAR, *Nitelik*: s. 90.

<sup>21</sup> CEYLAN, s. 78; BAŞLAR, *İşlev*: s. 44.

<sup>22</sup> ERDEM, *Ticaret*, s. 479.

<sup>23</sup> UZUNALLI, s. 134.

<sup>24</sup> ÖZCAN / KOÇ, s. 1647.

<sup>25</sup> ERDEM, *Ticaret*, s. 480.

<sup>26</sup> 24.04.2017 tarihli ve 30047 sayılı Resmî Gazete.

hakkını markayı devralan üçüncü kişiye ileri sürebilmesi için markayı devraldığı sırada üçüncü kişinin, lisans sözleşmesinin varlığını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlaması gerekir<sup>27</sup>.

### A. Marka Hakkına Tecavüz Hâlinde Lisans Alanın Dava Takip Yetkisi

Marka hakkına tecavüz fiilleri, marka sahibinin hukuki durumunu etkilemenin yanı sıra lisans alanın da hukuki durumunu etkilediğinden tecavüzün neden olduğu zararın fail tarafından tazmin edilmesi, lisans alanın menfaatini de ilgilendirmektedir<sup>28</sup>. SMK m. 158, inhisari lisans sahibi ile inhisari olmayan lisans sahibi arasında ayrıma gitmektedir<sup>29</sup>. Madde gerekçesinde<sup>30</sup> de ifade edildiği üzere inhisari lisans sahipleri, lisans vereninin açabileceği davaları kendi adlarına açabilecek ise de inhisari olmayan lisans sahipleri, SMK m. 158/2'deki prosedürü<sup>31</sup> işlettikten sonra<sup>32</sup> kendi adlarına dava açabilecektir. Lisans alanın kendi adına dava açabilmesi, marka hakkı üzerinde mutlak hak sahibi olan lisans verenin dava haklarını bertaraf etmeyecektir<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> UZUNALLI, s. 136; BOZKURT YAŞAR, Sevgi: “Marka Lisansı Sözleşmesinin Şekli ve Sicile Kaydı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2006, Cilt 1, Sayı 1, s. 36.

<sup>28</sup> YASAMAN / YUSUFOĞLU BİLGİN / YÜKSEL / MEMİŞ KARTAL / AYOĞLU / YASAMAN, s. 2484.

<sup>29</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞLAR, Yusuf: “Marka Lisansı Sözleşmesi Açısından Marka Hakkının Korunması”, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, 2008, Cilt 4, Sayı 14, s. 325-338.

<sup>30</sup> YILDIZ, Ozan Ali: *Sınai Mülkiyet Kanunu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 496.

<sup>31</sup> SMK m. 158/2: “İnhisari olmayan lisans alan, sınai mülkiyet hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa, yapacağı bildirimle, gereken davayı açmasını hak sahibinden ister. Hak sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması hâlinde, lisans alan, yaptığı bildirimle de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir. Bu fıkra uyarınca dava açan lisans alanın, dava açtığını hak sahibine bildirmesi gerekir.”

<sup>32</sup> Sözleşme ile basit lisans alana (inhisari olmayan lisans sahibine) dava açma hakkı tanınmışsa bunun bildirim hükmünde olması gerektiği ve maddedeki prosedürün işletilmesine gerek olmadan lisans alanın dava açabilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. ÇAPA, Mehmet Sadık: “Üçüncü Kişiler Tarafından Marka Hakkına Tecavüz Durumunda Basit Lisans Alanların Zararlarının Tazmini”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 16, Sayı 2, s. 580.

<sup>33</sup> Yargıtay, 11. HD., T. 19.01.2015, E. 2014/15585, K. 2015/598; PEKDİNÇER, Remzi Tamer / GİRAY, Rabia Eda / BAŞ, Kadir: *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 413; YASAMAN / YUSUFOĞLU BİLGİN / YÜKSEL / MEMİŞ KARTAL / AYOĞLU / YASAMAN, s. 3350.

## II. MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Marka lisansı sözleşmesi, çeşitli sebeplerle sona erebilir. Sürekli edimli bir sözleşme olan marka lisansı sözleşmesinin sona ermesinde sözleşmeler için geçerli olan genel sona erme sebepleri caridir<sup>34</sup>. Öte yandan taraflar, sözleşmenin nasıl sona ereceği kararlaştırmış olabilir, bozucu şart belirlemiş olabilirler<sup>35</sup>. Sözleşmeden kaynaklanan veya taraf iradeleri dışında bir sebeple de sözleşmenin sona ermesinden bahsedilebilecektir<sup>36</sup>. Bununla birlikte çoğunlukla sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olan ve sözleşmenin kurulmasından sonra öngörülemeyen şekilde meydana gelen beklenmedik olaylar nedeniyle borcun ifasının aşırı derecede güçleşmesi veya sözleşmenin amacının anlamsızlaşması yani işlem temelinin çökmesi<sup>37</sup> olarak ifade edilen durumun söz konusu olması hâlinde sözleşmenin yeni duruma uyarlanması, istisnai olarak sözleşmenin feshi gündeme gelebilecektir<sup>38</sup>.

### A. Sebepleri

#### 1. İkale

Sürekli edimli sözleşmeler, diğer sözleşmeler gibi taraflarca yapılacak sona erdirme anlaşması ile yani ikale sözleşmesi ile sona erdirilebilir<sup>39</sup>. İkale, marka lisansı sözleşmesinin sona ermesi sebeplerinden biridir.

#### 2. Marka Hakkının Sona Ermesi

Marka hakkının sona ermesi, SMK m. 28'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre koruma süresinin dolması ve markanın süresi içinde yenilenmemesi<sup>40</sup>,

<sup>34</sup> GÜVENÇ ULUÇLAR, Selvi Nazlı: *Marka Lisans Sözleşmesi ve Markanın Hükümsüzlüğünün Lisans Sözleşmesine Etkisi*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 87.

<sup>35</sup> CEYLAN: s. 85.

<sup>36</sup> BAŞLAR, Yusuf: *Marka Lisansı Sözleşmesi*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2008, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 107.

<sup>37</sup> GÜLEKLİ, Yeşim: "Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1990, Cilt 15, Sayı 18, s. 57.

<sup>38</sup> TURNA, Özge: *Marka Lisans Sözleşmeleri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 103.

<sup>39</sup> ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Cilt V/1,3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 613.

<sup>40</sup> SMK m. 23: "(1) Tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler halinde yenilenir.

(2) Yenileme talebinin marka sahibi tarafından koruma süresinin sona erdiği tarihten önceki altı ay içinde yapılması ve aynı süre içinde yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin bilginin

marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi durumlarında marka hakkı sona erecektir. Hemen belirtmek gerekir ki marka lisansı sözleşmesi sicile kaydedilmişse lisans alanın izni olmaksızın marka hakkından vazgeçilemez (SMK m. 28/4). Markanın hükümsüzlüğüne<sup>41</sup> ya da iptaline karar verilmesi hâlinde de marka hakkı son bulacaktır. Sona erme, sona erme sebebinin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren hüküm ifade edecektir (SMK m. 28/2). Tüm bu hallerde marka hakkının sona ermesine bağlı olarak marka lisansı sözleşmesi de sona erecektir<sup>42</sup>.

### 3. Sözleşme Süresinin Sona Ermesi

Marka lisansı sözleşmesi, belirli ya da belirsiz süreli olarak akdedilebilir<sup>43</sup>. Belirli süreli sözleşmede sürenin sona ermesiyle birlikte sözleşme sona erecektir. Belirli süreli sözleşmede sürenin sona ermesine rağmen taraflar, sözleşme ilişkisini devam ettirirlerse sözleşmenin belirsiz süreli hale geldiğini kabul etmek gerekir<sup>44</sup>. Belirli süreli sözleşme söz konusu olduğunda, marka hakkı sözleşme süresinden önce sona erer ve marka sahibi de marka hakkı sahibi koruma süresini yenilemez ise koruma süresinin bitimi ile birlikte yenilemeyi kabul etmeyen lisans veren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>45</sup> (TBK) m. 112<sup>46</sup>ye göre lisans alana karşı sorumlu olacaktır<sup>47</sup>. Tescilli markanın yenilenmesi bakımından lisans alanın yetkisinden bahsedilemez<sup>48</sup>.

---

*Kuruma sunulması gerekir. Bu süre içinde talebin yapılmaması veya yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin bilginin Kuruma sunulmaması halinde, yenileme talebi, koruma süresinin sona erdiği tarihten itibaren altı aylık süre içinde ek ücretin ödenmesi şartıyla da yapılabilir.*

*(3) Marka, tescil kapsamında bulunan mal veya hizmetlerin bir kısmı için de yenilenebilir.*

*(4) Ortak markanın yenilenmesi için gruba dahil işletmelerden birinin talebi yeterlidir.*

*(5) Yenileme, önceki koruma süresinin sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren hüküm ifade eder. Yenileme, sicile kaydedilir ve Bültende yayımlanır.”*

<sup>41</sup> BAŞLAR, *Lisans*, s. 107.

<sup>42</sup> CEYLAN, s. 85.

<sup>43</sup> YASAMAN / YUSUFOĞLU BİLGİN / YÜKSEL / MEMİŞ KARTAL / AYOĞLU / YASAMAN, s. 2483.

<sup>44</sup> ÖZYEŞİL, Bengü: *Marka Lisans Sözleşmesi*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 82.

<sup>45</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

<sup>46</sup> TBK m. 112: “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

<sup>47</sup> KOCABIYIK, Sami: “Marka Lisansı Sözleşmesinin Fesih Yoluyla Sona Ermesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2023, Cilt 21, Sayı 242, s. 474.

<sup>48</sup> YASAMAN / YUSUFOĞLU BİLGİN / YÜKSEL / MEMİŞ KARTAL / AYOĞLU / YASAMAN, s. 2484.

Sözleşmede süre belirlenmediyse sözleşme hükümlerinden taraf iradelerine bakılarak sözleşmesi süresi hakkında bir sonuca varılabilir<sup>49</sup>. Bu mümkün değilse bir görüşe göre yasal korunma süresi boyunca, tescilli markalarda on yıl boyunca, sözleşmenin süreceği kabul edilmelidir<sup>50</sup>. Diğer görüşe göre ise tescilli markanın koruma süresinin on yıl olması nedeniyle marka lisansı sözleşmesi süresinin de on yıl olarak belirlenmesi doğru olmaz; zira SMK m. 23/1'e göre tescilli markanın koruma süresi onar yıllık dönemler hâlinde yenilenebileceğinden koruma süresinin dolmasında sonra yenilemeyi kabul etmeyen lisans verenin, lisans alana karşı TBK m. 112 hükümlerine göre sorumlu olması gerekir<sup>51</sup>.

#### 4. Dönme

Sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için ifaya başlanmamış olması gerekir. Bu itibarla sürekli edimli sözleşme olan marka lisansı sözleşmesinde sınırlı olarak, ancak sözleşmenin ifasına başlanmamış olması hâlinde sözleşmeden dönme söz konusu olabilecektir<sup>52</sup>. Sözleşmeden dönme hâlinde marka lisansı sözleşmesinin geriye etkili olarak ortadan kalkmasından bahsedilecektir.

#### 5. Ölüm

Ölüm hâlinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı, sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde taraflarca kararlaştırılabilir. Taraflarca bir kararlaştırma yoksa ve taraflardan birinin ölümü hâlinde lisans veren ile lisans alan bakımından ve inhisari lisans ile basit lisans bakımından ayrıma gitmek gerekir.

Kural olarak basit lisansta lisans veren veya lisans alanın ölümü hâlinde marka lisansı sözleşmesi sona ermeyecektir; meğerki ölen tarafın kişiliği, sözleşme bakımından önem arz etsin<sup>53</sup>. Öte yandan marka lisansı sözleşmesinin, adi ortaklık

<sup>49</sup> YILMAZ, Canan: *Marka Lisans Sözleşmeleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 127; ÖLMEZ, Hande: *Marka Lisansı Sözleşmeleri*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 118; BAŞLAR, *Lisans*, s. 108.

<sup>50</sup> ÖZCAN / KOÇ, s. 1647.

<sup>51</sup> YILMAZ, *Marka*, s. 127.; ÖZYEŞİL, s. 82.

<sup>52</sup> ŞAN, Mehmet Emin: *Marka Lisansı Sözleşmesinden Doğan Sorunlar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 72; ÖLMEZ, s. 120.

<sup>53</sup> ŞAN, s. 72-73.



benzeri bir nitelik göstermesi hâlinde aksine anlaşma olmadığı takdirde sözleşme, taraflardan birinin ölümüyle (TBK m. 639/1-2) sona erecektir<sup>54</sup>.

İnhisari lisans sözleşmelerinde ise lisans alanın lisanstan doğan haklarını üçüncü kişiye devretmesi veya alt lisans vermesine ilişkin sözleşme yoksa lisans alanın ölümü ile birlikte marka lisansı sözleşmesi sona erecektir<sup>55</sup>. İnhisari olmayan marka lisansı sözleşmelerinde lisans alanın ölümü Hâlinde ise kişiye bağlı lisansta sözleşme sona ererken işletme lisansında ise işletme devri hâlinde lisansın sona ereceği yönünde sözleşmede koşul olmadığı takdirde<sup>56</sup> sözleşme sona ermeyecektir<sup>57</sup>.

## 6. İflas

Türk hukukunda taraflardan birinin iflası hâlinde marka lisansı sözleşmesinin sona ereceğine dair bir düzenleme mevcut değildir<sup>58</sup>. Taraflar arasında ortaklık türü bir ilişki mevcut değilse iflas hâlinde sözleşme sona ermeyecek, ortaklık türü bir ilişki varsa taraflardan birinin iflası hâlinde sözleşme sona erecektir<sup>59</sup>.

Taraflardan birinin iflası, kira sözleşmesinin iflas masasındaki durumu benzeri bir hal olup lisans alanın iflas etmesi durumunda marka hakkı, henüz lisans alana verilmemişse TBK m. 98/2'ye göre lisans alan tarafından uygun bir teminat gösterilmezse lisans veren sözleşmeyi feshedebilir.

Lisans verenin iflası hâlinde marka hakkı henüz kendisine verilmeyen lisans alan, iflas masasında marka hakkının verilmesini isteyemeyecek olup lisans alanın bu konudaki alacağı, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu<sup>60</sup> (İİK) m. 198/1'e göre para alacağına dönüşür ve iflas masasından istenir. Meğerki iflas idaresince aynen ifa üstlenilip de marka hakkı, lisans alana teslim edilmiş veya sözleşmede iflasa dair aksine hüküm mevcut olsun<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> YILMAZ, *Marka*, s. 133.

<sup>55</sup> YILMAZ, *Marka*, s. 133.

<sup>56</sup> YÜKSEL, s. 88.

<sup>57</sup> YÜKSEL, s. 116; ÖLMEZ, s. 125.

<sup>58</sup> ÖLMEZ, s. 125-126.

<sup>59</sup> TURNA, s. 103; YÜKSEL, s. 117.

<sup>60</sup> 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete.

<sup>61</sup> ÖZYEŞİL, s. 88.

## 7. Olağan Fesih

Belirli süreli sözleşmelerde sözleşmenin ne zaman sona ereceği bellidir. Olağan fesih imkânı, kural olarak yalnızca belirsiz süreli borç ilişkilerinde söz konusu olacaktır<sup>62</sup>. Belirli süreli marka lisansı sözleşmesinin olağan fesihle sona erdirilmesi ise sözleşmede bu imkânın kararlaştırılmış olmasına bağlıdır<sup>63</sup>. Olağan fesih imkânı, belirli süre önceden bildirmek kaydıyla sözleşmenin tarafına, sözleşmenin bağlayıcılığından kurtulma imkânı verir<sup>64</sup>.

Marka lisansı sözleşmesinde olağan fesih imkânı bakımından kanuni düzenleme mevcut olmadığından, sözleşmede de bu konuda hüküm yoksa bu hakkın kullanımında karşı tarafa ne kadar süre verilmesi gerektiği hususunda açıklık yoktur<sup>65</sup>. Yargıtay, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 56/3'e atıf yaparak maddede lisans yerine ruhsat ifadesi kullanıldığını ve *"basit ruhsatlar hakkında hasılat kirasına, tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümler uygulanır"* şeklindeki hükme göre lisans sözleşmesinin düzenleniş amacına göre ürün kirası ve intifa hakkına ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmiştir<sup>66</sup>. Bu itibarla bir görüşe göre intifa hükümleri, olağan fesihle ilgili düzenleme içermediğinden ürün kirasına ilişkin hükümlerin marka lisansı sözleşmesine kıyasen uygulanması ve en az altı aylık fesih bildirim süresi tanınması gerektiği kabul edilmelidir<sup>67</sup>. Diğer görüşe göre ise fesih bildirim süresinin belirlenmesinde belirsiz süreli adi ortaklığın sona ermesine ilişkin (TBK m. 640) altı aylık fesih bildirim süresi ve belirsiz süreli ürün kirasının sona

<sup>62</sup> ANTALYA, s. 604.

<sup>63</sup> YILMAZ, *Marka*, s. 128.

<sup>64</sup> KOCABIYIK, s. 478.

<sup>65</sup> KOCABIYIK, s. 479.

<sup>66</sup> Yargıtay, 11. HD., T. 06.11.2019, E. 2018/789, K. 2019/6921: *"...Lisans sözleşmelerinin sözleşme içeriğine göre, adi ortaklık, hasılat kirası ve satım sözleşmelerine benzeyen yönleri bulunmaktadır. 5846 sayılı FSEK'nın 56/3.maddesinde ise, lisans sözcüğü yerine "ruhsat" tabiri kullanıp, "Basit ruhsatlar hakkında hasılat kirasına, tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümler uygulanır" şeklindeki düzenleme ile lisans sözleşmeleri hakkında, sözleşmenin düzenleniş amacına göre, 6098 sayılı TBK ve mülga 818 sayılı BK'da düzenlenmiş bir sözleşme türü olan hasılat kirası ve intifa sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Gerek intifa sözleşmeleri, gerekse hasılat kirası sözleşmelerine ilişkin, 4721 sayılı TMK (796), 6098 sayılı TBK (367 vd.) ve mülga 818 sayılı BK'daki (285 vd.) düzenlemelerde, sözleşmelerin sona erdirilmesinin belirli koşullara bağlandığı anlaşılmaktadır..."*.

<sup>67</sup> KOCABIYIK, s. 481.

ermesine ilişkin (TBK m. 368) altı aylık süre, marka lisansı sözleşmesinin olağan fesih ile sona ermesinde de geçerli olmalı, feshin dürüstlük kuralına aykırı ve özellikle uygun olmayan zamanda yapılmamasına ilişkin TBK m. 640/2 hükmü uygulama alanı bulmalıdır<sup>68</sup>. Olağan fesihte haklı sebebe dayanmaksızın sözleşme sona erdirilebilirse de bunun sınırı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>69</sup> (TMK) m. 2'de yer alan dürüstlük kuralıdır<sup>70</sup>.

## 8. Olağanüstü Fesih

Olağanüstü fesih sebepleri, önceden öngörülemeyen bir sebepten dolayı borç ilişkisinin temelinden çökmesi sonucunda o ilişkinin devamının taraflardan beklenmemesine neden olan sebeplerdir<sup>71</sup>. Olağanüstü fesih hakkının kanuni dayanağı, kişiliğin korunmasına ilişkin TMK m. 23 hükmü olduğundan kanunda açıkça düzenlenmese de haklı sebeplerin varlığı hâlinde sözleşmenin olağanüstü fesih yolu erdirilebilmesi mümkündür<sup>72</sup>. Olağan fesihten farklı olarak olağanüstü fesihte karşı tarafa önceden fesih bildirimini yapılması gerekmeksizin derhal fesih mümkündür ve belirsiz süreli sözleşmelerin yanı sıra belirli süreli sözleşmelerde de olağanüstü fesih söz konusu olur<sup>73</sup>.

Hangi hallerin haklı sebep teşkil edeceği ve olağanüstü fesih hakkı vereceği, her somut olay özelinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Belirtilen kalitede ve nitelikte üretim yapılmaması<sup>74</sup>, bir tarafın yükümlülüklerini ağır biçimde savsaması, güven

<sup>68</sup> YILMAZ, *Marka*, s. 128-129.

<sup>69</sup> 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

<sup>70</sup> TURNA, s. 100.; YILMAZ, *Marka*, s. 129.

<sup>71</sup> ANTALYA, s. 607.

<sup>72</sup> KOCABIYIK, s. 482.

<sup>73</sup> KOCABIYIK, s. 482.

<sup>74</sup> Yargıtay, 11. HD., T. 21.04.2015, E. 2014/18193, K. 2015/5564: "...Mahkemece, davacı ile davalı ...Tic. Ltd. Şti. firması arasında 30.05.2008 tarihinde ... markasının giyim eşyası üzerinde kullanılarak üretim ve satış yapılmasını konusunda anlaşmaya varıldığı, davacının 22.07.2009 tarihinde gönderdiği ihtarnameye göre bu sözleşmeyi feshettiği, daha sonra bu fesih nedeniyle artık diğer davalıların da ... markalı giyim eşyası üretim ve satış yapmalarını konusunda ihtar ettiği, lisans sözleşmesinin 22.07.2009 tarihinde sona erdiği sonucuna varıldığı, davalılardan ... Tic. Ltd. Şti. firmasının lisans sözleşmesine aykırı davrandığı, sözleşmeye göre yapması gereken lisans ödemelerini kısmen yapmadığı, ayrıca lisans alan davalının, davacıya numune göndererek onay alması gerekirken, numune göndermeden ve üretim onayı almadan üretim ve dağıtım yaptığı, bazı model pantolonların paçalarında kalite problemi görüldüğü, kravatlarda kumaşın niteliğinin belirtilmediği, bazı ürün etiketlerinde kumaş üretim ve içerik bilgilerinin yer almadığı, dolayısıyla davalının lisans sözleşmesine aykırı hareket ettiği anlaşıldığı, davacı tarafından yapılan feshin haklı bir fesih olduğu..."

sarsıcı durumların ortaya çıkması haklı sebep teşkil edebilecektir<sup>75</sup>. Marka hakkına tecavüz hallerinden biri olan, marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek<sup>76</sup> (SMK m. 29/1-ç) fiilleri de olağanüstü fesih sebebi olarak kabul edilmelidir<sup>77</sup>.

### III. MARKA LİSANSI ALANIN DENKLEŞTİRME İSTEMİ

#### A. Genel Olarak

Marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir (SMK m. 24). Lisans sözleşmesi ile marka hakkını kullanma hak ve yetkisi lisans alana verilmektedir<sup>78</sup>. Bilhassa yabancı marka sahipleri, Türkiye’de kalıcı konum kazanabilmek için Türkiye pazarını yakından tanıyan lisans alanla lisans sözleşmesi yaparlar<sup>79</sup>. Bu suretle lisans alan, markaya müşteri çevresi yaratarak o markayı zamanla tanınmış marka haline getirebilmektedir<sup>80</sup>.

Hukukumuzda denkleştirme istemi, önceleri Yargıtay uygulamasıyla kabul edilmiş olup<sup>81</sup> ilk defa 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu<sup>82</sup> (SK) m. 23/16’da<sup>83</sup> yer almış,

<sup>75</sup> YÜKSEL, s. 116.

<sup>76</sup> Marka lisansı haklarının izinsiz olarak genişletmesi veya üçüncü kişilere devredilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, Mücahit / AYDIN, Sevgican: “Marka Lisans Hakkının İzinsiz Genişletilmesi veya Üçüncü Kişilere Devri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 2015, Cilt 31, Sayı 1, s. 189-228.

<sup>77</sup> KOCABIYIK, s. 483.

<sup>78</sup> UZUNALLI, *Marka*, s. 134.

<sup>79</sup> KARASU, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 57, Sayı 4, s. 313.

<sup>80</sup> KARASU, s. 313.

<sup>81</sup> Yargıtay, 11. HD., T. 20.06.1996, E. 1996/2084, K. 1996/4544: “...Uygulama ile doktrinde “portföy tazminatı” olarak adlandırılan bu alacağın tahsil imkânı TTK'nun sigorta hükümlerinde düzenlenmediği gibi, Sigorta Murakabe Kanunu'nda bu konuda özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu durum karşısında uyumsuzluğun davanın niteliği ve davacının sıfatına göre, TTK'nun acentelik hükümleri ile BK'nun sözleşmenin feshi ile ilgili hükümlerine göre çözümlenmesi zorunlu bulunmaktadır...”

*O halde, tüm bu açıklamalar karşısında bir acentenin sözleşmenin feshinde bir kusuru bulunmadığı takdirde kendi döneminde oluşturulan ve uzun süren sigorta sözleşmelerinden dolayı sigorta ettiren tarafından sigortacıya ödenen primler bakımından acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra mahrum kaldığı prim komisyon ücretlerinden dolayı muhik bir tazminat isteyebileceğinin kabulü gerekir. Buradaki kriter sözleşmeyi fesheden sigortacının kusurlu olup olmaması değil, acentenin kusurlu olup olmaması halidir...”*

<sup>82</sup> 14.06.2007 tarihli ve 26552 sayılı Resmî Gazete.

<sup>83</sup> Sigortacılık Kanunu m. 23/16: “Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra sigorta şirketi sigorta acentesinin portföyü sayesinde önemli menfaatler elde ediyor ve hakkaniyet gerektiriyorsa, sigorta acentesi, sigorta şirketinden tazminat talep edebilir. Ancak, sigorta

sonrasında ise TTK m. 102'de yer bulmuştur<sup>84</sup>. Denkleştirme istemi, sözleşme süresince kurduğu müşteri çevresinden sözleşme ilişkisinin bitiminden sonra artık yararlanamayacak olan marka lisansı alanın uğradığı kayıp ile lisans verenin aynı müşteri çevresinden sözleşmenin sona ermesinden sonra da yararlanmaya devam etmesi nedeniyle elde ettiği kazancın denkleştirilmesine<sup>85</sup> ve hakkaniyet esasına<sup>86</sup> dayanır.

Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak TTK, denkleştirme istemine ilişkin hükmün, tek satıcılık ile benzeri diğer sürekli sözleşmelere de uygulanmasını öngördüğünden ve marka lisans sözleşmesi de sürekli bir borç ilişkisi doğurduğundan marka lisans alanın da denkleştirme isteminde bulunma hakkı olduğunun kabulü gerekir<sup>87</sup>. Denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez (TTK m.122/4).

Tahkim şartı ve yabancı hukuk seçimlerinde TTK m. 122 hükmünün uygulanabilirliği hususunun ele alınması önemlidir. Zira denkleştirme istemine imkân vermeyen hukuk sistemleri mevcut olduğundan bu hukukun seçilmesi hâlinde denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemeyeceğine ilişkin TTK m. 122/4 hükmüne aykırılık sorunu gündeme gelecektir. Bu durumda TTK m. 122 hükmünün sözleşmeden değil kanundan doğan bir istem olduğu ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>88</sup>un (MÖHUK) 6. maddesine göre doğrudan uygulanan kural olduğu dikkate alınarak denkleştirme istemi ileri sürülmesi imkânı olmalıdır<sup>89</sup>. Bu itibarla tekel bölgesi kısmen veya tamamen Türkiye olan

---

*acentesinin haklı bir nedene dayanmaksızın sözleşmeyi feshetmesi ya da kendi kusuruyla sözleşmenin feshine neden olması halinde tazminat hakkı düşer.”*

<sup>84</sup> CAN, Ozan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Acentelikle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, Cilt 8, Sayı 2, s. 87.

<sup>85</sup> KARASU, s. 288.

<sup>86</sup> GÜRPINAR, Bünyamin: “Sigorta Acenteleri Açısından Portföy Tazminatı”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 1, Sayı 2, s. 47; AKIN, İrfan: “Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 62, Sayı 3, s. 615.

<sup>87</sup> KARASU, s. 312.

<sup>88</sup> 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazete.

<sup>89</sup> AYOĞLU, Tolga: “Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanmak Üzere Yabancı Bir Hukuk Sisteminin Seçilmesinin Denkleştirme Talebi Bakımından Etkisi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 12, Sayı 151-152, s. 14-19; Ayrıntılı bilgi için bkz. ERCAN, Duygu: *Denkleştirme Taleplerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve*

sözleşmelerde yabancı hukuk hükümlerinin, denkleştirme istemine uygulanmayacağını kabul etmek isabetli<sup>90</sup> olacaktır<sup>91</sup>.

## B. Hukuki Niteliği

Denkleştirme isteminin tazminat niteliğinde olduğunu savunan görüşe göre denkleştirmenin amacı, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte ortaya çıkan zararın giderilmesidir<sup>92</sup>. Ancak denkleştirme istemi, klasik anlamda bir mal varlığı zararının giderilmesi olarak anlaşılabilir<sup>93</sup>. Denkleştirme istem hakkının hukuki sebebi, sözleşme sonucu devredilen müşteri çevresi olduğundan denkleştirme isteminin hukuki niteliğini sebepsiz zenginleşme olarak değerlendiren görüşler de mevcuttur<sup>94</sup>. Diğer bir görüşe göre sözleşmenin sona ermesi neticesinde hukuka veya sözleşmeye aykırı bir davranışa gerek olmaksızın doğan bu istem hakkının hukuki niteliği, fedakarlığın denkleştirilmesidir<sup>95</sup>. Denkleştirme isteminin karşılık olduğunu savunan görüşe göre ise denkleştirme istemi, diğer sözleşme sonu istemlerinden farklı niteliktedir; zira İsviçre Federal Mahkemesi'nin de belirttiği üzere denkleştirme istemi bir zararın karşılanması için tanınmış bir tazminat olmayıp karşı edimdir<sup>96</sup>. Bir görüşe göre bu karşılık, sosyal amaçlarla getirilmiş bir karşılıktır<sup>97</sup>. Ancak madde gerekçesinde de belirtildiği üzere “*Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre işletmeye bağlanan müşteri kitlesinin sürekli olarak işletmeye kazanç sağladığı dikkate alınırsa bu talep acentenin işletmeye yaptığı katkının karşılığı olduğundan*

---

*Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 128-138.

<sup>90</sup> AYOĞLU, s. 19.

<sup>91</sup> Aksi yöndeki Bölge Adliye Mahkemesi kararı için bkz. İstanbul BAM, 13. HD., T. 10.06.2021, E. 2021/899, K. 2021/884.

<sup>92</sup> BİNGÖL, Muhammet Emin: “TTK m. 122 Kapsamında Denkleştirme İsteminin Hukuki Niteliği”, *Sorumluluk Hukuku (Seminerler) 2016 (Editör: Başak Baysal)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 156.

<sup>93</sup> ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015, s. 226.

<sup>94</sup> ŞAHİN, Adem: “Acentelik Sözleşmesinin Kısmi Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstem Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 2535.

<sup>95</sup> SAK, Burak: *Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 145.

<sup>96</sup> ERDEM,ERCÜMENT: “Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi”, *Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 8.

<sup>97</sup> BİNGÖL, s. 157.

*acenteye yardım düşüncesine dayanmaz. Hakkaniyet temeline oturtulduğu için de saf bir mali hak şeklinde nitelendirilemez.”* Bu sebeple madde başlığında “tazminat” ifadesine değil “istem” ifadesine yer verilmiştir<sup>98</sup>.

### C. Şartları

Marka lisansı sözleşmesinin sona ermesini müteakip marka lisansı alanın, denkleştirme istemine hak kazanabilmesi için şekli ve maddi şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>99</sup>.

#### 1. Şekli Şartlar

##### a. Marka Lisansı Sözleşmesinin Sona Ermesi

Denkleştirme isteminin ön şartı, marka lisansı sözleşmesinin sona ermesidir<sup>100</sup>. Bir görüşe göre TTK m. 122/5, tek hak veren ilişkilere uygulanacağından lisans alan, ancak inhisari lisans sözleşmesinin varlığı hâlinde şartları varsa denkleştirme isteminde bulunabilir<sup>101</sup>. Diğer görüşe göre ise adi lisans alan da tek hak sahibi olabileceğinden (örneğin adi lisans alana belirli bölge bırakılması) bu durumda da şartları varsa denkleştirme istem hakkı mevcuttur<sup>102</sup>. Bununla birlikte lisans alan, haklı fesih nedeni olmamasına rağmen olağanüstü fesih iddiasıyla sözleşmeyi feshetmişse veya lisans alanın kusuru sebebiyle sözleşme lisans veren tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse lisans alan, denkleştirme isteminde bulunamaz (TTK m. 122/3). Feshi haklı kılan eylemi ispat yükü davacıdadır<sup>103</sup>. Sözleşmenin haklı sebeple feshi için ortaya çıkan sebebin hem objektif hem de

<sup>98</sup> ARKAN, *Ticari İşletme*, s. 226; Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında “tazminat” ifadesine yer verilmesine yönelik eleştiri için bkz. KENDİGELEN, Abuzer: *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 115.

<sup>99</sup> KARASU, s. 289; DURAL, Halil Ali: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Uyarınca Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkının Maddi Şartları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 4, Sayı 1, s. 307.

<sup>100</sup> KARASU, s. 289; YILMAZ, Hümeyra: *Acentenin Denkleştirme İstemi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 73.

<sup>101</sup> GÜNDOĞDU, Gökmen / CANTÜRK, Barış Cihan: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 122/5 Maddesi Uyarınca Marka Lisans Alanının Denkleştirme İstemi”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 8, Sayı 32, s. 1485.

<sup>102</sup> KALENDER, Emre: Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m.122’nin, Marka Lisansı Alana Uygulanabilirliği, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 8, Sayı 1, s. 109.

<sup>103</sup> YILMAZ, *Acente*, s. 86.

sübjektif olarak belirli bir ağırlık taşınması gerekir<sup>104</sup>. Bununla birlikte uzun süredir devam eden bir duruma karşı sessiz kalındıktan sonra fesih ihbarında bulunulması, dürüstlük kuralına aykırı olacağından haklı nedenle feshin varlığından bahsedilemeyecektir<sup>105</sup>. Dönme hâlinde de denkleştirme isteminin söz konusu olamayacağını kabul etmek gerekir; zira dönme, taraflarca ifaya başlanmadığı takdirde mümkündür.

Marka hakkının koruma süresinin dolması, süresi içinde marka hakkının yenilenmemesi, marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi (SMK m. 28) hallerinde lisans verenin de marka üzerindeki hakkı sona ereceğinden ve lisans alanın sözleşme süresince gösterdiği faaliyeti dolayısıyla sözleşme ilişkisinden sonra elde edilecek bir menfaat söz konusu olmayacağından marka lisansı alanın denkleştirme isteminde bulunamayacağını kabul etmek isabetli olacaktır<sup>106</sup>. Bu hallerde lisans verenin borca aykırılığa ilişkin genel hükümlere göre (TBK m. 112 vd.) sorumluluğuna gitmek gerekir.

#### **b. Denkleştirme İsteminin Süresi İçerisinde İleri Sürülmesi**

Acentenin denkleştirme istemine ilişkin sürenin, lisans alanın denkleştirme isteminde de geçerli olacağı kabul edilebilir. Bu itibarla denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir (TTK m. 122/4). Bir yıllık sürenin zamanaşımı mı yoksa hak düşürücü süre mi olduğu tartışmalı olmakla birlikte Yargıtay, bu süreyi hak düşürücü süre olarak kabul

<sup>104</sup> UZUNALLI, Sevilay: “Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 5, Sayı 1, s. 123.

<sup>105</sup> Yargıtay, 11. HD., T. 09.05.2017, E. 2016/7313, K. 2017/2727: “...Kaldı ki, davalı ... cevap dilekçesi ile, davacını tarihli vekaletnamesini 30/07/2008 tarihinde tescil ettirdiği, 03/06/2002 tarihinde vermiş olduğu vekaletname ile davacıyı tali acentesi tayin ettiği ve bu vekaleti de 31/07/2009 tarihinde azilname tescili ile ortadan kaldırdığının 10/08/2009 tarihli ortaklarından birinin davacı olmakla 09/09/2009 tarihli kaydının da bu durumu teyit ettiği, davacının 31/08/2009 tarihli ortaklar kurulu kararı ile anılan şirketin 175/200 oranında hissesini devraldığı ve büyük ortak olarak söz konusu acenteyi yönetir hale geldiğini belirterek davacı acentenin çoklu acentelik şeklinde gerek doğrudan gerekse de dolaylı olarak birden fazla sigorta şirketi ile çalışmasının acentelik sözleşmesinin 3. ve 5. maddelerine aykırı olduğunun belirtilmiş olduğu ve davacının davalı ile sözleşmesinin devam ettiği dönemde başka bir sigorta şirketinin de acenteliğini yaptığı ve bu hususun taraflar arasında uyuşmazlık konusu da olmadığı anlaşılmakla birlikte, davalının da uzun süredir devam eden bu duruma yönelik bir karşı koyması da bulunmadığından anılan sebebin fesih sebebi olarak ileri sürülmesi de MK'nın 2. maddesine aykırılık teşkil edecektir...”.

<sup>106</sup> GÜNDOĞDU / CANTÜRK, s. 1504.



etmektedir<sup>107</sup>. Öğretide buradaki bir yıllık sürenin, denkleştirme istemi hakkının diğer tarafa ihbarı için öngörülen süre olduğu<sup>108</sup> ve istemin, sözleşmenin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ihbar edilmesi kaydıyla bu ihbarın yapılmasından sonra beş yıllık zamanaşımı süresi içerisinde dava açılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>109</sup>. Denkleştirme isteminin ileri sürülmesi, herhangi bir şekil şartına tabi değildir<sup>110</sup>.

## 2. Maddi Şartlar

### a. Sözleşme İlişkisinden Sonra Lisans Verenin Önemli Menfaatler Elde Etmesi

Denkleştirme isteminin maddi şartlarından biri, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra lisans verenin, lisans alanın bulduğu yeni müşteriler sayesinde sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde etmesidir veya elde etmesi muhakkak olmasıdır<sup>111</sup>. Lisans alan, faaliyetleri sayesinde lisans verenin daha önceden herhangi bir hukuki ilişkisi olmayan kişileri doğrudan veya dolaylı yollardan müşteri olarak kazandırmışsa bu müşteriler “yeni müşteri” olarak kabul edilir<sup>112</sup>. Kazandırılan müşteri, yeni müşteri olabileceği gibi eski bir müşteri ile yeni iş bağlantıları sağlama şeklinde de olabilir<sup>113</sup>. Bununla birlikte eski müşterilerle ticari ilişkilerin, lisans alan tarafından önemli ölçüde geliştirilmiş olması hâlinde, eski müşterinin yeni müşteri gibi değerlendirilmesi gerekir<sup>114</sup>. Kazandırılan müşteriler,

<sup>107</sup> Yargıtay, 11. HD., T. 04.02.2015, E. 2014/14742, K. 2015/1224: “...Dava, acentelik sözleşmesinin feshi nedeniyle portföy tazminatı istemine ilişkin olup, davalı vekilinin süresinde zaman aşımı definde bulunması nedeniyle mahkemece 6102 sayılı TTK'nın 122/4 maddesi gereğince 1 yıllık hak düşürücü süreden sonra açılan davanın reddine karar verilmiştir...

... davacının portföy tazminatı dışındaki gelir kaybı ve komisyon alacağı hakkında da 1 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir...”; Karasu'ya göre bir yıllık hak düşürücü sürenin yanı sıra beş yıllık genel zamanaşımı süresi söz konusudur. Bkz. KARASU, *Denkleştirme*, s. 292.

<sup>108</sup> YILMAZ, *Acente*, s. 130.

<sup>109</sup> KAYA, Arslan: “Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Hâlinde Denkleştirme İstemi”, *Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 32.

<sup>110</sup> KARASU, s. 292; POROY / YASAMAN, s. 310; SAK, s. 270.

<sup>111</sup> POROY / YASAMAN, s. 308.

<sup>112</sup> ŞAHİN, s. 2538.

<sup>113</sup> AKIN, s. 620.

<sup>114</sup> KARASU, s. 292.

sürekli müşteri olmalıdır; bir defaya mahsus, tesadüfi olarak hukuki işlem yapılan müşteriler sürekli müşteri olarak değerlendirilemez<sup>115</sup>.

Lisans alan, kazandırdığı müşterileri sebebiyle lisans verenin önemli menfaatler elde ettiğini ispat yükü altındadır<sup>116</sup>. Menfaatin önemli olarak kabul edilebilmesi için sözleşme devam ederken ulaşılan iş hacmi sayesinde elde edilen kazancın sözleşmenin sona ermesinden sonra mutlaka artmış olması gerekmekte olup aynı düzeyde devam ediyor olması da yeterli kabul edilmelidir<sup>117</sup>. *Karasu*'ya göre menfaatin önemli olması şart değildir; menfaat önemli olmasa da hakkaniyet ilkesi gereği bu hususun denkleştirme istemi hesabında dikkate alınması gerekir<sup>118</sup>.

### **b. Lisans Alanın Kazanç Kaybına Uğraması**

Denkleştirme isteminde bulunabilmenin maddi şartlarından diğeri, lisans alan tarafından kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla elde edilecek kazançtan lisans sözleşmesi sona erdiği için lisans alanın müstefit olamamasıdır. Lisans alan, kazanç kaybına uğrama maddi şartını ispat yükü altında olacaktır.

### **c. Denkleştirme İsteminin Hakkaniyete Uygun Olması ve Hakkaniyete Aykırı Düşmemesi**

Denkleştirme isteminin hakkaniyete uygun olması, denkleştirme isteminin bir diğer maddi şartı olup bu unsurun varlığı kural olarak sağlanmış kabul edilmekte ve aksini ispat yükü davalı üzerinde bulunmaktadır<sup>119</sup>. Bu husus madde gerekçesinde de “*üçüncü şart, gayretin olduğu her hâlde (kural olarak) gerçekleşir; olumsuz tutum hakkaniyet şartının gerçekleşmesine engel kabul edilebilir*” şeklinde ifade edilmiştir.

Hakkaniyet değerlendirmesinde lisans alanın göstermiş olduğu gayretler, kazandırdığı müşteri çevresi, marka değerine katkıları, sözleşmenin ne şekilde sona erdiği ve bunun karşısında lisans verenin, kazandırılan müşteri çevresinden menfaat

<sup>115</sup> ŞAHİN, s. 2540; *Akın*'a göre sürekli müşteri kavramı yerine “sadık müşteri” terimi daha isabetlidir. Bkz: AKIN, s. 621.

<sup>116</sup> Yargıtay, 11. HD., T. 24.2.2020, E. 2019/1475, K. 2020/1949; ARKAN, *Ticari İşletme*, s. 227.

<sup>117</sup> DURAL, s. 309.

<sup>118</sup> KARASU, s. 295.

<sup>119</sup> YILDIZ, Burçak: “Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkındaki Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 2, s. 541; AKIN, s. 626.

elde etmeye devam etmesi gibi hususlar her somut olay özelinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>120</sup>.

Markanın tanınmış marka olması hâlinde bunun denkleştirme miktarından indirim<sup>121</sup> sebebi olup olamayacağı hususunda bir görüşe göre markanın tanınmış olması hâlinde lisans alanın faaliyeti ile yeni müşteri çevresi arasındaki illiyet bağı zayıflayacağından dolayı denkleştirme miktarından hakkaniyet indirimi yapılması gerekirken<sup>122</sup>; diğer görüşe göre ise markanın tanınmış olması, lisans alanın gayretlerinin göz ardı edilmesini gerektirmez, bununla birlikte markanın tanınmış marka olması yeni müşteri edinmede ve eski müşterilerle ticari ilişkilerin geliştirilmesinde kolaylık sağlıyorsa denkleştirme miktarından indirim sebebi olabilir<sup>123</sup>. Lisans alan, kazandırılan müşterilerin tanınmış marka nedeniyle değil kendi çabasıyla kazandırıldığı ispatlamalıdır<sup>124</sup>.

TTK m. 122/1'de aranan hakkaniyete uygun düşme koşulunun yanı sıra denkleştirme isteminin kıyas yoluyla uygulanacağı sözleşmeler bakımından ayrıca

<sup>120</sup> AKIN, s. 626.

<sup>121</sup> İstanbul BAM, 43. HD., T. 21.6.2021, E. 2020/603 K. 2021/764: "...Mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda; davacı şirketin ticari defter ve kayıtları incelenmek suretiyle, taraflar arasındaki sözleşmenin 2011 yılında 4 ay, 2012 yılında 12 ay ve 2013 yılında 7 ay olmak üzere toplam 23 ay devam ettiği belirtilerek gelir tablosunun ve faaliyet giderlerinin bu süre dikkate alınarak oluşturulduğu, brüt satış karı toplamının 947.546,21 TL, 23 aylık ortalama brüt satış karının da 41.197,66 TL olarak tespit edildiği buna göre TTK 122/2 maddesine göre tazminatın üst sınırının 23 ayın ortalaması olan 494.371,92 TL olduğu açıklanmış, aynı bilirkişi heyetine marka uzmanı da dahil edilerek alınan ek raporda da; davacının gösterdiği gayret ve başarısı ile kazandığı müşteri çevresinden, sözleşme sona erdikten sonra davalının faydalanacağı muhakkak olduğu ancak davalının markalarından birinin daha önceden tanınmışlığı da dikkate alındığında tazminattan %45 oranında hakkaniyet indirimi yapılabileceği belirtilmiştir. Mahkemece hakkaniyet indirimine esas olacak teknik verilerin incelenmesi bakımından bilirkişiden ek rapor veya görüş alınmasında usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı gibi TTK 122. maddesine göre üst sınırı 494.371,92 TL olarak tespit edilen tazminattan ek raporda açıklanan hakkaniyet indirimine esas kriterlere göre %45 oranında indirim yapılarak geri kalan % 55 oranına tekabül eden miktarın portföy tazminatı olarak davacıya ödenmesine ve davacı vekilinin dava ve islah dilekçesinde açıkça yasal faiz istemesine göre, talepe bağlılık ilkesi gereğince; hüküm altına alınan tazminata yasal faiz uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmadığından davacı vekilinin yerinde olmayan nedenlere göre istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerektiği kanaatine varılmış ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur..."

<sup>122</sup> DOĞANAY, Muhammed Zahid: "Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağının Hesaplanması", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 3, s. 2288.

<sup>123</sup> KARASU, s. 302.

<sup>124</sup> İstanbul BAM, 44. HD., T. 03.06.2021, E. 2020/486, K. 2021/610.

TTK m. 122/5'te hakkaniyete aykırı düşmeme koşulu aranmaktadır. Hakkaniyete aykırı düşmeme kriterinden anlaşılması gereken ise marka lisansı alanın, acenteye olan benzerliği ve dağıtım ağına entegre olması, müşteri devrinin söz konusu olmasıdır<sup>125</sup>.

#### **D. Hesaplanması**

Denkleştirme isteminin hesaplanması bakımından açık bir düzenlememe olmamakla birlikte acentenin denkleştirme istemi bakımından TTK m. 122/2, istemin azami sınırı bakımından düzenleme içermektedir. Buna göre acentenin istemi, son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını, faaliyet beş yıldan kısa sürmüşse faaliyetin devamı süresindeki ortalamayı aşamaz (TTK m. 122/2). Denkleştirme isteminin hesaplanmasında üç aşamalı bir yöntem mevcuttur. Acentenin denkleştirme isteminin hesabı bakımından bu yöntem, uygun düştüğü ölçüde marka lisansı sözleşmelerine de uygulanacaktır<sup>126</sup>. Bu itibarla öncelikle lisans verenin elde ettiği menfaatin ve lisans alanın kaybının ne kadar olduğu yani denkleştirme miktarının ham karşılığı bulunacak, ikinci aşamada bu miktar hakkaniyet denetimine tabi tutulacak, son aşamada ise elde edilen miktar TTK m.122/2'deki üst sınıra göre uyarlanacaktır<sup>127</sup>. Bununla birlikte tarafların, denkleştirme isteminden önceden vazgeçme sonucu doğurmayacak şekilde yani kendi aralarında hesaplama yöntemi kararlaştırabilmesi mümkündür<sup>128</sup>.

#### **1. Ham Karşılığın Hesaplanması**

Denkleştirme miktarının ham karşılığının hesaplanmasında ilk önce lisans verenin, lisans alanın bulunduğu yeni müşteriler sayesinde ne ölçüde menfaat sağladığı tahmini olarak hesaplanır, sonra ise lisans alanın kazanç kaybı tahmini olarak tespit edilir<sup>129</sup>. Lisans alanın sözleşme ilişkisi süresince kazandırdığı müşteri ve ticari ilişkiler sayesinde sözleşmenin sona ermesinden sonra lisans verenin ne gibi

<sup>125</sup> DEMİR, Koray: "Tek Satıcının Denkleştirme Talebi", 1. Baskı, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 406; KALENDER, s. 102.

<sup>126</sup> GÜNDOĞDU / CANTÜRK, s. 1515.

<sup>127</sup> YILMAZ, *Acente*, s. 137; POROY / YASAMAN, s. 309; AKIN, s. 629.

<sup>128</sup> AKIN, s. 628; DOĞANAY, s. 2274; DARI, Abdulkadir: "Acentenin Denkleştirme Talep Hakkının Hesaplanması ve Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 9, Sayı 18, s. 381.

<sup>129</sup> YILMAZ, *Acente*, s. 138.

menfaatler elde edebileceği, sektörün özellikleri, markanın piyasadaki konumu ve diğer veriler göz önünde bulundurularak hesaplama yapılmaya çalışılır<sup>130</sup>.

Lisans verenin, sözleşme sonra erdikten sonra, lisans alanın sağladığı müşteriler ve ticari ilişkiler sayesinde elde edeceği menfaat; müşterilerin yapısı, piyasanın genel koşulları, müşteriler ile olan ilişkinin ne kadar süreceği ve sektör itibarıyla bu ticari ilişkilerin beraberinde ne gibi menfaatler getirileceğinin tespiti, yapılacak hesaplama dikkate alınır<sup>131</sup>. Bununla birlikte lisans verenin menfaati belirlenirken bu müşterilerin bir kısmının zaman içerisinde kaybedileceği de göz önünde bulundurulmalıdır ve hesap yapılırken bu oran düşülür ki buna da “müşterilerin kayma yüzdesi” denir<sup>132</sup>. Bununla birlikte lisans alanın kazanç kaybı, denkleştirme istemi ile tek kalemde ödeneceği için vade farkına bağlı faiz indirimi yapılması gerekmektedir<sup>133</sup>.

Lisans verenin elde ettiği menfaat ve lisans alanın kazanç kaybı tespit edildikten sonra denkleştirme miktarının belirlenmesinde hangisinin esas alınacağı hususunda öğretilerde kazanç kaybının esas alınması, menfaatinin bu miktardan daha düşük olduğunu iddia eden lisans verenin ise bunu ispatlaması gerektiği ifade edilmekte olup diğer bir görüşe göre fazla olan miktar, denkleştirmenin ham karşılığı olarak kabul edilmelidir<sup>134</sup>. Uygulamada<sup>135</sup> acentenin denkleştirme istemi bakımından TTK m. 122/2’ye göre hesaplanan azami miktar, ham karşılık olarak kabul edilerek bu miktara hakkaniyet indirimi uygulanmak suretiyle hesaplama yapılsa da<sup>136</sup> bu yaklaşım hatalıdır.

<sup>130</sup> AKIN, s. 629.

<sup>131</sup> AKIN, s. 629.

<sup>132</sup> KARASU, s. 298; YILMAZ, *Acente*, s. 139; DOĞANAY, s. 2280.

<sup>133</sup> AKIN, s. 630; DOĞANAY, s. 2282.

<sup>134</sup> YILMAZ, *Acente*, s. 139.

<sup>135</sup> İstanbul BAM, 43. HD., T. 21.06.2021, E. 2020/603, K. 2021/764: “...TTK 122/2 maddesine göre tazminatın üst sınırının 23 ayın ortalaması olan 494.371,92 TL olduğu açıklanmış, aynı bilirkişi heyetine marka uzmanı da dahil edilerek alınan ek raporda da; davacının gösterdiği gayret ve başarısı ile kazandırdığı müşteri çevresinden, sözleşme sona erdikten sonra davalının faydalanacağına muhakkak olduğu ancak davalının markalarından birinin daha önceden tanınmışlığı da dikkate alındığında tazminattan %45 oranında hakkaniyet indirimi yapılabileceği belirtilmiştir...  
davacı vekilinin yerinde olmayan nedenlere göre istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerektiği kanaatine varılmış ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur...”.

<sup>136</sup> DOĞANAY, s. 2267; YILDIZ, s. 545.

## 2. Hakkaniyet Denetimi

Hakkaniyet denetimi, istemin tümüyle reddine yol açabileceği gibi miktarın artmasına ya da azalmasına da neden olabilir<sup>137</sup>. Bu itibarla lisans veren, istemin reddi gerektiğini veya miktarın daha az olması gerektiğini; lisans alan ise miktarın daha fazla olması gerektiğini ispat yükü altındadır<sup>138</sup>. Hakkaniyet değerlendirmesi yapılırken somut olayın tüm özellikleri dikkate alınır.

## 3. Üst Sınır Denetimi

Denkleştirme miktarının hesabındaki son aşama üst sınır denetimidir. Acentenin denkleştirme istemi hakkı bakımından getirilen bu düzenlemeye göre ham karşılığın hesaplanmasından ve hakkaniyet denetimi yapılmasından sonra bulunan miktar, TTK m. 122/2'ye göre bulunan miktarı aşıyorsa denkleştirme miktarı, TTK m. 122/2'ye göre hesaplanan miktar seviyesine çekilecektir. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır (TTK m. 122/2).

## SONUÇ

Marka lisansı sözleşmesi, SMK m. 24'te düzenlenmekte olup marka hakkının, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu edilmesini ifade etmektedir. Sürekli nitelikte borç ilişkisi doğuran marka lisansı sözleşmesine de tek satıcılık ve franchise sözleşmelerinde olduğu gibi acentenin denkleştirme istemi hakkına ilişkin TTK m. 122 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması gerekir. Sözleşme süresince lisans alanın faaliyetleri, lisans verenin markasına müşteri çevresi yaratarak yeni ve sürekli müşterilerin kazandırılmasına yol açmışsa bunun karşılığı olarak hakkaniyet gereği lisans alana belirli bir bedel ödenmesi söz konusu olacaktır. Denkleştirme isteminin şekli ve maddi şartlarını sağlayan lisans alan, lisans verene karşı denkleştirme isteminde bulunabilecektir.

## KAYNAKÇA

AKIN, İrfan: “Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 62, Sayı 3, s. 613-642.

<sup>137</sup> DOĞANAY, s. 2287.

<sup>138</sup> DARI, s. 385.

- ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Cilt V/1,3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ARKAN, Sabih: “Marka Tescil Başvurusunun Lisans Sözleşmesine Konu Olması – Bazı Sorunlar”, *BATİDER*, 2019, Cilt 35, Sayı 3, s. 39-44.
- ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015. (ARKAN, *Ticari İşletme*)
- AYOĞLU, Tolga: “Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanmak Üzere Yabancı Bir Hukuk Sisteminin Seçilmesinin Denkleştirme Talebi Bakımından Etkisi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 12, Sayı 151-152, s. 9-27.
- BAŞARAN, Sıla: “Marka Lisans Sözleşmeleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2012, Cilt 86, Sayı 2, s. 172-183.
- BAŞLAR, Yusuf: “Marka Lisans Hakkının ve Marka Lisansı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, Cilt 3, Sayı 20, s. 81-94. (BAŞLAR, *Nitelik*)
- BAŞLAR, Yusuf: “Marka Lisansı Sözleşmesi Açısından Marka Hakkının Korunması”, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, 2008, Cilt 4, Sayı 14, s. 325-338.
- BAŞLAR, Yusuf: “Marka Lisansı Sözleşmesinin İşlevleri ve Çeşitleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2012, Cilt 7, Sayı 68, s. 38-46. (BAŞLAR, *İşlev*)
- BAŞLAR, Yusuf: *Marka Lisansı Sözleşmesi*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2008, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. (BAŞLAR, *Lisans*)
- BİLGİNOĞLU, Nurettin Emre: “Marka Lisansı Sözleşmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018, Cilt 13, Sayı 140, s. 78-89.
- BİNGÖL, Muhammet Emin: “TTK m. 122 Kapsamında Denkleştirme İsteminin Hukuki Niteliği”, *Sorumluluk Hukuku (Seminerler) 2016 (Editör: Başak Baysal)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 142-169.
- BOZBEL, Savaş: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

- BOZKURT YAŞAR, Sevgi: “Marka Lisansı Sözleşmesinin Şekli ve Sicile Kaydı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2006, Cilt 1, Sayı 1, s. 32-40.
- CAN, Ozan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Acentelikle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 8, Sayı 2, s. 81-96.
- CEYLAN, Çiğdem: “Marka Lisansı Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayı, s. 59-89.
- ÇAPA, Mehmet Sadık: “Üçüncü Kişiler Tarafından Marka Hakkına Tecavüz Durumunda Basit Lisans Alanların Zararlarının Tazmini”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 16, Sayı 2, s. 5867-590.
- DARI, Abdulkadir: “Acentenin Denkleştirme Talep Hakkının Hesaplanması ve Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 9, Sayı 18, s. 373-393.
- DEMİR, Koray: “Tek Satıcının Denkleştirme Talebi”, 1. Baskı, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- DOĞANAY, Muhammed Zahid: “Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağının Hesaplanması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 3, s. 2267-2308.
- DURAL, Halil Ali: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Uyarınca Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkının Maddi Şartları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 4, Sayı 1, s. 303-313.
- ERCAN, *Duygu: Denkleştirme Taleplerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ERDEM, Ercüment: “Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi”, *Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1-112. (ERDEM, *Denkleştirme*)
- ERDEM, Ercüment: *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017. (ERDEM, *Ticaret*)



GÜLEKLİ, Yeşim: “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1990, Cilt 15, Sayı 18, s. 43-69.

GÜNDOĞDU, Gökmen / CANTÜRK, Barış Cihan: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 122/5 Maddesi Uyarınca Marka Lisans Alanın Denkleştirme İstemi”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 8, Sayı 32, s. 1479-1528.

GÜRPINAR, Bünyamin: “Sigorta Acenteleri Açısından Portföy Tazminatı”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 1, Sayı 2, s. 43-64.

GÜVENÇ ULUÇLAR, Selvi Nazlı: *Marka Lisans Sözleşmesi ve Markanın Hükümsüzlüğünün Lisans Sözleşmesine Etkisi*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

KALENDER, Emre: Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m.122’nin, Marka Lisansı Alana Uygulanabilirliği, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 8, Sayı 1, s. 91-112.

KARASU, Rauf / SULUK, Cahit / NAL, Temel: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

KARASU, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 57, Sayı 4, s. 283-318.

KAYA, Arslan: “Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Hâlinde Denkleştirme İstemi”, *Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 9-43.

KENDİGELEN, Abuzer: *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

KOCABIYIK, Sami: “Marka Lisansı Sözleşmesinin Fesih Yoluyla Sona Ermesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2023, Cilt 21, Sayı 242, s. 465-486.

- OKTAY, Saibe: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, Cilt 55, Sayı 1-2, s. 263-296.
- ÖLMEZ, Hande: *Marka Lisansı Sözleşmeleri*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- ÖZCAN, Zeynep / KOÇ, Yaren: “Marka Lisans Sözleşmesi ve Sözleşmenin Taraflarının Yükümlülükleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 15, Sayı 168, s. 1641-1650.
- ÖZYEŞİL, Bengü: *Marka Lisans Sözleşmesi*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- PEKDİNÇER, Remzi Tamer / GİRAY, Rabia Eda / BAŞ, Kadir: *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- SAK, Burak: *Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ŞAHİN, Adem: “Acentelik Sözleşmesinin Kısmi Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstem Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 2531-2555.
- ŞAN, Mehmet Emin: *Marka Lisansı Sözleşmesinden Doğan Sorunlar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- TURNA, Özge: *Marka Lisans Sözleşmeleri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- UZUNALLI, Sevilay: “Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 5, Sayı 1, s. 115-130 (UZUNALLI, Acente)
- UZUNALLI, Sevilay: *Marka Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021. (UZUNALLI, Marka)
- ÜNAL, Mücahit / AYDIN, Sevgican: “Marka Lisans Hakkının İzinsiz Genişletilmesi veya Üçüncü Kişilere Devri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 2015, Cilt 31, Sayı 1, s. 189-228.

- YASAMAN, Hamdi / YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya / YÜKSEL, Sinan Hüdai / MEMİŞ KARTAL, Pınar / AYOĞLU, Tolga / YASAMAN, Zeynep: *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1. Baskı, Cilt 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YILDIZ, Burçak: “Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkındaki Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 2, s. 534-548.
- YILDIZ, Ozan Ali: *Sinai Mülkiyet Kanunu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- YILMAZ, Canan: *Marka Lisans Sözleşmeleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- YILMAZ, Hümeysra: *Acentenin Denkleştirme İstemi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- YÜKSEL, Ali Sait: *Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-how) Sözleşmesi Hukuku*, 1. Baskı, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1989.



## Memurluğun Sona Erme Sebepleri

Av. Serdar TÜZÜN\*

### Öz

Devlet memurluğu statüsünü, temelini yine Anayasa'nın 70. maddesinden alan diğer kamu istihdam modellerinden ayırt etmek zorlaşmaktadır. Farklı kamu görevine giriş modellerinin basit ve yeknesak hale getirilme çalışmaları devam etmektedir. Çalışmaların en güncel örneği, 3 yıldır sözleşmeli personel olarak çalışan kamu görevlilerinin istem üzerine memur kadrolarına atanmalarını mümkün kılan 7433 sayılı kanundur. Devlet Memurları Kanunu'nun 18. maddesindeki güvence hakkının gereği olarak, memurların hak ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi yeterli değildir; açıkça ve bütünlük arz eden bir tarzda ele alınmalıdır. Çünkü istihdam modellerinin karmaşıklaşması, memurların özlük ve sosyal haklarına ilişkin siyasi vaatlere ve konjonktüre bağlı olarak içinden çıkılmaz kural ve istisnalar yığınının oluştuğu, bazı hususların tamamen içtihada terk edildiği bir duruma neden olan mevcut tutum, kanuniliğin ardında yatan açıklık ve anlaşılabilirlik ihtiyacına önemli anlamda aykırı düşmektedir. Memurluk statüsünün kendisi gibi statünün sona erme sebepleri de açık ve anlaşılır biçimde düzenlenmelidir. Kanun'un farklı bölümlerine dağıtılmış bulunan sebepler, bu çalışmayla bir araya toplanarak açıklık ve anlaşılabilirlik ihtiyacı giderilmeye çalışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Memurluğun sona ermesi, Disiplin cezası, Memurluk şartları, Memurluk güvencesi, Kanunilik ilkesi.

\* Eskişehir Barosu, avserdartzun@gmail.com, ORCID: 0009-0005-2421-0680.

Gönderim Tarihi: 16.07.2023. Kabul Tarihi: 04.09.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



## **Reasons for the Termination of Civil Servants' Employment**

### **Abstract**

Distinguishing the status of civil service from the other forms of public employment which are also based on the Constitution's article 70 becomes more difficult. Efforts for the unification and simplification of different forms of entering the civil service continue. The most recent example for that efforts is the Code 7433 which enables the appointment of contracted personnel who have been working for 3 years in the service to the (secured) civil servant positions upon their requests. The right to a secured position based on the 18th article of the Public Servant Code requires not only the regulation of the rights and obligations of civil servants with a legal basis, but also a clarification and uniformity of those rights and obligations. Because the current attitude which embraces a state of complicated employment forms, accumulation of chaotic rules and exceptions for the personal and social rights of civil servants that varies with political promises and conjuncture and complete evasion of specific issues to the case law constitutes a major contradiction with the necessity for clarity and comprehensibility derived from the principle of legality. Reasons for the termination of civil servants' employment should be regulated clearly and comprehensibly as the civil servants' status itself. Therefore, this study is hoped to satisfy the need for clarity and comprehensibility by bringing the reasons for termination of employment located at different chapters of the Code together.

### **Keywords**

Termination of civil service, Disciplinary penalty, Conditions for the entering to civil service, Employment security for civil servants, Principle of legality.

## GİRİŞ

Anayasa'nın 70. maddesinde, her Türk'ün kamu hizmetine girme hakkı olduğu belirtilmiş; hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceğine vurgu yapılarak liyakat ilkesine, dolayısıyla 10. maddedeki *kanun önünde eşitlik* ilkesine sınırlı<sup>1</sup> bir gönderme yapılmıştır. Anayasa'daki hüküm, memurluğun anayasal dayanağını oluşturmakla birlikte, çok daha geniş bir kavram olan kamu hizmetinden bahsetmiş ve herhangi bir tanım yapmamıştır. Bu sebeple, daha sınırlı bir statüyü tarif eden devlet memurluğu, başka kanunlardan yararlanarak tanımlanmaya ve kapsamı çizilmeye çalışılacaktır. Çizilen çerçeve dışında kalan kamu görevlilerinin, (örneğin Devlet Memurları Kanunu'nun 1. maddesinde kanun hükümlerine tabi olacağı belirtilmiş olan sözleşmeli personelin) özel durumlarına ilişkin açıklama yapılmayacak, yalnızca kanunun 4/A maddesine tabi olan memurların görevlerinin son bulmasıyla ilgili açıklamalara yer verilecektir. Sözleşmeli personelin, genel manada aşağıda anlatılan şart ve hükümlere tıpkı memurlar gibi tabi olduğunu ancak hizmet sözleşmesine bağlı şekilde çalışmanın bir sonucu olarak daha sınırlı iş güvenliğine sahip olduğunu, örneğin hizmetlerinin gerektirdiği pozisyona artık ihtiyaç kalmaması sebebiyle sözleşmelerinin feshedilme riski altında çalıştıklarını<sup>2</sup> söylemek yeterlidir.

23.07.1965 tarih, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 18. maddesine göre memuriyete kanunda yazılı haller dışında son verilemez. Bu anlamda kanundaki memuriyetin sona ermesine sebep olacak olan haller, 94 ila 98. maddelerde sayılmış ve yine bir memuriyetin sona ermesi sebebi olarak, 125. maddede çıkarma cezasına yer verilmiştir. Çalışmada bu hallere yer verilecek, özellikle memuriyetin sona ermesine sebep olan mahkumiyet hükmüne ilişkin detaylara yer verilmeye gayret edilecek, disiplin sorumluluğu başka bir araştırmanın konusu olduğundan, çıkarma disiplin cezasına yüzeysel biçimde değinilecektir. Çalışmanın kapsamını aşacağından 15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonraki ihraç işlemlerine ilişkin Anayasa

<sup>1</sup> Kanun önünde eşitlik ilkesi herkesi kapsamaktayken, kamu hizmetine girme hakkı bakımından eşitlik kuralı olarak yalnızca Türk vatandaşlarını kapsamaktadır.

<sup>2</sup> BOZ, Selman Sacit / İNCE, Abidin Kadir / BÜYÜKYILDIRIM, Gizem Elif / ACAR, Enis: *Kamu Personel Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 566.

Mahkemesi'nin içtihat değişikliğine değinilmekle yetinilmiş; ihraç işlemlerinin anayasa ve genel ilkelere uygunluğu tartışmasına girilmemiştir. Araştırmanın, suç tipi incelemesine dönüşmemesi için memurluğa engel suçların genel hatlarına ilişkin açıklamalar yapılmakla yetinilecektir. Çalışmanın hacmi itibarıyla, anılan konuların tamamına kapsamlı ve ayrıntılı yanıtlar verme iddiası taşınmadığını; yalnızca memuriyetin sona erme sebepleriyle ilgili kanundaki muhtelif hususları aydınlatmayı amaçlayan kısa bir rehber hazırlama gayesiyle ortaya çıktığını özellikle belirtmek gerekir.

## I. TANIMLAR VE KAPSAM

### A. Memurluğun Tanımı

Memur, sözlük anlamıyla “*devlet hizmetinde aylıkla çalışan kimse, görevli*” anlamına gelmektedir<sup>3</sup>. Arapça, *amr* kökünden gelen “*iş eri, emir kulu, görevli kimse*” anlamına gelen ma'mur sözcüğünden Türkçe'ye geçmiştir<sup>4</sup>.

Mülga Memurin Kanunu'nun 1. maddesine göre ise, “*kendisine devlet hizmeti tevdi olunan ve sicilli mahsusunda mukayyet olarak umumî veyahut hususî bütçelerden maaş alan kimseye memur denir.*”

DMK'nin 4/A maddesinde ise memurun tanımı, “*kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler*” şeklinde yapılmıştır. Devlet memurluğu, 4. maddede bir istihdam biçimi olarak ele alınarak, DMK'ye tabi bir diğer kamu personel istihdam modeli olan sözleşmeli personelden ayrılmıştır<sup>5</sup>. Kanunun 4/D maddesine göre işçiler, kamu görevlisi sayılmazlar ve DMK hükümlerine değil İş Kanunu hükümlerine bağlı olarak çalışırlar<sup>6</sup>. 4483 sayılı

<sup>3</sup> www.sozluk.gov.tr (Erişim tarihi: 19.01.2023).

<sup>4</sup> www.nisanyansozluk.com/kelime/memur (Erişim tarihi: 19.01.2023).

<sup>5</sup> 4/C maddesinde yer alan *geçici personel* istihdam modeline, 01.02.2018 kabul tarihli 7049 sayılı kanunun 17. maddesiyle son verilmiştir.

<sup>6</sup> EVREN, Çınar Can / UÇAR, İsmail: *Kamu Görevlileri Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 31.

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesinde<sup>7</sup> de memur tanımı DMK'dekine benzer şekilde yapılmıştır.

## B. Memurluğun Kapsamı

Devlet memurluğunu tanımladıktan sonra, hangi kavramların devlet memurluğunun kapsamı dışında kaldığını belirlemek gerekir. Memurlar, DMK'ye tabi biçimde kamu görevlisi sıfatıyla kamu hizmeti gören kişilerdir.

*Kamu hizmeti*, siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetir<sup>8</sup>.

Anayasa'nın 128. maddesinde, kamu görevlileri ile ilgili, "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" hükmü mevcuttur. Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde ise kamu görevlisi, "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" olarak tanımlanmaktadır.

Kamu hizmeti yürüten her kişi, kamu görevlisi sayılmamaktadır<sup>9</sup>. Örneğin avukatlar, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesine göre kamu hizmeti yürütmektedirler ancak idare hukuku anlamında kamu görevlisi sıfatını haiz değildirler. Bu husus, avukata karşı görev esnasında veya görevi sebebiyle işlenen suçun, aynı kanunun 57. maddesi gereğince, (bir kamu görevlisi olan) hakime karşı işlenmiş "gibi" cezalandırılmasından anlaşılmaktadır.

DMK hükümlerine tabi olmayan birçok memur ve kamu görevlisi de bulunmaktadır. Örneğin, hakim ve savcılar, kendine özgü statüye ve kanunlarına tabi

<sup>7</sup> "*Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlileri...*"

<sup>8</sup> GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 332.

<sup>9</sup> ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 556.



kamu görevlisidirler<sup>10</sup>. Polisler de, memur sıfatı taşımakla birlikte özgü kanunlarına tabidirler. Dolayısıyla bu kişiler, kamu görevlisi veya memur statüsünü kaybetmelerine ilişkin sebepler bakımından DMK'ye tabi değildirler. Atama yoluyla göreve gelen istisnai memurlar ise bambaşka bir rejime tabidirler.

Sonuç olarak memurluk; kamu hizmeti gören kişiler, DMK'ye tabi olmayan diğer kamu görevlileri ve DMK'ye tabi olan sözleşmeli personelden ayrı bir statü teşkil etmektedir. Kanunda sayılan tüm sosyal ve ekonomik haklar ile vazifelerinin gerektirdiği yükümlülüklerin teşkil ettiği bu statünün özgün niteliği üç esasa dayanmaktadır. Kanunun 3. maddesinde sayılan bu esaslar, *sınıflandırma, kariyer ve liyakat* ilkeleridir ve memurların diğer kamu görevlilerinden ayrılmasında belirleyici ölçütlerdir. Bunun sonucu olarak memurluk, ataması kural olarak<sup>11</sup> sınavda başarılı olma ölçütüne dayalı bir kadroya bağlı olarak, (akdi bir ilişkiye dayanmayan) hak ve yükümlülüklerle ilişkin çerçevesi kanun tarafından belirlenmiş, sürekli biçimde icra edilen ve mümkün olan en yüksek kademeye kadar ilerleme imkanı sunan kariyer mesleğidir. Memuriyetin kadroya bağlı, güvenceli bir meslek olmasının sonucu olarak tedbiren görevden uzaklaştırılması halinde bile memurun kadrosuyla ilişkisi kesilmez (DMK, m. 141); kadrosu kaldırılan memurlar, en geç 6 ay içinde kendi kurumlarında niteliklerine uygun bir kadroya atanırlar (DMK, m. 91).

## II. MEMURLUĞUN SONA ERMESİ

Anayasa'nın 128/2 maddesine göre, "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*". Her ne kadar memurlar hakkında tesis edilecek işlemler (örneğin, maaşının yatırılması, disiplin cezası verilmesi, terfi, atama, emekliye sevk etme, göreve son verme) bireysel idari işlemlerle gerçekleşecek olsa da bireysel idari işlemlerin çerçevesi soyut ve objektif biçimde kanunla belirlenmelidir<sup>12</sup>. Memurluk statüsünün kanunla düzenlenmesi kuralı, kanun

<sup>10</sup> SANCAKDAR, Oğuz: *Memur Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2010, s. 5.

<sup>11</sup> EVREN / UÇAR, s. 49.

<sup>12</sup> Anayasa Mahkemesi; 2013/110 E., 2014/8 K., 16.01.2014 T.

hükümlerinin uygulamasının yine soyut, genel, sürekli ve objektif nitelik taşıyan yönetmelik<sup>13</sup> ve diğer düzenleyici idari işlemlerle<sup>14</sup> gösterilmesine de engel değildir. Ancak Anayasa'nın 124. maddesine göre yönetmelik hükümleri, kanun hükümlerine aykırı olamaz ve kanunla düzenlenmemiş bir konuda idarenin doğrudan düzenleyici işlem yapması mümkün değildir. Kanunilik ilkesinin diğer istisnalarından da bahsetmek gerekir.

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasına göre ise cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 2. kısmının 1. ve 2. bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle 4. bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler dışındaki konularda (kısacası, 3. bölümdeki sosyal hak ve ödevlerle ilgili) yürütme yetkisinin kullanımına ilişkin kararname (CBK) çıkarabilir. Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken veya kanunda açıkça düzenlenmiş olan konularda CBK çıkarılamaz. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından bir konu hakkında Anayasa'da "kanunla düzenleneceği"nin belirtilmesi, o konunun CBK ile düzenlenememesi için yeterli bir sebeptir; "ancak kanunla", "yalnızca kanunla" veya "münhasıran kanunla" gibi dar ve güçleştirici ifadelerin kullanılması gerekmez<sup>15</sup>. Kural olarak memurların özlük ve sosyal haklarıyla ilgili konularda, Anayasa'nın 128. maddesi gereğince CBK ile düzenleme yapılamaması gerekir. Ancak Anayasa Mahkemesi, CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişiliğinin istihdam usullerinin CBK ile belirlenmesini, kanunda açıkça düzenlenmemesi ve kanuna aykırı olmaması şartıyla Anayasa'nın 128. maddesine aykırı görmemektedir<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Örneğin, Ek Madde 19'daki kıyafet mecburiyetine ilişkin bkz: 25.10.1982 tarih, 17849 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık Ve Kıyafetine Dair Yönetmelik

<sup>14</sup> Örneğin, 108. maddedeki aylıksız izin düzenlemesinin uygulanmasına ilişkin bkz: 13.04.2016 tarih, 29683 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6 seri no'lu Kamu Personeli Genel Tebliği.

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi; 2016/150 E., 2017/179 K., 28.12.2017 T.; 2016/180 E., 2018/4 K., 18.01.2018 T.; 2017/51 E., 2017/163 K., 29.11.2017 T.; 2016/139 E., 2016/188 K., 14.12.2016; 2013/47 E., 2013/72 K., 06.06.2013 T.

<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi; 2018/124 E., 2020/56 K., 15.10.2020 T.

CBK'lara ilişkin yukarıda bahsedilen kısıtlamaların elbette olağan hal rejimi açısından geçerli olduğunu, olağanüstü hallerde CBK ile yapılan düzenlemelerin çok daha geniş bir kapsama sahip olduğunu söylemekte fayda vardır. Anayasa'nın 119/6 maddesinde belirtildiği üzere, 104. maddenin 17. fıkrasında belirtilen kısıtlamalara tabi olmaksızın olağanüstü hal cumhurbaşkanı kararnamesi (OHAL CBK'sı) çıkarılabilir. Bunun sonucunda, 2. kısım 4. bölümde yer alan siyasi haklardan "kamu hizmetine girme" hakkıyla ilişkili bir konunun OHAL CBK'sıyla düzenlenebilmesinin önu açılacaktır. Üstelik Anayasa'nın 148. maddesine göre bu düzenlemelerin anayasaya aykırılığı da öne sürülemeyecektir. Ancak OHAL CBK'sının çerçevesi de sınırsız olmayıp yer (OHAL ilan edilen yerlerde), zaman (OHAL kalktıktan sonra geçerliliğini kaybedecek şekilde) ve konu (OHAL'in gerektirdiği konularla sınırlı olmak üzere) bakımından kısıtlanmıştır<sup>17</sup>. Ayrıca hak ve hürriyetlerin durdurulmasında 15. maddedeki ölçütlere (milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemek ve ölçülü olmak), OHAL kapsamında yapılan düzenlemelerde dahi uyulmak zorundadır. Anılan çerçevenin dışına çıkan OHAL KHK'larının yargısal denetime tabi olabileceğine yönelik önceki içtihatlarına<sup>18</sup> rağmen Anayasa Mahkemesi, 2016'da içtihat değişikliğine giderek OHAL KHK'larının bu ölçütlere uygunluğunun incelenmesinin (mülga) 121. maddedeki şekil ve esas bakımından denetleme yasağını anlamsız hale getireceğine, bu sebeple denetleme yetkisinin olmadığına karar vermiştir<sup>19</sup>. Karara binaen, memuriyete son verme konusunda idari amire geniş yetki tanıyan 667 sayılı KHK<sup>20</sup> ve hazırlanan ek listelerde memuriyetine son verilenlerin ismen belirtilmek suretiyle bireysel işlem

<sup>17</sup> GÜNDAY, Metin: OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, Sayı 1, s. 27-38, s. 31

<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesi; 1990/25 E., 1991/1 K., 10.01.1991 T.; 1991/6 E., 1991/20 K., 03.07.1991 T.; 1992/30 E., 1992/36 K., 26.05.1992 T.; 2003/28 E., K.2003/42 K., 22.05.2003 T.

<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesi; 2016/167 E., 2016/160 K., 12.10.2016 T.

<sup>20</sup> 667 sayılı KHK'nın 4. maddesiyle "Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen personelin, birim amirinin teklifi üzerine atamaya yetkili amirin onayıyla kamu görevinden çıkarılması" mümkün kılınmıştır.

tesis edilme usulünün benimsendiği devamındaki OHAL KHK'larıyla yapılan ihraç işlemlerinin anayasaya uygunluk denetimi kapısı peşinen kapanmıştır<sup>21</sup>.

Anayasa'nın 128. maddesinde kanunla düzenlenme kuralına toplu sözleşme istisnası tanınmıştır. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 28. maddesinde tadadi olarak sayılan mali ve sosyal haklarla<sup>22</sup> ilgili toplu sözleşmeyle düzenleme yapılabilir.

DMK'nin 18. maddesinde, memurların kanunda yazılı haller dışında memurluklarına son verilemeyeceği, aylık ve diğer haklarının elinden alınamayacağı belirtilmiştir. Böylece, devlet memurlarının ihraç edilme korkusu altında görevlerini gereği gibi ifa edememe riskinin önüne geçilmeye çalışılmıştır<sup>23</sup>. Örneğin, bütçeden tasarruf etme gayesi veya memurun kadrosunun kalkması sebepleriyle memurluğuna son verilemeyecektir<sup>24</sup>. Sonuç olarak memurluğa son verilmesi, çalışmada yer verilen istisnalar dışında, aşağıda sayılacak olan hal ve sebeplerle sınırlıdır.

#### A. İstifa (Çekilme)

Kamu hizmetine girmek hak olduğu kadar kamu hizmetinden çıkmak da haktır. Bu iki hakkın kullanımındaki özgürlük birbirine paralel olmalıdır. Nitekim çekilme, DMK'nin 20. maddesinde bir hak olarak düzenlenmiş ve bu hakkın ne şekilde kullanılacağı 94 ve devamı maddelerinde gösterilmiştir.

Devlet memuru, bağlı bulunduğu kuruma yazılı olarak başvurarak memurluktan çekilme isteğinde bulunabilir. Çekilme, yazılı (ve imzalı) şekilde bağlı bulunulan kuruma iletilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanı olup kendiliğinden memuriyetin sona ermesi sonucunu doğurmamaktadır. Sona erme, kurumun

<sup>21</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı çalışma için bkz: KARSLI, Mehmet Rauf: Memurluk Güvencesi ve OHAL Sürecinde Yapılan İhraç İşlemleri Üzerine Bir İnceleme, *Ankara Barosu Dergisi*, 2020, Cilt 78, Sayı 1, s. 41-91.

<sup>22</sup> "Katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminatlar, ek ödeme, toplu sözleşme ikramiyesi, fazla çalışma ücreti, harcırah, ikramiye, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ve diğer mali ve sosyal haklar..."

<sup>23</sup> BOZ / İNCE / BÜYÜKYILDIRIM / ACAR, s. 283.

<sup>24</sup> GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 24. Baskı, Ekin Yayınevi, 2018, s. 591.

çekilmeyi kabul etmesiyle birlikte yürürlüğe girmektedir<sup>25</sup>. Ancak idarenin istifayı kabul edip etmemekte serbestiye sahip olduğu söylenemez. İdare, istifayı önünde sonunda kabul etmek zorundadır. Hatta memur, çekilme isteğini kabul edilmesinden önce geri çekmekte de serbesttir<sup>26</sup>.

Usulüne uygun olarak istifa eden memurlar, kanunun 97/A maddesi gereğince 6 ay boyunca memuriyete alınmazlar.

İki defa istifa eden kişiler, 92. maddeye göre tekrar memuriyete alınmazlar.

Memurun, kurumun kabulünü beklemeden veya istifanın kabulünden sonra yerine atanacak kişiyi beklemeden görevini terk etmesi, müstafi sayılması sonucunu doğuracak ve bu davranış daha ağır yaptırıma tabi olacaktır.

## **B. Müstafi (Çekilmiş) Sayılma**

Kanunda öyle haller vardır ki, memurun usulüne uygun biçimde istifa etmemesi, belli bir süre boyunca göreve gelmemeleri veya belli süreler geçtikten sonra göreve başlamamaları halleri, müstafi (çekilmiş) sayılma sonucunu doğuracak ve bu fiillerde bulunan memurlar, istifa sonucuna bağlanandan daha ağır yaptırımlara uğrayacaklardır.

### **1. İstifanın Şekil Şartlarına Uymama**

Memurun, DMK, m. 94/1'e göre kurumuna yazılı olarak müracaat ederek istifa etmesi gerekir. Ancak bu şartlara uymadan (örneğin, müdürüne istifa ettiğini sözlü biçimde ifade etmekle yetinerek) istifa ettiği zannıyla görevini kesintisiz 10 gün boyunca terk ederse, müstafi sayılacaktır. Bu kişiler, 94/2 maddesindeki "çekilme

<sup>25</sup> Danıştay 2. Daire; 2021/18551 E., 2022/3006 K., 26.05.2022 T.: "...dava konusu işlemin, davacı tarafından hazırlanan ve imzalanan görevden ayrılma isteğine ilişkin dilekçenin işleme konulmak suretiyle tesis edildiği, anılan dilekçenin davacı tarafından yazılıp imzalandığının tartışmasız olduğu, istifanın (ayrılma isteği) tek taraflı bir irade beyanı olup, çekilme isteğinin kabulü halinde yürürlüğe gireceğinin açık bulunduğu...".

<sup>26</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 806.

isteğinin kabulüne kadar görevine devam etme” yükümlülüğüne uymadıkları için 97/B maddesi gereğince 1 yıl boyunca memurluğa alınmazlar<sup>27</sup>.

## 2. Bekleme Süresine Uymama

Kanunun 94/2 maddesine göre, çekilme isteğinde bulunan memurun, çekilme isteği (zımnen) kabul edildikten sonra yerine başka bir kişi atanana kadar ya da çekilme isteğinin (sarih biçimde) kabulüne kadar beklemesi gerekmektedir. Ancak kanun, memurun bekleme yükümlülüğünün amirlerce kötüye kullanılmaması amacıyla, bekleme süresi üst sınırını 1 ay olarak belirlemiştir. Usulüne uygun olarak istifa eden memur, 1 ay boyunca kendi yerine bir başkası atanmaz veya vekil tayin edilmezse, amirine haber vererek görevini bırakabilir. Hatta olağanüstü mazerete dayalı olarak istifa edenler, yine amirlerine haber vermek şartıyla 1 ay boyunca da beklemek zorunda değildirler. Bu kişiler, müstafi sayılma yaptırımına katlanmaz, usulüne uygun şekilde istifa etmiş sayılırlar. Bekleme yükümlülüğüne uymayanlar ise, 97/B maddesi gereğince 1 yıl boyunca memurluğa alınmazlar.

## 3. Devir-Teslim Yükümlülüğüne Uymama

Kanun’un 95. maddesine göre, devir-teslim yükümlülüğü olan memurlar, çekilseler (çekilme istekleri kabul edilse) bile, devir-teslim işlemlerinin sonuna kadar görevlerini bırakamazlar. Bu yükümlülüğe uymayanlar, 97/C maddesi gereğince 3 yıl boyunca memurluğa tekrar alınmazlar.

## 4. Olağanüstü Hallerde Bekleme Yükümlülüğüne Uymama

Kanunun 96. maddesine göre, olağanüstü hal, seferberlik, savaş hallerinde ve genel hayatı olumsuz etkileyen afetlerin yaşandığı yerdeki devlet memurları, çekilme istekleri kabul edilmedikçe veya yerine atanacak kişiler göreve başlamadıkça,

<sup>27</sup> Danıştay 12. Daire; 2019/4615 E., 2021/5225 K., 20.10.2021 T.: “...davacının, 23/09/2013 - 23/09/2014 tarihleri arasında ücretsiz izne ayrıldığı; ücretsiz izinde iken 14/07/2014 tarihli dilekçesiyle ücretsiz izninin kesilerek göreve başlatılmasını istediği, 14/07/2014 tarihli ikinci dilekçesiyle bu kez avukatlık stajını tamamlamak amacıyla memuriyetten istifasının kabulünü istediği ve aynı tarihte görevinden ayrıldığı; görevden çekilme isteğinin ise 18/07/2014 tarihli Olur ile uygun görüldüğü; ancak, davacının çekilme isteminin kabul edildiği 18/07/2014 tarihini beklemeden görevinden ayrıldığı ve istifasının usulsüz istifa olarak kabul edildiğinden bahisle dava konusu işlemin tesis edildiği...”.

görevlerini bırakamazlar. Üstelik maddede görevin bırakıldığı zamanın olağanüstü şartları da göz önüne alınarak, 94/2-3 maddesindeki gibi 1 aylık üst sınır da öngörülmemiştir. Bu yükümlülüğe aykırı davranan memurlar, hiçbir surette tekrar memurluğa alınmazlar.

## 5. Diğer Müstafi Sayılma Halleri

İlk defa veya yeniden atanan memurlar, belge ile ispatı mümkün mücbir sebep hasıl olmadıkça, buldukları yerde atanmışlarsa atama kararının tebliğini izleyen gün; başka yere atanmışlarsa tebliği izleyen 15 günün içerisinde o yere hareket edecek belli yol sürelerini izleyen gün göreve başlamazlarsa (m. 63); mücbir sebep halinde mücbir sebebin ortadan kalkmasından itibaren 2 ay içinde göreve başlamazlarsa (m. 63) müstafi sayılırlar.

Eğitim için yurtdışına gönderilen memurlar, izinlerinin bitiminde yol süresi hariç 15 gün içinde görevlerine dönmelidirler. Bu süre içinde görevine dönmeyenler, müstafi sayılır (m. 79/4). Bu şekilde müstafi sayılanlar, kurumlarının kendilerine yaptığı ödeme ve masrafların 2 katını ödemeye mecbur bırakılırlar.

Aylıksız izin süresinin bitiminden önce aylıksız izne dayanak gösterilen sebebin ortadan kalkmasından itibaren 10 gün içinde veya aylıksız iznin bitiminde görevine dönmeyenler, müstafi sayılırlar (m. 108/F).

Kanunda müstafi sayılacağı belirtilen memurlar, aksi belirtilmemiş ise 97/B hükmüne göre 1 yıl geçmeden tekrar memurluğa alınmazlar. 97/B'nin müstafi sayılma yaptırımı bakımından genel kural olduğunu söylemek gerekir.

Bazı müstafi sayılma hallerinin (56, 57, 79, 82, 83, 91, 105 ve 108. maddeler), memurluğa son verilmesi yaptırımına tabi olmadığını, göreve son verme (veya ilişki kesme) adı altında, memurun göreviyle ilişkisi kesilse de son verme için amirin idari işlemine ihtiyaç bulunan özerk bir yaptırıma tabi olduğunu söyleyen görüşler de mevcuttur<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> PINAR, İbrahim / ÇALIŞKAN, Öner: *Memurluğun ve Kamu Görevinin Sona Ermesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 124.

## C. Çıkarma Disiplin Cezası

Kanunun 98/a maddesine göre, kanun hükümlerine göre memurluktan çıkarılma, memuriyetin sona ermesine neden olur. Memurluktan çıkarılma, 125/E maddesindeki hallerde doğrudan; 125/2 ve 125/5 hükmü gereğince 125/D maddesindeki fiillerin tekrarı halinde gerçekleşir.

### 1. Doğrudan Çıkarma

Memurun, 125/E maddesindeki fiilleri (veya benzeri fiilleri<sup>29</sup>) işlemesi halinde, amirin isteği üzerine kurumun yüksek disiplin kurulunca (m. 126/2) çıkarma cezası verilir. Kurulun, daha hafif cezaya hükmetme yetkisi yoktur; çıkarma cezası isteğini ya kabul eder ya da reddeder (m. 126/3).

Çıkarma cezasına layık görülen fiiller şunlardır:

- a) İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak,
- b) Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek,
- c) Siyasi partiye girmek,
- d) Özürsüz olarak 1 yılda toplam 20 gün göreve gelmemek,
- e) Savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak,

<sup>29</sup> DMK, m. 125/4: “Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.”.



- f) Amirlerine, maiyetindekilere ve iş sahiplerine fiili tecavüzde bulunmak,
- g) Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak<sup>30</sup>,
- h) Yetki almadan gizli bilgileri açıklamak,
- ı) Siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek,
- j) Yurt dışında devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak,
- k) 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanun'a aykırı fiilleri işlemek,
- l) Terör örgütleriyle eylem birliği içerisinde olmak, bu örgütlere yardım etmek, kamu imkân ve kaynaklarını bu örgütleri desteklemeye yönelik kullanmak ya da kullanırmak, bu örgütlerin propagandasını yapmak (Devlet Memurları Kanunu, m. 125/E).

## 2. Tekerrür Halinde Çıkarma

125/D maddesinde kademe ilerlemesinin durdurulması sonucu doğuran fiiller gösterilmiştir. Bu fiiller, 125/E maddesindeki fiillerden bir derece hafif disiplinsizlik teşkil etmektedir ve bir defa işlenmekle çıkarılmaya/memuriyetin sona ermesine sebep olmayacak niteliktedir. Ancak 125/2 maddesindeki hüküm gereği, 125/D'de sayılan fiil veya hallerden aynısının, özlük dosyasından silinmesine ilişkin süre<sup>31</sup> içerisinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır. 125/D'de sayılan farklı fiil veya

<sup>30</sup> Anayasa Mahkemesi, bu hareketlerin ne tür hareketler olduğuna yönelik somut ifadelere yer verilmemesinin, "önceden öngörülmesinin ve tespitinin olanaksız olduğu ve söz konusu hareketlerin tek tek ortaya konulmasının mümkün olmadığı, normun daha kesin ve açık bir düzenlemeye olanak tanınaması nedeniyle genel ifadeler kullanıldığı anlaşıldığından" belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi; 2013/110 E., 2014/8 K., 16.01.2014 T.).

<sup>31</sup> DMK, m. 133/1 hükmü gereğince, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası için bu süre 10 yıldır.

hallerin ise üçüncü kez tekrarında bir derece ağır ceza uygulanır. Bu hallerde, kademe ilerlemesinin durdurulmasını gerektiren fiillerin tekrarı, çıkarma cezasıyla sonuçlanabilecektir. Ancak tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, her bir disiplinsizlik için soruşturma sürecinin başlatılması ve sonuçlandırılması gerekir. Yoksa fiilin disiplin amirince tespitine rağmen göz ardı edilmesi ve daha sonra memurun bu fiili tekrar etmesi halinde, disiplinsizliğin iki kez işlendiğinden bahisle bir derece ağır ceza verilmesi hükümlerini toptan uygulama şansı yoktur<sup>32</sup>.

Çıkarma cezasına yol açacak bir başka tekerrür hali, 125/5 maddesinde ele alınmıştır. Yalnızca kademe ilerlemesinin durdurulmasına ilişkin fiillere uygulanacak olan bu hüküm gereği, yükselebilecekleri kadronun son kademesinde bulunan memurlara 125/D maddesinde sayılan disiplinsizlikleri işlemeleri halinde  $\frac{1}{4}$  -  $\frac{1}{2}$  aylıktan kesme cezası verilir. Bu ceza verildikten sonra tekerrür halinde, çıkarma cezası verilir. Bu durumda işlenen iki disiplinsizliğin de aynı neviden olması şartı yoktur.

#### **D. Emekliye Ayrılma**

Memurların 19. madde kapsamında, kendi özel kanunlarındaki şartlara tabi olarak emekliye ayrılma hakları vardır. Memurların kendi istekleri, yaş hadlerinin dolması veya malullük sebebiyle emekliye ayrılmaları durumunda memuriyetleri sona erer (m. 98/ç). 19. maddede bahsedilen özel kanun, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu ve sigorta sistemine 1 Ekim 2008 sonrasında dahil olanlar bakımından

<sup>32</sup> Danıştay 12. Daire; 2018/1685 E., 2022/1227 K., 17.03.2022 T.: “Bir cezanın tekerrür nedeni ile artırılarak verilebilmesi için önce bir Kanun maddesinin ihlali nedeni ile bir ceza verilmesi, bu cezanın ilgiliye bildirilmesini müteakip aynı veya benzer fiilin bir daha işlenmesi gerekmektedir.

657 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen ve tekerrür müessesesini düzenleyen maddesinin birinci cümlesinde özel tekerrür, ikinci cümlesinde ise genel tekerrür hali düzenlenmiştir. Buna göre özel tekerrür halinin oluşabilmesi için önceki fiil ile sonraki fiilin aynı nitelikte olması gerekmektedir. Burada her iki fiilin de aynı tür cezayı gerektirmesi önemlidir. Genel tekerrür uygulamasında özel tekerrürden farklı olarak aynı cezayı gerektiren ve fakat mahiyeti farklı olan fiilin üçüncü kez işlenmesi şartı aranmaktadır”.

uygulanacak olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'dur<sup>33</sup>.

Memurun isteği üzerine emekliye ayrılması, Emekli Sandığı Kanunu'na göre 25 hizmet yılını doldurmuş olanlardan kadınların 58, erkeklerin 60 yaşını doldurmaları şartıyla mümkün olabilmektedir<sup>34</sup>. 5510 sayılı Kanun'un 28/2-a maddesine göre de yaş şartı aynıdır ancak hizmet yılı yerine göre 9.000 prim gününün bildirilmiş olması şartı aranmıştır. Ayrıca, Kanun'un 28/2-b maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları üzerine<sup>35</sup> kademeli bir tablo sonulmuş olup 1983 sonrası doğan kişiler açısından 65 yaşını doldurma şartı aranmıştır. Emekli olmak isteyen memur, emeklilik istemini, ileri bir tarihi belirterek de yapabilir<sup>36</sup>.

Yaş haddi dolayısıyla emekliye sevk edilecek kişiler, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 40. maddesine göre 65 yaşını doldurmuş olmalıdır<sup>37</sup>. Yaş haddini doldurduğu tespit edilerek idari tasarrufla emekliye sevk edilen kişilerin memuriyetlerine son verilir.

Malullük sebebiyle emeklilik için ise 5510 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre, çalışma gücünün en az %60'ının kaybedilmesi veya görevlerini yapamayacak kadar meslekte kazanma gücünü kaybetmesi ve bu hususların sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi gerekir.

5434 sayılı Kanun'un, 39/b maddesine istinaden idarenin, bir memuru isteği aranmaksızın re'sen emekliye ayırma hakkı vardır. Örneğin, 30 hizmet yılını doldurmuş memur, yaş şartına bakılmaksızın, idarenin takdir yetkisini kullanması neticesinde emekli edilebilir<sup>38</sup>. Maddede "kurumlarınca lüzum görüldüğünde" ifadesiyle idareye geniş takdir yetkisi tanınmış gibi görünse de, istisnai nitelik taşıyan

<sup>33</sup> AKGÜNER, Tayfun: *Kamu Personel Yönetimi*, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 198.

<sup>34</sup> DÖNMEZ, Mustafa: *Memur Hukuku*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2020, s. 297.

<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2006/111 E., 2006/112 K., 15.12.2006 T.; 2008/56 E., 2011/58 K., 30.03.2011 T. kararları.

<sup>36</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 809.

<sup>37</sup> BOZ / İNCE / BÜYÜKYILDIRIM / ACAR, s. 559.

<sup>38</sup> PINAR / ÇALIŞKAN, s. 283.

bu takdir yetkisi keyfi olarak kullanılamaz. İdare, re'sen emekliye sevk işlemini, kamu yararı ve hizmetin gereklerine uygun şekilde ve bunu gerekçelendirebilecek şekilde tesis etmelidir<sup>39</sup>.

### E. Ölüm ve Gaiplik

Memurun ölümü neticesinde, 98/d maddesine göre, memuriyet kendiliğinden son bulmaktadır. Gaiplik durumunda ise farklı ihtimaller mevcuttur. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 32. maddesine göre, bir kişi ölüm tehlikesi içinde kaybolursa veya kendisinden uzun süre haber alınmayacak surette kaybolan ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, o kişinin gaipliğine karar verilecektir. Gaipliğine karar verilen kişi Medeni Kanunu'nun 35/2 maddesi gereğince, kaybolduğu veya kendisinden son haber alındığı tarihte ölmüş sayılacaktır. Gaiplik kararı alınan kişi memur ise, memuriyetinin son bulması geriye yönelik etki doğuracaktır<sup>40</sup>. Gaiplik kararı alındıktan sonra veya gaiplik kararı alınana kadar geçmesi gereken 1 ve 5 yıllık süreler ile ilan için öngörülen 6 aylık<sup>41</sup> süre dikkate alındığında, kaybolan veya uzun süredir haber alınamayan memurun görevini müstafi sayılmaya yetecek kadar uzun bir süre boyunca terk etmesi işten bile değildir. Gaiplik kararı alındıktan sonra ölmediği ortaya çıkan memurun, memuriyete dönebilmesi ancak kaybolmasını mazur gösterecek mücbir sebebe (örneğin, kaçırılması, travma veya geçici hafıza kaybı yaşaması) dayanması sonucunda kurumun müstafi sayılma kararını geri almasıyla mümkündür<sup>42</sup>.

### F. Bağdaşmayan İşle İştigal Etme

Memurlukla bağdaşmayan bir işin kabul edilmesi durumunda da memuriyet sona ermektedir. Kanunun 98. maddesinde sayılmayan bu sebep, 87. maddedeki ikinci görev yasağının sonucudur. Memurun ruhsat alarak serbest avukat olması veya genel seçimlerde milletvekili seçilerek mazbata alması buna örnek olarak verilebilir. Ancak

<sup>39</sup> Danıştay 12. Daire; 2021/6008 E., 2022/303 K., 07.02.2022 T.

<sup>40</sup> Danıştay 9. Daire; 2008/3056 E., 2010/6321 K., 02.12.2010 T. içtihadını aktaran BOZ / İNCE / BÜYÜKYILDIRIM / ACAR, s. 565.

<sup>41</sup> Türk Medeni Kanunu, m. 33/3.

<sup>42</sup> BOZ / İNCE / BÜYÜKYILDIRIM / ACAR, 565.

memura, göreviyle ilgili ikinci görev verilebilir. Örneğin, ilçedeki hekime ilçe sağlık müdürlüğü görevi verilmesi 89. madde kapsamında makbul görülmüştür.

## G. Memurluk İçin Aranılan Şartlardan Yoksun Bulunma

Memuriyetin sona ermesine yol açan son sebep 48. maddede sayılan memuriyete kabul edilme şartlarından yoksun bulunmaktır (98/b). Bu yoksunluk, iki şekilde tezahür etmektedir: Memuriyete kabul edilmiş olan kişi, kabul edilmeden önce de bu şartlardan yoksundur ve bu durum sonradan fark edilmiştir ya da kabul edilmeden önce memurluk için aranan şartlar mevcuttur ancak bunlar sonradan kaybedilmiştir. 48. maddede sayılan şartlar şu şekildedir:

### 1. Türk Vatandaşı Olmak

Anayasa'nın 66. maddesinde Türk, "*Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes*" olarak tanımlanmıştır. Görüleceği üzere anayasamızdaki uyrukluğun tanımında ırk ölçütü kullanılmamıştır. Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlanmak isteyen herkes Türk Vatandaşlık Kanunu'ndaki şartları yerine getirdiği takdirde Türk olabilir. Anayasadaki tanım, bu minvalde ayrımcı değil kapsayıcı bir yaklaşım içerisindedir.

Anayasa'nın 70. maddesinde kamu hizmetine girme hakkı yalnızca Türklere tanınmıştır. Ancak bunun istisnaları mevcuttur. Zira kamu hizmetinin, memurluk statüsüne göre daha geniş bir kavram olduğundan bahsedilmiştir. Anayasa'daki hükme rağmen mevzuatta yabancıların, sözleşmeli personel statüsü altında kamu kurumlarında çalışmasına izin verilmektedir<sup>43</sup>. Hatta memurluk da yalnızca Türk vatandaşlarına hasredilmiş değildir. 2527 sayılı Kanun ve uygulama yönetmeliği hükümleri uyarınca, (Türk vatandaşı olmayan) Türk soylu yabancı kişiler, Türk

<sup>43</sup> Halen yürürlükte olan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un hekimlik mesleğini yalnızca Türklere hasreden 1. madde hükmü, 2011 tarih 663 sayılı KHK ile değiştirilerek yabancıların hekimlik yapabilmesinin önünü açmıştır.

Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı haricinde, kamu kurumlarında memur veya işçi olarak çalışabilmektedirler<sup>44</sup>.

Sonuç olarak (yukarıdaki istisnai haklara sahip olmayan) bir kişinin, memurluğa kabul anında Türk vatandaşı olmadığı sonradan anlaşılırsa veya Türk vatandaşı, vatandaşlıktan çıkarılırsa memuriyeti sona erecektir.

## 2. Yaş

Memuriyete ilişkin yaş şartları, kanunun 40. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, ancak 18 yaşını tamamlamış kişiler memur olabilirler. İstisnai olarak, 15 yaşını tamamlayıp kazai rüşt kazanan meslek veya sanat okulu mezunları memur olarak atanabilirler.

Ek madde 40 gereğince ise, 36/A-11'de sayılan kadrolara veya kanunlarla ya da cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşlarına atanmak isteyen adaylar, özel mevzuatında yer alan yaş şartına ilişkin hükümlere bağlı kalınmaksızın giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının 1. günü itibarıyla 35 yaşını doldurmamış olmalıdır.

Yaş şartının sonradan kaybedilmesi gibi bir durum söz konusu olamayacağı için yalnızca kişinin yaşa ilişkin yukarıdaki şartları taşımadığı sonradan anlaşılırsa memuriyeti sona erecektir.

## 3. Eğitim

Kanunun 41. maddesindeki eğitime ilişkin (genel) şartlara göre, memur olmak için aranan öğrenim şartı, kural olarak ortaokul mezunu olmaktır. İstisnai olarak ilkokul mezunlarının dahi memur olabileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte 36. maddede sayılan her sınıfa ilişkin farklı öğrenim ve teknik yeterlilik şartların sıralanmasıyla, vasıfsız kişilerin memur olma olanağı pek kalmamıştır. Zira liyakat ilkesi gereğince devlet, kaynaklarını kendini bir istihdam kapısı olarak sunup kişilere

<sup>44</sup> ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Yabancılar Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 215.

uygun iş bulmakla değil; alanında bilgi sahibi olan ve kamu hizmetinin gerektirdiği işlere uygun kişiler bulmakla mükelleftir.

Beyan ettiği eğitim şartını taşımadığı sonradan ortaya çıkan (örneğin, diplomasının sahteliği anlaşılan) kişinin memuriyeti sona erecektir.

#### 4. Askerlik Şartlarını Sağlıyor Olmak

Anayasa'nın 72. maddesi her ne kadar vatan hizmetini her Türk açısından hak ve ödev olarak düzenlemişse de, 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 1. maddesinde bu mecburiyet yalnızca erkekler bakımından öngörülmüştür. Bu yüzden DMK'nin 48/6'da sayılan askerlikle ilişkili şartlar, memur adayları ve memurlardan yalnızca erkekler bakımından aranır. Bu şartlar şöyledir:

*Askerlikle ilgisi bulunmamak*, askerlik vazifesini yerine getirmiş olmayı ya da askerliğe elverişli olmamayı ifade eder<sup>45</sup>.

*Askerlik çağına gelmemiş bulunmak* ifadesini açıklamak için Askerlik Kanunu'na bakmak gerekir. Kanun'un 2. maddesinde, askerlik çağının "*her erkeğin, nüfus kayıtlarına göre 20 yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününde bitmek üzere*" en çok 21 yılı kapsayan bir süreç olduğu ifade edilmektedir.

Askerlik çağında bulunan ve askerliğe elverişli olan kişi, askerlik vazifesini yerine getirmemiş ise memur olabilmek için Askerlik Kanunu'nda düzenlenen esaslara göre *askerliğini erteletmiş (tecil ettirmiş)* olmalıdır. Bunu da yerine getirmemiş olan erkekler, memurluğa alınmazlar.

Askerliğe ilişkin şartları yerine getirmemiş olduğu sonradan anlaşılırsa memuriyetlerine son verilir. Ancak memuriyete alındığı tarihte askerlikle ilişkisi bulunmamasına rağmen sonradan askere giden memurların terhis olup 62 ve 63.

<sup>45</sup> BOZ / İNCE / BÜYÜKYILDIRIM / ACAR, s. 544.

madde hükümlerine göre idareye başvurmaları durumunda memuriyete geri kabul edilmeleri gerekir<sup>46</sup>.

## 5. Sağlık Şartı

Memurun, görevini sürekli biçimde yapmasına engel akıl hastalığı olmamalıdır. Katatonik şizofreni gibi ağır rahatsızlıklardan uyurgezerlik, kleptomani ve epilepsiye kadar birçok hastalık, akıl hastalığı kabul edilebilir. Bunlardan hangilerinin memurluğa engel teşkil edeceğinde bir sınır belirlenmelidir. Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinde akıl hastalığında cezasızlığa ilişkin kullandığı ölçüt, *“kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azaltacak”* hallerde memurluğa engel bir akıl hastalığının varlığı kabul edilmeli, bu minvalde olmayan hafif rahatsızlıkların memurluğa engel teşkil edip etmeyeceği özel durumlarına göre belirlenmelidir.

Maddenin, 21.04.2005 tarih ve 5335 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde bedensel engel de memurluğa engel kabul ediliyordu. Maddenin güncel halinde, bedensel engellilerin kamuda istihdamına ilişkin 53. maddeye gönderme yapılmıştır.

Sonuç olarak kişide memurluk görevinin gerektiği gibi ve sürekli biçimde yapılmasına engel teşkil edecek derecede ağır akıl hastalığına sahip olunduğunun sonradan ortaya çıkması veya bu tür bir akıl hastalığına sonradan yakalanma halinde memuriyet sona erecektir.

## 6. Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılmış Olmak (İptal)

DMK'nin 48/8 maddesine, 03.10.2016 tarihli 676 sayılı KHK'nın 74. maddesiyle eklenip TBMM'ce 01.02.2018 tarih 7070 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle kabul edilen, *“Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak”* şeklinde şart, Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla iptal edilmiştir<sup>47</sup>. Gerekçede, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasından elde edilen bilgilerin kişisel veri

<sup>46</sup> BOZ / İNCE / BÜYÜKYILDIRIM / ACAR, s. 547.

<sup>47</sup> Anayasa Mahkemesi; 2018/73 E., 2019/65 K., 24.07.2019 T.



olduğu, Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca teminat altında olduğu, kanun koyucunun bu hakkı anayasada öngörülen usuller çerçevesinde kanunla sınırlayabileceği ancak özel hayatın gizliliğini ihlale yol açacak müdahalelerin sınırlarının açık ve kötüye kullanımı önleyici tedbirler konularak belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

AYM kararına rağmen, güvenlik soruşturması uygulamasının, devletin milli güvenliğini korumak adına istihdam edeceği kişileri seçerken geçmişlerini araştırmanın en tabii hakkı olduğu yönünde görüşler de mevcuttur<sup>48</sup>.

## 7. Özel Şartlar

DMK'nin 48/B maddesinde, memurun 36. maddesinde her sınıfa ilişkin ayrıca belirtilen esaslara, öğrenime ve teknik yeterliliğe ve 41. maddesinde belirtilen yaş sınırlarına uygun olması ile bunlar haricinde kurumların özel mevzuatında belirlenmiş şartları taşıması (örneğin belirli fakültelerden mezun olma) gerektiği belirtilmiştir<sup>49</sup>. Her sınıf için ayrıca şart belirlenmesi, liyakat ilkesinin gereğidir. Kurumlar, kendi tercih kılavuzlarında, DMK hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla teknik ve uzmanlığa ilişkin özel şartlar arayabilirler<sup>50</sup>.

## 8. Sınav Koşulu

48. maddede belirtilmese bile 50. maddede memurluğa atanacak olan kişilerin sınava tabii tutularak başarılı olmaları durumunda devlet memurluğuna kabul edilmesinin şart olduğu açıkça belirtilmiştir. Sınav şartı, kanuna sonradan eklenmiştir. Bu şartın eklenmesinden önce sınavsız memurluğa alınan kişilerin, sınav şartını karşılamadıkları gerekçesiyle memurluğuna son verilmesi, müktesep hakların korunması ilkesine ve hukuki güvenliğe aykırılık teşkil edecektir. Ancak sınav şartına tabii olup sınavsız memurluğa alınanların aday memurluk aşamasındaki eğitimlerini başarıyla tamamlaması sonrasında eksikliğin fark edilmesi durumunda ne yapılacağı tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, *“adaylık aşamasından geçerek ehliyetini ispat etmiş kişinin asaletinin onanmasından sonra sadece sınav koşulunu yerine getirmemesi*

<sup>48</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 734.

<sup>49</sup> BOZ / İNCE / BÜYÜKYILDIRIM / ACAR, s. 118.

<sup>50</sup> EVREN / UÇAR, s. 99.

*sebebiyle görevine son verilmesi adalete ve hakkaniyete sığmayacaktır*"<sup>51</sup>. Başka bir görüş, sınava tabi olmasına rağmen sınavsız memur olan kişilerin memuriyetine son vermenin, sınav şartının 48. maddede yer almadığı için mümkün olmadığını dile getirmektedir<sup>52</sup>.

### 9. Fiil Ehliyeti

48 ve devamı maddelerde şart olarak aranmamasına rağmen, memurluk ehliyetinin tam ehliyetli olmayı da gerektirdiği sonucunun, kanunun ruhundan ve içtihatlardan<sup>53</sup> çıkarıldığına ilişkin görüşler de mevcuttur<sup>54</sup>. Çünkü tam ehliyetli olmak, ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlanmamış olmaktır (TMK, m. 10). Kanun, 18 yaşından küçükler bakımından kazai rüşt şartı arayarak erginliği; kamusal hakları kullanmaktan mahrumiyetin bulunmamasını şart koşarak (bir bakıma) kısıtlı olunmamasını; görevin icrasına engel teşkil edecek derecede akıl hastalığı bulunmaması koşuluyla ise ayırt etme gücüne sahip olunmasını ve dolayısıyla tam ehliyetli olunmasını, memuriyet bakımından zımni biçimde şart koşturmuştur.

### III. MEMURİYETE ENGEL SUÇ, CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ

DMK'nin 98/b'ye göre memuriyete kabul anında sahip olunması ve memuriyet boyunca korunması gereken 48. maddedeki şartlardan bir diğeri, A-5'te sayılı suç ve cezalardan mahkum olmamaktır. Ayrıca 48/A-4'te sayılan kamusal haklardan mahrum olmamaktan kasıt, memur aleyhine TCK'nin 53. maddesindeki güvenlik tedbirine hükmedilmemiş olmasıdır. Bu kategorideki şartlar, idare hukukundan çok ceza hukuku kurumlarının kapsamında olduğundan ve ayrıca bir tasnife tabi tutularak açıklanması, konunun anlaşılmasında daha faydalı olduğu düşünüldüğünden, memuriyete engel suç ve cezaların ayrı bir başlıkta ele alınması uygun görülmüştür.

<sup>51</sup> Yazar, görüşünde alıntılıdığı cümlelerin geçtiği Danıştay 5. Daire; 1990/3945 E. 1990/1955 K. no'lu içtihadı örnek göstermiştir. DÖNMEZ, s. 295.

<sup>52</sup> PINAR / ÇALIŞKAN, s. 264.

<sup>53</sup> Danıştay 5. Dairesi; 1988/2652 E., 1991/25 K., 15.01.1991 T.: "...kişi, medeni hakları kullanma bakımından tam ehliyetli olana kadar memurluk görevine başlatılamaz..." şeklindeki içtihadı aktaran, BOZ / İNCE / BÜYÜKYILDIRIM / ACAR, s. 550.

<sup>54</sup> BOZ / İNCE / BÜYÜKYILDIRIM / ACAR, s. 550.

48/A-5'te sayılan suçların, kendi tiplerinde özellikle belirtilmediği sürece kamu görevi sebebiyle işlenmesinin gerekmediği belirtilmelidir. Çünkü 98/b hükmünde bu suçlardan mahkum olmamanın memuriyete kabul öncesinde de arandığı anlaşılmaktadır. Henüz memur olmamış kişilerin, bu suçları kamu görevlisi sıfatıyla işlemesi gerektiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

### **A. Kamu Haklarından Mahrum Bulunmamak**

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kamu haklarından mahrum olmayı, güncel manasıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 53. maddesindeki "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmak" şeklinde anlamak gerekir<sup>55</sup>.

Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma, bir güvenlik tedbiridir ve TCK'nin 45. maddesindeki tanımdan<sup>56</sup> da anlaşılacağı üzere cezadan ayrı bir yaptırımdır. Güvenlik tedbiri; işlenen bir suçla bağlantılı olarak, suçu işleyen kişinin tehlikelilik durumu göz önünde bulundurularak veya suçun konusu ya da suç aracıyla bağlantılı olarak uygulanan, suç işleyen kişiyi koruma veya iyileştirme ya da toplumu suç işleyen kişinin ilerideki bağlantılı fiillerinden koruma amacına yönelik ceza hukuku yaptırımlarıdır<sup>57</sup>. Güvenlik tedbiri, fiilin teşkil ettiği haksızlık veya tehlikelilik içeriğinin azlığı ya da failin kusur durumu (örneğin, Çocuk Koruma Kanunu'ndaki tedbirler) göz önüne alınarak ceza vermenin ağır bir yaptırım olacağı durumlarda ceza yerine veya tam tersi failin suçla bağlantılı olarak arz ettiği tehlikeliliği infazdan sonra da belli bir süreliğine dindirmek amacıyla cezaya ek olarak uygulanan yaptırım çeşididir.

### **1. Kasten İşlenen Suçlarda**

Güvenlik tedbirine kural olarak kasten işlenen suçla bağlantılı olarak hükmedilir. 53/1-a maddesine güvenlik tedbirine bağlı olarak kişinin, "Süreklili, süreli

<sup>55</sup> BOZ / İNCE / BÜYÜKYILDIRIM / ACAR, s. 534.

<sup>56</sup> TCK, m. 45: "Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır."

<sup>57</sup> KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 597.

veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden” ve “devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten” yoksun bırakılacağı belirtilmiştir.

Memuriyete ilişkin hak yoksunluğu, cezanın tamamen infaz edilmesine kadar sürer; mahkumun denetimli serbestlik veya koşullu salıverilmeyle cezaevinden temelli biçimde çıkmasından ya da hapis cezasının ertelenmesinden etkilenmez (TCK, m. 53/2-3).

Bir memurun, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması için, bağlantılı suçun göreviyle ilgili olması gerekmez. Zira bu halde TCK, m. 53/5'e göre, suçun memurlukla bağlantılı hakların kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde, hükmedilen hak yoksunluğu cezanın infazından sonra başlamak üzere (cezanın yarısından bir katına kadar ilave edilerek) devam eder.

Memurluk görevini icra ettiği sırada memurluğa engel teşkil etmeyen bir suçtan mahkum olmasına rağmen hakkında 53. madde gereğince güvenlik tedbirine hükmolunan, yani mahkumiyeti nedeniyle memuriyeti sona ermeyen ancak mahkum olduğu için memurluk yapamayan ve memurlukları askıya alınan kişiler, hak yoksunlukları sona ererek yasaklanan haklarını yeniden kazanmaları durumunda, memuriyete iade edilirler<sup>58</sup>.

## 2. Taksirle İşlenen Suçlarda

Yalnızca kasten işlenebilen suçlarda değil, taksirle işlenebilen suçlarda da belli hakların kullanılmasından yoksun bırakma tedbirinin uygulanmasına kanun cevaz vermiştir. TCK'nin 53/6 maddesine göre, belirli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık neticesinde işlenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde, 3 ay-3 yıl arasında bir süre için bu meslek veya sanatın icrası

<sup>58</sup> SÖKMEN, Uğur: Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olanların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri, *Maliye Dergisi*, 2010, Sayı 158, s. 618-640, s. 624.

yasaklanabilir. Yasaklama, hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girmekte ancak süresi cezanın tamamen infazıyla başlamaktadır.

53/6 hükmünde belirtilen meslek ifadesinin kapsamına memurluğun girip giremeyeceği tartışmaya açıktır. Ancak 53/1 maddesinde memuriyetten yasaklamaya ilişkin (a) alt bendi ile meslek veya sanatın icrasından yoksunluğa ilişkin (e) alt bendinin ayrı ayrı ele alınması, kanun koyucunun, 53/6 bağlamında taksirle işlenen suçlarda memurlara hak yoksunluğu verilemeyeceği kanaatinde olduğunu düşündürmüştür. Çünkü 53/6'da “meslek veya sanatın icrasından yoksun bırakılması”ndan bahisle, 53/1-a'ya değil 53/1-e'ye gönderme yapılmıştır. Üstelik Yargıtay'ın 53/6 hükmünün yalnızca ruhsata tabi meslek veya sanatların icrasının yasaklanabileceğine ilişkin içtihatları yerleşmiş vaziyettedir<sup>59</sup>. Bu anlamda, 53/6 hükmünün, mesleki faaliyetlerini izin veya ruhsata tabi şekilde yürütmeyen memurlara uygulanamayacağı açıktır.

## B. Suç ve Cezalar

DMK'nin 48/5 maddesinde kasten işlenmiş bir suçtan 1 yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkum olmanın memuriyete engel teşkil etmesi şartı aranmışken, bazı suçlar bakımından böyle bir süre sınırı aranmamış, hatta affa uğramış olsalar bile bu suçtan mahkum olanların memur olamayacakları hüküm altına alınmıştır. Yukarıda bahsedilen kamu haklarını kullanmaktan yoksun bırakılmaya ilişkin güvenlik tedbiri süresi sona erse bile, bazı adi suçlardan 1 yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkum olmak, bazı suçlardan ise yalnızca mahkum olmuş olmak memuriyete engeldir. Aşağıda şartları açıklanacak olan mahkumiyet hükümleri, 48. madde gereğince memuriyet öncesinde memuriyete engel teşkil etmekte; 98/b maddesi gereğince ise memuriyete son verilmesine yol açmaktadır.

48. maddede belirtilen şekilde mahkum olunmamasının, mutlak surette memuriyetin devam edeceği anlamına gelmeyeceğinin, ceza yargılamasından

<sup>59</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi; 2015/13511 E., 2016/12245 K., 27.10.2016 T.; 2013/22856 E., 2014/16101 K., 30.06.2014; 2019/12630 E., 2021/8010 K., 16.11.2021 T.; 2020/2668 E., 2021/9034 K., 21.12.2021 T.

bağımsız veya ona alternatif şekilde yapılacak bir disiplin soruşturması sonucunda memuriyetin sona ermesinin mümkün olacağı ayrıca belirtilmelidir<sup>60</sup>.

Maddede memuriyete engel hükümlerden yalnızca mahkumiyet hali sayılmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 223. maddesinde mahkumiyet dışındaki hüküm çeşitleri, “beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı” olarak sayılmıştır. Bunlardan güvenlik tedbiri dışındaki hükümlerin memuriyete engel teşkil etmeyeceği aşıkardır. Çünkü ceza içermeyen hükümler, mahkumiyet niteliği taşımayacaktır. Güvenlik tedbirinin ise ceza olmadığı (TCK, m. 45); mahkumiyete alternatif ya da ilave bir yaptırım olduğu (CMK, m. 223/6) göz önünde bulundurulduğunda, mahkumiyet olmaksızın salt güvenlik tedbirine hükmolunması halinin memuriyete engel teşkil etmeyeceğini söylemek gerekir<sup>61</sup>.

### **1. Kasten İşlenen Bir Suçtan 1 Yıl Veya Daha Fazla Hapis Cezasına Mahkum Olmamak**

Kasten işlenmiş bir suçtan dolayı 1 yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkum olmak memuriyete engel teşkil etmektedir. Bu suç, kanunda özel bir tip anılmadığı için üst sınırı 1 yıl hapis cezası olan basit tıbbi müdahaleyle giderilebilen kasten yaralama suçu (TCK, m. 86/2) olabileceği gibi, üst sınırı 30 yıl hapis cezası öngörülen uyuşturucu imal (TCK, m. 188/1) suçu da olabilir. Kasten işlenebilen her suç bu kapsamdadır. Olası kastla işlenen suçlar da bu kapsamdadır. Çünkü TCK, m. 21/2'ye göre olası kastın cezasına ilişkin hüküm de kasten işlenen suç üzerinden kurulmaktadır.

TCK'nın 53/1-a maddesindeki “kamu görevi üstlenilmesinden” yoksunluk yaptırımının süresi<sup>62</sup> geçmiş olsa bile, geçmişte kasten işlenmiş bir suçtan dolayı 1 yıl

<sup>60</sup> Örneğin, amirine tokat atan bir memur, kasten yaralama suçundan 1 yıldan daha az hapis cezasına mahkum olsa bile DMK'nın 125/E-f'de sayılan disiplinsizlik nedeniyle memurluktan çıkarılabilir.

<sup>61</sup> Zira TCK, m. 53/1'de sayılan güvenlik tedbirlerinin “hapis cezasına mahkumiyetin sonucu olarak” uygulanacağı belirtilmiştir.

<sup>62</sup> Hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar (TCK, m. 53/2); Eğer suç, kamu görevinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmişse infazdan sonra işlemek üzere cezanın yarısı ile bir katı arasında belirlenecek ilave süre tamamlanana kadar (TCK, m. 53/5).

veya daha fazla hapis cezasına mahkum olmak memuriyete engel teşkil etmeye devam edecektir.

Kanundaki ifadeden açıkça anlaşılacağı üzere, tam olarak 1 yıl hapis cezasına mahkum olmak da memuriyete engel olması bakımından yeterlidir. Kasten işlenen suçtan dolayı 12 ay hapis cezasına mahkum olunması ise, memuriyete engel değildir. Çünkü TCK, m. 61/6'ya göre 1 yılın hesabında resmi takvim esas alınırken, 1 ay 30 gün olarak hesap edilmektedir. Bu hesaba göre 12 ay, toplamda 360 gün etmekte ve bir resmi takvim yılı olan 365 günün altında kalmaktadır. Yerel mahkemenin bu görüşle verdiği kararı Danıştay dairesinin “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda süreler bakımında Türk Ceza Kanunu’na gönderme olmadığı” gerekçesiyle bozması üzerine direnilmiş ve İdari Dava Daireleri Kurulu’nca yerel mahkeme kararına itibar edilmiştir<sup>63</sup>.

## 2. Süresi Fark Etmeksizin Mahkum Olunması Halinde Memuriyete Engel Olan Suçlar

Bu başlıkta sayılan suçlar bakımından hapis cezasına mahkum olma ifadesi değil “mahkum olma” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle, sayılı suçlardan adli para cezasına mahkum olma sonucu da memuriyete engel teşkil edecektir<sup>64</sup>. Mahkumiyetin süresi veya miktarı önemli değildir. Affa uğramış olsa bile memuriyete engel teşkil edeceği belirtilen suçlar, 48/A-5 maddesinde şu şekilde sayılmıştır:

*Devletin güvenliğine karşı suçlar*, TCK’nin 2. kitap 4. kısım 4. bölümünde yer alan, devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (m. 302); düşmanla işbirliği yapmak (m. 303); devlete karşı savaşa tahrik (m. 304); temel milli yararları karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama (m. 305); yabancı devlet aleyhine asker toplama (m. 306); askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma (m. 307); düşman devlete maddi ve mali yardımdır (m. 308).

<sup>63</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu; 2020/2985 E., 2021/1697 K., 11.10.2021 T..

<sup>64</sup> PINAR, İbrahim: *Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları ve Sicil Hukuku*, 1. Baskı, (Yazarın kendi yayını), Ankara, 2008, s. 554’ten aktaran; SÖKMEN, s. 631.

*Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar*, TCK'nin 2. kitap 4. kısım 5. bölümünde yer alan, anayasayı ihlal (m. 309); cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı (m. 310); yasama organına karşı suç (m. 311); hükümete karşı suç (m. 312); Türkiye Cumhuriyeti hükümetine karşı silahlı isyan (m. 313); silahlı örgüt (m. 314); silah sağlama (m. 315) ve suç için anlaşmadır (m. 316).

Üçüncü grupta yer alan suçlar ise, zimmet (m. 247); irtikap (m. 250); rüşvet (m. 252); hırsızlık (m. 141-147); dolandırıcılık (m. 157-159); sahtecilik (m. 197-210); güveni kötüye kullanma (m. 155); hileli iflas (m. 161), ihaleye fesat karıştırma (m. 235); edimin ifasına fesat karıştırma (m. 236); suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (m. 282) ve kaçakçılık suçlarıdır (5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'ndaki suçlar).

### **C. Özellik Arz Eden Ceza Hukuku Kurumları**

Bazı ceza hukuku kurumları, mahkumiyetin memuriyete engel olup olmama durumunu etkilemesi bakımından incelenmelidir.

#### **1. Erteleme**

TCK'nin 51. maddesinde yer alan erteleme hükümlerine göre, daha önce kasten işlenmiş bir suçtan dolayı 3 aydan fazla hapis cezasına olmamış, yargılama süresince gösterdikleri pişman tutumları sebebiyle gelecekte suç işlemeyecekleri kanaatine varılan kişilerin 2 yıl veya daha az süreyle mahkum oldukları hapis cezası ertelenebilir.

Erteleme sonucunda, hükümlünün belirlenen denetim süresini iyi halli geçirmesi durumunda cezası infaz edilmiş sayılır (m. 51/8). Kanundaki “cezası infaz edilmiş sayılır” ifadesinden dolayı, mahkum olunan hapis cezası ertelenmiş bir suç memuriyete engel teşkil edebilir. Çünkü suç sübuta ermiş, ceza verilmiştir. Erteleme kurumu, mahkumiyet hükmünü ortadan kaldırmamakta, yalnızca hükümlünün cezasının infazını hapiste çekmemesine yaramaktadır.

#### **2. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB)**

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231/5 hükmüne göre, daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış, yargılama süresince gösterdikleri pişman tutumları



sebebiyle gelecekte suç işlemeyeceği kanaatine varılan ve mağdurun veya kamunun suçtan doğan zararını karşılayan sanık, rıza gösterirse, 2 yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına ilişkin hükmün açıklanması geri bırakılabilir. Burada hakim, hükmü kurmasına rağmen açıklamadığı için, hüküm sanık hakkında hukuki sonuç doğurmamaktadır. Hükümlünün 5 yıllık denetim süresini iyi halli geçirmesi sonucunda, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilir (231/10).

Açıklanması geri bırakılan hüküm, denetim süresi boyunca, HAGB'ye özel bir sicile kaydedilmekte ve bu bilgiler yalnızca cumhuriyet savcıları, hakimler ve mahkemeler tarafından istenebilmektedir (231/13). Üstelik denetim süresince açıklanması geri bırakılan hüküm, hukuk evreninde doğmasına rağmen hiçbir etki yaratmamaktadır. Denetim süresi sonunda da hiç var olmamış gibi ortadan kalkmaktadır. Düşme kararı, mahkumiyet anlamına gelmemektedir.

Sonuç olarak açıklanması geri bırakılan hükümler, denetim süresi içinde kasten suç işlenip de açıklanmadığı sürece, cezası 1 yılı geçen kasten işlenmiş suçlara ilişkin de olsa DMK'nin tek tek saydığı suçlara ilişkin de olsa, hukuki evrende etki doğurmadığından<sup>65</sup> memuriyete engel değildir<sup>66</sup>.

Gerek sanık gerekse suçun mağdurunun anayasal haklarını ihlal edip etmediği yönünden doktrinde birçok tartışmaya ve bireysel başvuruya konu olan HAGB kurumuna ilişkin tüm maddeler (CMK, m. 231/5,6,7,8,9,10,11, 13 ve 14)<sup>67</sup>, Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin somut norm denetimi başvurusu sonucunda Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir<sup>68</sup>. İptal kararı, 32266 sayı, 1 Ağustos 2023 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmasından 1 yıl sonra yürürlüğe girecektir.

<sup>65</sup> ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 694.

<sup>66</sup> PINAR / ÇALIŞKAN, s. 202.

<sup>67</sup> Maddenin 12. fıkrası, daha önce Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.2022 tarih, 2021/121 E., 2022/88 K. no'lu kararıyla iptal edilmiştir.

<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi; 2022/120 E., 2023/107 K., 01.06.2023 T. (Kararda HAGB'ye karar verilebilmesi için sanığın rızasının yargılamanın hangi aşamasında alınacağıının belirlenmesinden hareketle kovuşturmanın başında, deliller ortaya koyulmadan peşinen alınan rızanın, yargılamanın ileri safhalarda nasıl şekilleneceği konusunda güvensizlik taşıyan

### 3. Af

Hangi suçları memuriyete engel olmaktan çıkaracağı affin genel mi özel mi olduğuna göre değişir.

*Genel af* halinde, sürmekte olan kamu davaları düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar (TCK, m. 65/1). Genel afta, bir fiilin suç olmaktan çıkarılması hali vardır. Cezanın bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkmasının sonucu olarak genel af halinde, memuriyete engel teşkil eden suçlar artık memuriyete engel olmaktan çıkmaktadır. Suç bağlı hak yoksunlukları da ortadan kalkacaktır. Ancak kanunda özel bir saikle “affa uğramış olsa bile” memuriyete engel olacağı ifade edilen, kanunda tek tek sayılmış suçlar bakımından affın, bu suçları memuriyete engel olmaktan çıkarmayacağına yönelik görüşler olsa da<sup>69</sup>, (ayrıntısına adli sicilden silinme başlığında değinileceği üzere) ilgili kamu kurumunun af neticesinde adli sicilden silinip arşive kaydedilen bilgilere ulaşması hukuken mümkün görünmediğinden memuriyete engel olmaması gerekir.

*Özel af* ise, bir fiili suç olmaktan çıkarmayan ancak suçun cezasını hafifleten, infazı ortadan kaldıran, infaz süresini kısaltan veya hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine sebep olan af tipidir (65/2). Özel afta, ceza bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkmamaktadır. 65/3’te cezaya bağlı olarak verilen ve hükümde belirtilen

---

ve baskı altında kalan sanığın gerçek iradesinin ürünü olamayacağı; bu sebeple sanığın asıl kanun yolu denetimine (istinaf) başvurma hakkı henüz doğmadan o haktan feragat etmeye zorlanmasına yol açtığı gerekçesiyle, Anayasa’nın 13. maddesindeki kanunla sınırlama kurallarına ve 36. maddedeki adil yargılanma hakkına aykırı olduğu belirtilmiştir. Yüksek mahkeme ayrıca, devletin bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten koruma hususundaki pozitif yükümlülüğüne atıfla, HAGB’nin cezasızlık sonucu doğurmasının mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim sağlamadığını değerlendirerek Anayasa’nın 17. maddesine de aykırılık tespit etmiştir. Ayrıca müsadere kararıyla ilgili belirsizlik sebebiyle 35. maddenin ihlal edildiği kanaati belirtilmiştir. Kararda özellikle kamu görevlilerinin görev suçlarına, işkence, eziyet ve kötü muamele suçlarının HAGB’nin uygulama alanı dışında bırakılması gerektiğine yönelik örnekler göstermesi dikkat çekicidir.).

<sup>69</sup> SÖKMEN, s. 635’te atıf yapılan, künyesi anlaşılamayan Danıştay içtihadında “657 sayılı DMK 48/A-5. maddede sayılan suçlardan hükümlü olanların ‘affa uğramış olsalar bile’ devlet memuru olamayacaklarını ifade etmekle, emredici şart olarak düzenlediğini, bu suçlardan dolayı verilen mahkûmiyetlerin adli sicilden silinse bile bu suçlardan hüküm giyenlerin memur olmalarına imkân bulunmadığına” karar verilmiştir (Danıştay İDD. 27/10/2000 tarih ve E.1999/105, K.2000/1048 sayılı kararı).

hak yoksunluklarının özel affa rağmen varlığını koruyacağı açıkça belirtilmiştir. Bu bakımdan özel af, memuriyete engel suçları ve hak mahrumiyetini sarsacak kuvvette değildir. Yalnızca kasten işlenmiş bir suçtan 1 yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkumiyet yerine (1 yıldan az) kısa süreli hapis cezasına mahkum olunması veya hapis cezasının adli parasına çevrilmesi halinde, TCK, m. 50/5 uyarınca kişinin memuriyetinin önündeki engelin kalkabileceği söylenebilir.

#### 4. Adli Sicilden Silinme

Mahkumiyete ilişkin kayıtlar, Adli Sicil Yönetmeliği'nin 11 ila 13. maddede belirtilen şartların yerine getirilmesi halinde, silinerek arşive taşınacaktır. 12. maddede ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının arşiv bilgilerine erişebilmesi, ancak özel kanunlarında bu yetkinin gösterilmesi durumunda mümkün olabilmektedir. Halbuki, DMK'nın arşiv araştırmasına ilişkin 48/8 maddesi, yukarıda künyesi verilen Anayasa Mahkemesi kararıyla, özel hayatın gizliliğin sınırlandırılmasında belirlilik ilkesine uyulmaması yönünden iptal edilmiştir. Özel kanununda arşiv bilgilerinin istenmesi yetkisi verilmeyen kamu kurum veya kuruluşu, DMK hükümlerine göre de arşiv bilgilerine erişim talep edemeyecektir. Böylece memuriyete engel suça ilişkin adli sicil bilgisi silinen kişinin memuriyetinin önünde engel kalmayacaktır<sup>70</sup>.

#### 5. Muhakeme Engelleri

Memuriyete engel bir suçtan dolayı memuriyetin sona ermesi için mahkumiyetin kararının kesinleşmesi gerekmektedir. Mahkumiyet kararının ortaya çıkması için ise kovuşturmanın sona ermesi gerekmektedir. Kovuşturma evresine geçilmesine engel olan ya da kamu davasını düşüren haller (soruşturmaya yer olmadığı kararı, soruşturma izni verilmemesi, kovuşturmaya yer olmadığı kararı, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi, önödeme, uzlaşma) kovuşturmanın başlamasını, dolayısıyla mahkumiyet ve hak mahrumiyetine ilişkin hükmün doğmasını önlediğinden memuriyete engel değildir. Çünkü, Anayasa'nın 38.

<sup>70</sup> 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'na ilişkin tartışma için, bkz: EVREN / UÇAR, s. 91 vd; PINAR / ÇALIŞKAN, s. 144 vd.

maddesindeki masumiyet karine gereğince, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

## SONUÇ

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 18. maddesine göre, iş güvencesi kanunlarla teminat altına alınmış olan memurların, memurluk statüsünü kaybetmeleriyle sonuçlanacak sebepler Kanun'un 98. maddesinde sayılanlarla sınırlı olmayıp başka başlıklardaki hükümlere dağıtılmış haldedir. Bu durum, aslında memurların iş güvenliğinin içeriğinin anlaşılmasında sıkıntı yaratmaktadır. Çünkü kanunilik, aynı zamanda belirliliği ve kanun metninde intizamı gerektirmektedir. Gerek günün ihtiyaçlarına hızlıca karşılık verme gayesi gerek popülist politikanın kamusal istihdamı, oy toplama ve halk nezdinden yükselen ekonomik talepleri şekli biçimde dindirme adına ilk başvurulacak araçlardan biri olarak kullanagelme eğilimi neticesinde, memurluk statüsündeki bütünleşik yapı bozulmaktadır. Kanun'un 125/E maddesindeki çıkarma cezasına layık görülen fiillerden bazılarında kullanılan ifadeler, kanunilik ilkesinin belirginlik kriterine aykırı düştüğünden memuriyet güvencesine ayrıca zarar vermektedir.

**KAYNAKÇA**

- AKGÜNER, Tayfun: *Kamu Personel Yönetimi*, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- BOZ, Selman Sacit / İNCE, Abidin Kadir / BÜYÜKYILDIRIM, Gizem Elif / ACAR, Enis: *Kamu Personel Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Yabancılar Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- DÖNMEZ, Mustafa: *Memur Hukuku*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2020.
- EVREN, Çınar Can / UÇAR, İsmail: *Kamu Görevlileri Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 24. Baskı, Ekin Yayınevi, 2018.
- GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÜNDAY, Metin: OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, Sayı 1, s. 27-38.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- PINAR, İbrahim: *Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları ve Sicil Hukuku*, 1. Baskı, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2008.
- PINAR, İbrahim / ÇALIŞKAN, Öner: *Memurluğun ve Kamu Görevinin Sona Ermesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- SANCAKDAR, Oğuz: *Memur Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2010.
- SÖKMEN, Uğur: Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olanların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri, *Maliye Dergisi*, 2010, Sayı 158, s. 618-640.



## Özelleştirme ve Rekabet Uygulamaları

Av. Selenay Ecem KANTARCI<sup>1</sup>

### Öz

1980’li yıllarda dünya genelinde yoğun olarak uygulama alanı bulan özelleştirmeler ile geleneksel olarak yıllardır devlet elinde yürütülen birtakım teşebbüslerin ve/veya bu teşebbüslerin sunduğu hizmetlerin, özel sektöre arzı ile söz konusu piyasalarda rekabetin açılmasını ifade etmektedir. Temelde özelleştirmenin amacı da piyasadaki rekabeti arttırmak ve söz konusu hizmetin verimli olmasını sağlamaktır. Fakat her teşebbüs ve hizmet rekabetçi piyasaya açılmayabilir. Özellikle altyapı hizmetleri tüketicilere sabit ve sürekli sunulması gereken hizmetlerden olduğu için doğası gereği buldukları sektörlerde doğal tekeller oluşturmaktadır. Özelleştirilecek teşebbüs veya hizmet ait olduğu sektörde devle tekeliyle yürütüldüğü sırada özelleştirildiğinde; özelleştirilen teşebbüs veya hizmetin piyasadaki hâkim durumu sebebiyle özel tekele dönüşmesi riski söz konusudur. Bu riskin önlenmesi veya ortadan kaldırılması adına özelleştirmenin yapılacağı piyasanın rekabet özelliklerine uygun düzenlemelerin getirilmesi gerekmektedir. Bu düzenlemelerin özelleştirme ve rekabet politikalarının çatışan hedeflerine bir denge hali getirmesi beklenmektedir. Fakat bazen söz konusu dengenin sağlanamadığı özelleştirmelerle de karşılaşlabilmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Özelleştirme, Rekabet, Piyasa Ekonomisi, Doğal Tekel, Türk Telekom, Milli Piyango

<sup>1</sup> Ankara Barosu, [ecemkantarci@hkpartnerslegal.com](mailto:ecemkantarci@hkpartnerslegal.com), ORCID: 0009-0005-4324-2784.



## Privatization and Competition Practices

### Abstract

Privatisation, which has been widely implemented around the world in the 1980s, refers to the opening of competition in the markets in question by offering certain undertakings and/or services provided by these undertakings, which have traditionally been carried out by the state for years, to the private sector. Basically, the purpose of privatisation is to increase competition in the market and to ensure that the service in question is efficient. However, not all undertakings and services can be opened to the competitive market. Especially since infrastructure services are among the services that need to be provided to consumers on a fixed and continuous basis, they constitute natural monopolies in the sectors in which they are located. When an undertaking or a service is privatised in the sector to which it belongs, there is a risk that the privatised undertaking or service will turn into a private monopoly due to its dominant position in the market. In order to prevent or eliminate this risk, it is necessary to introduce regulations in accordance with the competition characteristics of the market where privatisation will take place. These regulations are expected to bring a balance to the conflicting objectives of privatisation and competition policies. However, sometimes privatisations are encountered where this balance is not achieved.

### Keywords

Privatisation, Competition, Market Economy, Natural Monopoly, Türk Telekom, National Lottery

## GİRİŞ

Yirminci yüzyılın sonlarından itibaren kamu politikalarında devletin etkin rol oynadığı Keynesyen yaklaşımın yerini serbest piyasa ekonomisi temelli yaklaşımlar almıştır<sup>2</sup>. Bu kapsamda dünya genelinde birçok ülke özel sektörün etkin hale gelebilmesi ve devletin görevlerinin yeniden şekillendirilerek söz konusu görevlerinde bir nevi küçülmeye gidilmesi anlayışıyla hareket etmeye başlamıştır. Bu hareketin sonucu olarak ise özelleştirme uygulamaları geliştirilmiştir. Ekonomik açıdan gelişmemiş ülkeler açısından halihazırda devlet eliyle yürütülen birtakım işletmelerin sektör standartlarının altında kaldığı ve yeterli performansı gösteremediği göz önünde bulundurulduğunda, özelleştirmeler kurtarıcı mekanizmalar olarak görülmüştür<sup>3</sup>. Ekonomik açıdan gelişmiş ülkeler tarafından ise gelişmemiş ülkelere farklı olarak geleceğe yönelik harcamaların en aza indirgenmesi amacıyla özelleştirme yoluna gidilmiştir.

Bu yönelim sonucunda özelleştirme ile devlet mülkiyetinde bulunan işletmelerin/ hizmetlerin mülkiyet haklarının özel sektöre devredilmesi ve dolayısıyla devletin söz konusu işletmenin bulunduğu sektörde daha çok denetleyici ve düzenleyici görevler üstendiği bir süreç başlamıştır<sup>4</sup>. Özel sektöre devredilen işletmenin yürüttüğü faaliyetler açısından piyasa ekonomisinde rekabetin oluşup oluşmadığı hususu çok önemlidir. Keza özelleştirme, “*kamu sektöründe piyasa mekanizmalarını tesis ederek, rekabet ortamı oluşturma*”yı da içerebilmektedir<sup>5</sup>. Bu kapsamda özelleştirmeler yoluyla etkin çalışmayan piyasalara müdahale edildiği gözlemlenmektedir.

<sup>2</sup> SEZGİN, Şennur: “Piyasa Ekonomisinin Şartları ve Özelleştirme”, *Akademik İncelemeler Dergisi*, 2010, Cilt:5, Sayı:2, s. 154- 171.

<sup>3</sup> MALKOÇ, Erdal: *Özelleştirme Ve Türk Telekom Örneği*, T.C. Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bankacılık Ve Finansman Doktora Programı, İstanbul, 2009.

<sup>4</sup> EMEK, Uğur: “Altyapı Hizmetlerinde Özelleştirme, Rekabet Ve Regülasyon”, *İktisat, İşletme ve Finans Dergisi*, 2001, Sayı:184, s. 42-53.

<sup>5</sup> ÖZEL, Mehmet: “Bir Yerelleşme Biçimi Olarak Özelleştirme, Rekabetle İlişkisi Ve Yerel Yönetimlerde Uygulamaları”, *Akademik Fener*, 2007, Cilt:5, Sayı:8, s. 59.



Aslında söz konusu müdahalelilerin hepsinin sebebi kamu çıkarlarının ön planda tutulması ve refahın arttırılmasıyken<sup>6</sup>; bazı sektörler/ hizmetler bazında devletin, piyasada rekabeti ortadan kaldıracak ve söz konusu sektör/ hizmetlerin özel sektör elinde tekel konumuna gelmesine sebebiyet verecek şekilde özelleştirme yaptığı da gözlemlenebilmektedir. Halihazırda devlet tekeli olan bir hizmetin özel sektöre devri söz konusu olduğu özelleştirmelerle de karşılaşmaktadır<sup>7</sup>. Bu durumlarda devletin düzenleyici ve denetleyici otoriteleri tarafından mercak altına alınmalı ve muhtemel piyasa aksaklıklarının önüne geçilmelidir.

Bu çalışmada ilk önce özelleştirme uygulamalarının çerçevesi çizilecek, ardından özelleştirme politikalarına rekabet politikaları penceresinden bakılarak özelleştirmede rekabet otoritelerinin konumu incelenecektir. Bu kapsamda Avrupa Birliği'nde ("AB") özelleştirmeler hususunda gündeme gelen rekabet düzenlemeleri incelenecek ve son olarak Türkiye özelinde özelleştirme- rekabet ilişkisi ele alınıp somut olaylar üzerinden inceleme yapılacaktır.

## I. ÖZELLEŞTİRME KAVRAMI VE SÜRECİNE GENEL BAKIŞ

Rekabet Kurulumu tarafından özelleştirme "*kamuya ait aktiflerin, kamu teşebbüslerinin ve faaliyetlerinin mülkiyet ve/veya kontrolünün muhtelif yöntemlerle özel teşebbüslere geçmesi*" olarak tanımlanmıştır.<sup>8</sup>

Özelleştirme 2000 yılındaki Devlet Planlama Teşkilatı ("DPT") Raporunda "*ekonomik aktivitelerde kamu sektörünün payını azaltan her türlü süreç*" olarak tanımlanmıştır<sup>9</sup>. Raporda özelleştirmenin; *kamu sektörü varlıklarının satışı, serbestleşme, imtiyaz sözleşmeleri* şeklinde üç ayrı unsurunun<sup>10</sup> bulunduğu ifade edilmektedir. İlk unsur ile o güne kadar devlet elinde faaliyet gösteren varlıkların özel piyasaya devredilmesi ortaya konmuştur. İkinci unsorda elektrik, telekomünikasyon,

<sup>6</sup> EGE, Yavuz: "Dünyadaki Uygulamalar Işığında Rekabet Politikası ve Özelleştirme", *Hazine Dergisi*, 2000, Cilt:1, Sayı:13, s. 67- 75.

<sup>7</sup> ATIYAS, İzak: *Perşembe Konferansları*, Rekabet Kurumu, Ankara, 1999, s. 49,

<sup>8</sup> Rekabet Kurumu: *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Ankara, 2019.

<sup>9</sup> Devlet Planlama Teşkilatı: *Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara, 2000, s. 21.

<sup>10</sup> Devlet Planlama Teşkilatı, 2000, s. 21.

su, ulaşım gibi doğal tekel niteliğindeki altyapı hizmetlerinin yürütüldüğü sektörlerde mevcut yasalar uyarınca serbestçe girilmesine imkân tanımayan yasakların devlet tarafından kaldırılarak belirli piyasalara girişler konusunda serbestlik tanınması durumu açıklanmıştır. Üçüncü unsurda ise özelleştirmenin farklı biçimlerde de karşımıza çıkabileceği ortaya konarak halihazırda kamu tarafından yürütülen bazı hizmetlerin imtiyaz sözleşmesi yapılmak suretiyle kâr, hasar ve zararı sektöre ait olacak şekilde; idarenin gözetimi ve denetimi altında özel sektöre yerine getirilmesini içermektedir<sup>11</sup>. Bu meyanda özelleştirme biçimleri arasında; sözleşme yoluyla başkasına yaptırma modelinin ve franchise sistemlerin de sayılabileceği ortaya konmaktadır<sup>12</sup>.

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'ne ("OECD") göre özelleştirme; *"hükümet veya devlet varlıklarının, teşebbüslerinin ve faaliyetlerinin mülkiyetinin ve kontrolünün özel sektöre devredilmesini"* ifade etmektedir<sup>13</sup>. Bu devir, yukarıda da belirtilen unsurlar temelinde hisselerin halka arzı, satışı veya doğrudan dağıtım şeklinde gerçekleşebilmektedir.

Literatürde özelleştirmenin temelinde siyasi sebeplerin var olduğunun yadsınamaz bir gerçek olduğu ifade edilse de geniş bir perspektiften bakıldığı zaman, özelleştirmenin temelinde devletin mali ve iktisadi sorunlarına çözüm üretmektir<sup>14</sup>. Keza özelleştirme ile devletin üzerindeki sorumluluk azalmakta ve özelleştirilen hizmetin verimliliği artmaktadır. Bunun sebebi, özel sektördeki aktörler, kendilerinden mal ve/veya hizmet satın alacak tüketiciler için sürekli bir rekabet halinde olmalarından kaynaklanır<sup>15</sup>. Farklı taleplere en uygun şekilde cevap vererek geniş bir yelpazede mal ve/veya hizmet sağlamak suretiyle tüketicilerin gereksinimlerini düşünerek hareket ederler. Bu meyanda söz konusu mal ve/veya

<sup>11</sup> Devlet Planlama Teşkilatı, 2000, s. 21

<sup>12</sup> TEMEL, Esmâ: "Özelleştirme Uygulamaları ve Rekabet Politikası" *Rekabet Kurumu*, Ankara 2012, s. 6.

<sup>13</sup> OECD: *Privatisation in the 21st Century: Recent Experiences of OECD Countries/ Report on Good Practices*, Fransa, 2009.

<sup>14</sup> ODABAŞ, Hakkı: "ABD Yerel Yönetimlerinde Alternatif Hizmet Sunma Yöntemleri: Özelleştirme", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 1997, Cilt:6, Sayı:4, s. 65-77.

<sup>15</sup> ÖZEL, 2007, s. 57- 81.

hizmetin kullanımı daha etkin hale getirilecektir. Özelleştirme yolunun tercih edilmesindeki temel sebeplerden biri de tam olarak budur: Özelleştirilen mal ve/veya hizmetin daha etkin hale gelmesi.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na ("ÖİB") göre özelleştirmenin temel amacı devletin işletmecilikten çekilmesinin sağlanması olup bu kapsamda özelleştirme ile devletin ekonomideki sınai ve ticari aktivitesinin en aza indirilmesi hedeflenirken, rekabete dayalı piyasa ekonomisinin oluşturulması, devlet bütçesi üzerindeki Kamu İktisadi Teşebbüsleri ("KİT") finansman yükünün azaltılması, sermaye piyasasının geliştirilmesi ve atıl tasarrufların ekonomiye kazandırılması, bu yolla elde edilecek kaynakların altyapı yatırımlarına yönlendirilmesi amaçlanmaktadır<sup>16</sup>.

Yukarıda bahsi geçen DPT Raporu'nda da buna paralel olarak, özelleştirmenin amacının piyasalarda rekabet yolu ile iktisadi etkinliği sağlamak olduğuna yer verilmiştir<sup>17</sup>. Bu doğrultuda özelleştirme ile elde edilmek istenen amaç yalnızca kamusal olarak verilen hizmetlerin özel sektöre devredilmesi değildir. Özelleştirme ile rekabete dayalı piyasanın önü de açılmak istenmektedir. Böylece özelleştirilen mal ve/veya hizmetin etkinliği ve piyasadan elde edilen verim artacaktır.

Bu kapsamda özelleştirme politikaları ile rekabet politikaları arasında sıkı bir ilişki olduğu yadsınamaz bir gerçektir.

## II. ÖZELLEŞTİRME POLİTİKALARI VE REKABET İLİŞKİSİ

Devlet tarafından özelleştirme politikaları belirlenirken ön planda tutulması gereken söz konusu özelleştirmenin neden ve/veya hangi hedefler ile yapıldığıdır. Bu hedefler genelde çok yönlü (politik, ekonomik, finansal, toplumsal, kültürel vb.) ve birbirini tamamlayıcı olur. Devletin, söz konusu hedefler arasında denge kurarak özelleştirme politikalarını belirlemesi gerekirken bazı durumlarda bu hedefler birbiriyle çatışır ve denge bozulur. Eğer hedefler arasında çatışma yoksa özelleştirme

<sup>16</sup> Özelleştirme İdaresi Başkanlığı: *Türkiye'de Özelleştirme*.

<sup>17</sup> Devlet Planlama Teşkilatı, 2000, s. 4.

politikası bu meyanda hazırlanacak; özelleştirme süreci tamamlandığında devletin de özel sektörün de özelleştirme ile ulaştığı çıktı paralel olacak, adeta kazan- kazan durumu söz konusu olacaktır. Fakat somut olayda karşılaşılan durumun genellikle bunun tam tersidir.

Çatışan hedeflerden i) *özelleştirilecek teşebbüsün mal hizmet sunduğu piyasada rekabetin sağlanması veya artırılması hedefi* ile ii) *devletin varlık satışından elde edeceği geliri maksimize etme hedefi* en sık rastlanandır<sup>18</sup>. Bu çatışmada devletin kısa vadede yüklü miktarda gelir etme hedefinin karşısında özelleştirme sonucunda söz konusu hizmetin sunulduğu pazarda rekabetçi bir piyasanın oluşturulması hedefi bulunmaktadır.

Rekabet düzenlemelerinin amacı rekabetçi bir piyasa yapısına, mevcut rekabet korunarak veya rekabetin olmadığı piyasalarda rekabet ortamı yaratılmak suretiyle ulaşılmasını amaçlamaktadır<sup>19</sup>. Rekabetçi bir piyasada sınırlı olan kaynaklardan sağlanan faydanın maksimize edilmeye çalışılması ve bu çabanın sonucu olarak da toplumdaki refah düzeyinin artması amaçlanmaktadır. Özelleştirmenin hedefinin rekabetçi piyasa olduğu özelleştirmelerde yukarıdaki çıktılar elde edilebilecektir.

Piyasada satıcıların birbiri ile yarış halinde olduğu, malın homojen olduğu, piyasanın şeffaf olduğu, piyasaya giriş- çıkışın serbest olduğu, piyasada bir malın farklı satıcılardan temin edilebiliyor olduğu ve bu mallar arasında fiyat farklılıklarının bulunduğu piyasalar tam rekabet piyasaları olarak adlandırılmaktadır<sup>20</sup>. Tam rekabet piyasasının özelliklerini gösteren piyasalarda özelleştirme söz konusuysa, özelleştirme sonucu oluşabilecek olumsuz durumların piyasa genelinde ve geniş perspektifte ülke ekonomisinde yaratacağı etkiler pekâlâ tem rekabet piyasasındaki diğer aktörler ve bu aktörlerin sunduğu mal ve/veya hizmetlerle ikame edilerek

<sup>18</sup> TEMEL, 2012, s. 8.

<sup>19</sup> EGE, 2000, s. 68.

<sup>20</sup> AKAL, Mustafa/ OLGUN, Mehmet Fırat: "Tam Rekabetçi Piyasa Deneyimleri Üzerine Bir Bakış", *Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 23, Sayı 1, s. 45-61.

giderilebilir. Fakat doğası gereği rekabete açık olan bir sektörün özel kişilere devri ile tekel haline getirilmesi<sup>21</sup> doğal tekel konumunda bulunan kamunun sunduğu hizmetlerin özel kişilere devri sonrası özel kişinin doğal tekel özelliğini kötüye kullanması gibi durumlar söz konusuysa tam rekabet piyasasında olduğu gibi ikame yöntemi yürütülemeyecektir.

Bahsedilen ilk duruma verilebilecek tek örnek Araç Muayene İstasyonlarında yapılan özelleştirme. Aslen rekabete açık olması gereken Araç Muayene İstasyonu işletmeciliği sektöründe; özelleştirme adı altında belli bir hizmet kapsamında bir özel teşebbüsün faaliyette bulunmasına izin verilmiştir<sup>22</sup>. Araç Muayene İstasyonlarının işletilmesinin özel sektör tarafından yapılabileceğine yönelik yapılan yasal hiçbir düzenlemede sektöre giriş engelinin mevcut olduğu veya araç muayenesi faaliyetinin tekel kısıtı getirilmek suretiyle özel sektöre devredileceği yer almamaktadır<sup>23</sup>. Buna rağmen Araç Muayenesi İşletmeciliği, normal şartlarda piyasa ekonomisinde rekabete açık olması gereken “araç muayenesi hizmetinin” özelleştirilmesinden beri, özel tekelinde yürütülmekte olup tam rekabetin sağlanabileceği bir sektörde adeta devlet eliyle hukuki tekel yaratılmıştır<sup>24</sup>. Görüleceği üzere, özelleştirilecek teşebbüs/ hizmetin bulunduğu sektörün rekabete açık bir sektör olup olmadığının değerlendirilmesi, özelleştirme politikalarının yorumlanması bakımından önemlidir.

Türkiye’de, normal şartlarda rekabete açık olması gereken bazı hizmetlerin tekeller tarafından yürütüldüğüne rastlanılabilmektedir<sup>25</sup>. Rekabetin pekâlâ açık olduğu fakat tekel tarafından yürütülen hizmetlerden biri demiryolu hizmetleridir. Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü (“TCDD”), Türkiye’deki demiryolu taşımacılığının düzenlenmesi, işletilmesi ve kontrol edilmesi

<sup>21</sup> ÇAL, Sedat: “Ekonomik Düzenleme (Regülasyon), Özelleştirme, İdare Hukuku ve Uluslararası Tahkim Matrisinde Değerlendirmeler”, *Sosyoekonomi*,2010, Cilt:13, Sayı:2, s. 66.

<sup>22</sup> ÇAL, ,2010, s. 66.

<sup>23</sup> ÇAL, Sedat: “Araç Muayene Hizmetlerinin “Özelleştirilmesi””, *Araştırma Makalesi*, 2008, Cilt: 57 Sayı:2, s. 80.

<sup>24</sup> ÇAL, Sedat: “Türkiye’de Kamu Hizmeti Ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü”, *Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği*, Ankara, Yayın Sıra No: 58, s. 80.

<sup>25</sup> EMEK, 2001, s. 46.

ile sorumlu olan ve demiryolu sektöründe faaliyet gösteren tek işletmecidir<sup>26</sup>. TCDD'nin ana statüsünün yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle; devletin tasarrufundaki demiryolu altyapısı faaliyetlerinin kendisine devredilen kısmı üzerinde işletmeci görevini tekel olarak yürütmekten sorumlu kılınmıştır<sup>27</sup>.

İkinci durum ölçek ekonomisi ile ortaya çıkan doğal tekellerin söz konusu olduğu piyasalarda görülmektedir<sup>28</sup>. Ölçek ekonomisinin söz konusu olduğu faaliyetlerde uzun vadede ancak faaliyetin tek bir teşebbüs elinde toplanması ile uzun vadede maliyette azalma meydana gelebilmektedir<sup>29</sup>. Bu faaliyetler çoğunlukla telekomünikasyon hizmetleri, elektrik, posta, havayolu, su, demiryolu vb.<sup>30</sup> altyapı hizmetleri arasında sayılabilmektedir. Çatışma da tam bu noktada çıkmaktadır. Özelleştirilene kadar devlet eliyle yapılan söz konusu tekel faaliyetler, özel sektöre aktarıldığında artık devletin doğal tekelinin yerini özel tekel almıştır<sup>31</sup> ve buna bağlı olarak piyasada aksaklıklar çıkabilmektedir.

Şu hâlde; özelleştirme politikası belirlenirken, özelleştirilecek mal ve/veya hizmeti sunacak teşebbüsün bulunduğu pazarın rekabet şartlarının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Keza rekabetçi bir piyasa ekonomisine katkı sağlanamayacak<sup>32</sup> ya da piyasadaki rekabet koruyamayacak bir işleme özelleştirme denmesi yerinde olmayacaktır.

<sup>26</sup> KABASAKAL, Ali/ SOLAK, Ali Osman: "Demiryolu Sektörünün Rekabete Açılması", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2009, Cilt:1, Sayı:25, s. 29.

<sup>27</sup> Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü Ana Statüsü, *Resmî Gazete*, Sayı: 29732, Tarih: 4 Haziran 2016.

<sup>28</sup> EconomicsOnline: Natural Monopolies (20 Ocak 2020) [https://www.economicsonline.co.uk/business\\_economics/natural\\_monopolies.html/#:~:text=Natural%20monopolies%20are%20common%20in,industries%20known%20as%20public%20Utilities.E.T.:12.11.2022](https://www.economicsonline.co.uk/business_economics/natural_monopolies.html/#:~:text=Natural%20monopolies%20are%20common%20in,industries%20known%20as%20public%20Utilities.E.T.:12.11.2022) .

<sup>29</sup> SEZGİN, 2010, s. 164.

<sup>30</sup> AKTAN, Coşkun Can: "Kamu Ekonomisinin Rolü Ve Fonksiyonlarının Piyasa Ekonomisine Devredilmesi: Özelleştirme", *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, 2010 Cilt:2, Sayı:1, s. 110.

<sup>31</sup> ATİYAS, 1999, s. 49.

<sup>32</sup> ÇAL, Sedat: "Ekonomik Düzenleme (Regülasyon), Özelleştirme, İdare Hukuku ve Uluslararası Tahkim Matrisinde Değerlendirmeler", *Sosyoekonomi*, 2010, Cilt:13, Sayı:2, s. 68.

## A. ALTYAPI HİZMETLERİNİN ÖZELLEŞTİRİLMESİ

Altyapı hizmetleri (“AYH”) uzun bir süre boyunca devlet eliyle yürütülmüştür. Çoğunlukla KİT tarafından görülen AYH’yi geçtiğimiz yıllarda verimin ve etkinliğin artırılması adına ya gerekli rekabet düzenlemeleri yapılarak rekabete açılmış ya da bağımsız düzenleyici kurumlar tarafından düzenleme ve denetime tabi şekilde doğal tekel olarak özel sektöre devredilmeye başlanmıştır<sup>33</sup>. Fakat yıllar içerisinde gerek devlet bütçesi ayrılması gerek ayrı fon oluşturulması olsun AYH’yi yürüten KİT’ler devlet için yük oluşturmaya başlamışlardır.

AYH doğası gereği doğal tekellerin varlığını zorunlu kılmaktadır. AYH’nin kamu yararı ile doğrudan ilişkisi olduğu göz önüne alındığında, buldukları sektörlerde sabit maliyetler ile hizmet sunulması ve/veya mal arzını sağlarken ölçek ekonomisinin yüksek olması bakımından doğal tekeller aracılığıyla yürütülmesi olağandır. Tabii ki bu noktada söz konusu doğal tekel konumunun oldukça dar olarak anlaşılması gerektiği unutulmamalıdır. AYH’nin doğal tekel niteliğinin temel amacı tüketicinin almış olduğu sabit hizmetten hiçbir zaman mahrum kalmamasını sağlamaktır. Keza bu noktada bahsedilen AYH’nin elektrik, su, doğal gaz, kanalizasyon gibi ağ sanayilerini kapsadığının altı çizilmelidir. Bu sektörlerin doğal tekel olmalarının dışında başka ortak özellikleri de mevcuttur. Yukarıda da değinildiği üzere bu hizmetler temelde kamu yararı ile ilişkilidir. Keza toplumsal refah adına tüketicilerin söz konusu AYH’yi kullanmaları gerekmektedir. Bir diğer ortak özellik ise söz konusu ağ sanayilerinin bulunduğu sektörlerde sermaye yoğunudur ve yüksek batık maliyet içermektedir<sup>34</sup>.

AYH’nin özelleştirilmesine getirilen eleştirilerden biri; temelde, AYH’nin tüketicieye daha etkin ve verimli bir şekilde hizmet sunulması amacıyla özelleştirilmesi gerekirken politik amaçlarla özelleştirmeler ile devletin altyapı sağlayıcı tesislerinin

<sup>33</sup> EMEK, Uğur: Posta Hizmetlerinin Serbestleşmesi- Özelleştire, Rekabet ve Regülasyon-“, *İktisadi Sektörler Ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler Ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı*, 2003.

<sup>34</sup> EMEK, 2013, s. 2.

yerli ya da yabancı sermayelere satılmasıdır<sup>35</sup>. Bir diğer eleştiri ise kar eden KİT'lerin özelleştirilmesinin ne amaçla olursa olsun yanlış olduğudur<sup>36</sup>.

AYH'nin özelleştirilmesi konusunda eleştiriye açık konulardan biri de özelleştirmenin sonrasında karşılaşılan; özel sektöre devralınan teşebbüsünün doğal tekel konumunu kötüye kullanabilecek olması<sup>37</sup> ihtimalidir. Özelleştirme ile doğal tekel haline gelen özel sektör aktörü mevcut konumunu kötüye kullanarak piyasada ekonomik dengeyi bozacak veya tüketici refahını olumsuz yönde etkileyecek fiyatlandırma politikası belirleyebilir. Halihazırda başka ürün/ hizmetle ikamesinin mümkün olmadığı AYH'nin tüketici tarafından kullanımı zaruri olduğu için tekelleri fiyatlamadan doğrudan etkileneceklerdir. Söz konusu olumsuz etkilerin önlenmesi ve/veya bertaraf edilebilmesi için düzenleyici ve denetleyici mekanizmaların devreye sokulması gerekmektedir.

## **B. ÖZELLEŞTİRMEDE REKABET OTORİTELERİNİN YERİ**

Yukarıda bahsedilen hedef çatışmasından da hatırlanacağı üzere; özelleştirme hedeflerinde bir tarafta devletin özelleştirme ile kısa vadede en yüksek geliri elde etme hedefi yer alırken diğer tarafta rekabetçi pazarların oluşturulması hedefi yer almaktaydı. Konu AYH'ler olduğunda yani devralınacak teşebbüs ve teşebbüsün sunduğu hizmet piyasada doğal tekel konumunda olduğunda bu hedefler genişlemektedir. Şu hâlde; teşebbüsü devralmak isteyen alıcıların özelleştirmeden sonra doğal tekel konumuna gelecekleri ve piyasa hakimiyetini kazanacakları düşüncesiyle hareket ederek teşebbüse daha fazla değer biçmeleri, devletin özelleştirme ile tek seferde yüksek gelir elde etme hedefini besleyecektir. Dolayısıyla bunun karşısında bağımsız rekabet otoriteleri tarafından; özelleştirme ile oluşturulmak istenen rekabetçi piyasasın düzenlenmesi, özelleştirme sürecinin denetlenmesi ve kamu tekelinin özel tekele dönüşmesini engelleyecek tedbirler alması<sup>38</sup> gerekmektedir.

<sup>35</sup> MALKOÇ, 2009, s. 139.

<sup>36</sup> MALKOÇ, 2009, s. 138.

<sup>37</sup> TEMEL, 2012, s. 20.

<sup>38</sup> TEMEL, 2012, s. 24.



Bunun yanı sıra bazı rekabete açık sektörler, kendi faaliyetlerini yürütebilmek için piyasadaki doğal tekellerin sunduğu hizmetlere ihtiyaç duymaktadır. Böyle durumlarda doğal tekelin piyasayı olumsuz etkileyecek davranışları veya rekabete açık sektördeki rekabeti kısıtlayıcı politikaları (Örn. fahiş fiyatlandırma) rekabete açık sektörü de etkileyerek o sektörde de piyasadaki rekabet dengesinin bozulmasına sebebiyet verebilmektedir. *Atiyas*<sup>39</sup> söz konusu durumu şu şekilde örneklendirmektedir; rekabete açık bir sektör olan elektrik üretim sektöründeki aktörlerin ürettikleri elektriği tüketiciye ulaştırabilmeleri için elektrik iletim açısından faydalanmaları gerekmektedir. Elektrik iletim ağı piyasada doğal tekeli olduğu için ileti ağının rekabeti kısıtlayıcı davranışları yalnızca kendi sektörünü etkilemeyecektir. Aynı zamanda elektrik üretim sektörünün sunduğu hizmeti de etkileyecek ve günün sonunda bu olumsuz durum tüketiciye yansımayaacaktır.

Rekabet otoritelerinin rolü tam da bu noktada önem arz etmektedir. Düzenlemeler ile belirlenen standartların şeffaf ve ayrımcı olmamasını ve hizmet sağlayıcılar arasındaki rekabeti gereksiz yere kısıtlamamasını sağlamaya yardımcı olmaktadır<sup>40</sup>.

Bu kapsamda rekabet otoritelerinin özelleştirilen AYH'nin fiyatlandırma ve tüketiciler arasında dağılım etkinliğini sağlamak ile en düşük maliyetle arzını ifade eden maliyet verimliliğini sağlamak hedefleriyle<sup>41</sup> birtakım düzenlemeler yapması gerekmektedir. Bu hedeflerin yanında düzenlemelerin AYH'nin maliyetini karşılayıp karşılayamayacağına bakılmaksızın bütün tüketicilere ulaşacak evrensel nitelikte olmasını sağlamak gibi toplumsal hedefleri de barındırması gerekir. Bunun yanı sıra özel sektörden yatırımcıları söz konusu sektöre çekebilmek adına; düzenlemelerin ve

<sup>39</sup> ATİYAS, 1999, s. 50.

<sup>40</sup> OECD: A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy: The International Bank for Reconstruction and Development/ THE WORLD BANK and the Organisation for Economic Co-operation and Development, Fransa, 2019, s. 39 <https://www.oecd.org/regreform/sectors/aframeworkforthedesignandimplementationofcompetitionlawandpolicy.htm> E.T.:16.01.2023.

<sup>41</sup> ATİYAS, 1999, s. 51.

bu düzenlemelere paralel olarak özelleştirme politikalarının istikrarlı olduğu ve adil olmayan biçimde değiştirilmeyeceğine ilişkin taahhüt içermesi<sup>42</sup> de gerekmektedir.

Rekabet otoritelerinin özelleştirmedeki hedeflerini uygulayabilmeleri için özelleştirme süreçleriyle bir şekilde ilişki halinde olmaları öngörülmektedir. Bazı ülkelerde rekabet otoriteleri süreçlere doğrudan katılırken bazılarında özelleştirmenin rekabet otoritelerine bildirilmekle yetinildiği gözlemlenmektedir. Brezilya’da rekabet otoriteleri özelleştirmenin planlama aşamasında uygulanacak prosedür ve özelleştirilecek varlıkların belirlenmesi hususunda rol oynamazken; özel tekellerin oluşumunun önlenmesi ve ihalelerle girişin teşvik edilmesi noktasında rol alabilmektedir; Avustralya ve Yeni Zelanda da ise rekabet otoriteleri tekel onumundaki teşebbüslerin özelleştirilmesinde rol almamaktadır; Bulgaristan rekabet otoritelerinin KİT’lerin özelleştirilmesi hususunda görüş bildirme yetkisi mevcuttur; son olarak Türkiye’de Rekabet Kurumu (“RK”) genel hatlarıyla, özelleştirilecek teşebbüsün belirli pazar payı veya ciro eşiklerini aşması veya yasal tekele sahip olması veya özel şirketlere tanınmayan kanuni veya fiili imtiyazlardan yararlanması durumunda ihalenin kamuya duyurulmasından önce görüş bildirme yetkisine sahiptir<sup>43</sup>.

Bu kapsamda Türkiye’de Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ<sup>44</sup> ile, Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun uyarınca, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı veya diğer kamu kurum veya kuruluşlarınca gerçekleştirilecek devirlerin hukuki geçerlilik

<sup>42</sup> ATİYAS, 1999, s. 52.

<sup>43</sup> The Unilateral Conduct Working Group: INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK/ Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State- Created Monopolies (Moscow, May 2007), 2007, s.77-79 <https://centrodecdec.files.wordpress.com/2015/07/report-on-the-objectives-of-uc-laws-assessment-of-dominance-2007.pdf> E.T.:20.01.2023.

<sup>44</sup> Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde Ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2013/2), *Resmî Gazete*, Sayı:31870, Tarih:18 Haziran 2022 <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/ozellestirme-yoluyla-devralmalarin-hukuk-44a7a1b469f1ec11a2240050568595ba> E.T.:16.01.2023.

kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna yapılacak ön bildirimlerde ve izin başvurularında takip edilecek usul ve esasları belirlemektir.

### **C. TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME VE REKABET İLİŞKİSİ**

Türkiye'de bazı AYH'in doğa tekel niteliğinde olduğunu, son zamanlarda devlet elinde olan bu gibi hizmetlerin özel sektöre devredilmesiyle devlet tekelinin yerini özel sektörün alması ve bu meyanda hizmeti sunacak özel sektörün doğal tekel konumunu kullanarak aşırı yüksek fiyat uygulaması gibi piyasaya olumsuz etki doğurabilecek birtakım politikalar yürütebileceğinden bahsedilmişti. Hal böyleyken; rekabet otoritelerinin denetleyici, düzenleyici ve önleyici uygulamalar geliştirerek özelleştirme sürecinde yer alması gerektiği de açıklanmıştı.

Bu kapsamda Türkiye'de bugüne kadar birçok AYH ya tamamen ya bir kısmı özel sektöre açılmak suretiyle özelleştirilmiştir. Bun özelleştirmeler arasında Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin ("Türk Telekom") ve Milli Piyango'nun özelleştirilmesi konularının ayrıca incelenmesi yerinde olacaktır.

#### **1. Türk Telekom'un Özelleştirilmesi**

20.yüzyılın sonlarına doğru dünya çapında teknolojinin hızlı gelişime paralel olarak Telekomünikasyon sektöründe de yoğun bir rekabet ortamı oluşmuştur. Türkiye'de bu rekabet ortamından faydalanmak için devlet mülkiyetinde tekel konumunda faaliyet yürüten Türk Telekom'un özelleştirilmesi yoluna giderek<sup>45</sup> ülkede yeni bir rekabet piyasası oluşturmak istemiştir. Tüm dünyada o dönemlerde yakın bir yol izlenmiş ve telekomünikasyon sektörleri özel sektörden yatırım almak, yeni teknoloji ve sunuculara kucak açmak amacıyla özelleştirilmiş böylece çoğu doğal tekeli piyasa rekabetçi piyasaya evrilmiştir.

. Türk Telekom'un özelleştirilebilmesi ve rekabete açılmasına yönelik girişimler 1990'lı yıllarında başlamış olup 2004 yılında şirket hisselerinin %55'inin blok olarak satılması yönünde çıkan 2004/7931 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile ihale sürecine geçilmiştir. İhale Rekabet Kurulu'ndan geçerek, 14 Kasım 2005 tarihinde,

<sup>45</sup> MALKOÇ, 2009.

özelleştirilme çalışmaları tamamlanmış, % 55'lik blok hisse Oger Ortak Girişim Grubu'na devredilmiştir Akabinde 2008 yılında kalan sermayesinin % 15'ine karşılık gelen ve hazineye ait olan 525 milyon TL nominal değerli kısmı halka arz edilmiştir<sup>46</sup>. O güne kadar hiçbir KİT'in özelleştirme sürecin bu kadar uzun sürdüğü ve tartışmalı geçtiği görüşmemiştir<sup>47</sup>.

Türk Telekom dünyadaki dış veya iç kredi kullanmayan, hiç borcu bulunmayan, tamimiyle devletin öz kaynakları ile yürütülen<sup>48</sup> ve en çok kar elde eden kamu işletmelerinden nadir operatörlerden biriyken özelleştirilmiştir. Şirketin zararda olması ve tüketicilerin bu durumdan etkilenecek telekomünikasyon hizmetinin arzında problem yaşanması söz konusu olsa şirketin özel sektöre açılması konusunda bunca tartışma belki de çıkmayacaktı. Oysa Türk Telekom bunun tersine sürekli kar halinde olan, çok sayıda istihdam alanı oluşturan ve hatta yeni özel aktörlerin telekomünikasyon sektörüne girmesi konusunda altyapı, teknik bilgi ve deneyim aktarma<sup>49</sup> noktasında üçüncü kişilere de fayda sağlayan bir şirketti.

Türk Telekom'un özelleştirmesini bu kadar özel kılan diğer bir husus da ihale bedellerinin çok yüksek olmasından kaynaklanmaktadır. *Kalaycı* <sup>50</sup> tarafından yapılan incelemeye göre ihalelerde çoğunlukla en yüksek özelleştirme bedellerinin gözlemlendiği köprü ve otoyollar sektörü bedelleri ile Tüpraş'ın özelleştirme bedelini geçmektedir.

Türk Telekom'un özelleştirilmesi birçok farklı boyutta sonuç meydana getirmiştir. Stratejik bir sektörde faaliyet gösteren Türk Telekom'un özelleştirme sonucunda en büyük ortağı özel yabancı sermaye olduğu ve böylece Türkiye, küresel sermayenin ilgi odağı haline geldiği için olumlu çıktı elde edildiği öne sürülürken; hisselerin çoğunun yabancı sermaye elinde olmasının telekomünikasyon sektöründe

<sup>46</sup> MALKOÇ, 2009, s.183

<sup>47</sup> KALAYCI, İrfan: "Üstü Kar– Altı Buz: Türk Telekom'un Özelleştirilmesi Olayı", *Journal of Life Economics*, Cilt: 5, Sayı: 3, s. 4.

<sup>48</sup> KÖKSAL, Fazlı: "Türk Telekom'un Özelleştirilmesi (Bir "Talan" Hikayesi)", *Telekomcular Derneği*, 2016, Sayı:2, s. 10.

<sup>49</sup> KALAYCI, 2018, s. 4.

<sup>50</sup> KALAYCI, 2018, s. 5.

yeni sömürgecilere kapı açtığı ve bu durumun Türkiye'nin ekonomik bağımsızlığını tehlikeye düşürdüğü de öne sürülmektedir. Bunlar Türkiye'nin stratejik coğrafik konumundan kaynaklanan sonuçlardır. Özelleştirmeden sonra yüksek maliyetlerini düşürmek amacıyla özel sektör elindeki Türk Telekom personel indirimine gitmiş ve düşük ücretlerle işe alım yapmıştır ki, bu durum özelleştirmeden önce telekomünikasyon sektöründe arttırılmış olan istihdam yelpazesinin daralmasına ve nihayetinde emek sömürüsüne yol açmıştır. Bu da Türk Telekom'un özelleştirilmesinin toplumda üretim-tüketim ilişkileri ve maddi refah dağılımı noktasında ortaya çıkan sonuçlardan biridir.<sup>51</sup>

Gelinen aşamada tartışılması gereken husus, devletin Türk Telekom'u özelleştirirken ulaşmak istediği hedef ile telekomünikasyon sektörünün rekabete açılması hedefinin çatışan hedefler dengesinin kurulup kurulmadığıdır. Türk Telekom'un özelleştirilmesi ile devlet aslında dengenin kurulduğunu ve bu özelleştirme ile iki hedefin de başarıya ulaşacağını savunmuş; devletin kısa vadede yüksek gelir elde edeceği ve aynı zamanda söz konusu özelleştirmenin sektöre kâr ve verimlilik sağlayacağını savunarak hareket etmiştir. Keza bunlar bir noktada doğru çıkmıştır. Devlet gerçekten de kısa vadede o zamana kadar hiçbir özelleştirmede görülmeyen yüksek ihale bedeli ile karşılaşmışlardır. Fakat kâr elde eden; maliyetleri düşürerek, personel indirimlerine giderek ve istihdam düzeyini daraltarak kendi verimini düşüren Özelleştirilmiş Türk Telekom'dur<sup>52</sup>.

## 2. Milli Piyango'nun Özelleştirilmesi

Türkiye'de Milli Piyango'nun tarihi Osmanlı Dönemine kadar uzanmaktadır. Osmanlı Döneminde kura usulünün uygulandığı piyangolar varken; piyango uygulamaları ancak 1939 yılında Milli Piyango İdaresinin ("MPİ") kurulmasıyla tam anlamıyla hukuki resmiyet kazanmıştır.

<sup>51</sup> KALAYCI, 2018, s. 12: Bkz. "Tablo 3. TT'nin ve özelleştirilmesinin güçlü, zayıf, fırsatçı, tehlikeli yönü (GZFT)".

<sup>52</sup> KALAYCI, 2018, s. 15.

Milli Piyango İdaresince yapılan piyango çekilişlerinden elde edilen gelirler çeşitli yollarla kamuya aktarılmıştır. 2007 yılında yürürlüğe giren 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun uyarınca MPİ'nin üçer aylık dönemler itibariyle oluşan kârını Maliye Bakanlığı'na, çeşitli kurum ve kuruluşlara dağıtılmak üzere aktarılması gerekmektedir<sup>53</sup>. Bu kurum ve kuruluşlar Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Savunma Sanayi Destekleme Fonu, Türk Hava Kuvvetleri gibi geniş yelpazede birçok kurum ve kuruluş bulunmaktadır.

Kamu aktarımlarının yanı sıra MPİ tarafından yapılan birçok sosyal sorumluluk projesi katkısı da mevcuttur. MPİ 2013 Yılı Faaliyet Raporunda<sup>54</sup> Toplumsal Katkılar başlığı altında “Engelli vatandaşlar için yaptırılan tekerlekli sandalyelerin ihtiyacı olan kurum ve kişilere dağıtılması, beyaz baston ve yazı takımı (Brille Alfabesi) satır kilitli kalem dağıtımı yapılması; Sanatçılara destek olunarak sergiler açılması ve eserleri sergilenen sanatçıların açılış kokteylleri, davetiye basım ve dağıtım giderlerinin karşılanması; Yapıldıkları yörelere ekonomik, sosyal ve kültürel katkı sağlamak amacıyla çeşitli il ve ilçelerde piyango çekilişleri gerçekleştirilmesi; Çeşitli il ve ilçelerde okullar ve lojmanların yapılması gibi faaliyetler söz konusu olmuştur. Nitekim 1990 yılından bugüne kadar 3 adet rehabilitasyon merkezi, 9 adet yurt, 33 adet okul ve 348 adet öğretmenler için apart konut yaptırılarak hizmete açılmış ve bunlar kurum tarafından çağdaş eğitim ve konaklamanın gerektirdiği yüksek standartlara uygun olarak donatılmıştır. Öğretmenler için 348 adet apart konut yapılmıştır.” Gibi birçok sosyal sorumluluk faaliyeti yürütüldüğü de görülebilmektedir.

Hal böyle de olsa; 15 Temmuz 2014 tarihinde daha önceleri denen fakat başarılı olunamayan MPİ özelleştirmelerine başlanmış; MPİ'ye ait şans oyunlarının

<sup>53</sup> Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Resmi Gazete, Sayı:26469, Tarih:21 Mart 2007: Madde 7 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/03/20070321-1.htm> E.T.:20.01.2023.

<sup>54</sup> Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü: Milli Piyango İdaresi 2013 Yılı Faaliyet Raporu (Ankara, 2013), s.53-61 [https://www.mpi.gov.tr/files/faaliyet\\_2013.pdf](https://www.mpi.gov.tr/files/faaliyet_2013.pdf), E.T.:24.12.2022.

lisansının 10 yıl süreyle özelleştirilmesine ilişkin Rekabet Kurumu, lisans hakkı devri işlemine isin vermiş; ihalede lisans hakkı en yüksek teklifi 2 milyar 755 milyon dolarla Net Şans-Hitay Ortak Girişim Grubu'na verilmiştir<sup>55</sup>. Lisans hakkı verilenler, lisans süresi boyunca her sene elde ettiği getirinin %25; brütü üzerinden de %28 pay verilmesine karar verilmiştir. Bu orana lisans sahibinin yapacağı işletmesel, yatırımsal ve finansmansal giderlerinin; satış komisyonlarının, ikramiye ödeme primlerinin vb. de dahil edilmekte; buna karşılık MPI'ne ait yazılım ve oyun talimatları özelleştirmeye dahil edilmemekte<sup>56</sup> verilen lisansın kapsamında yer almamaktadır. Lisans hakkı verilenler, halihazırda piyasada olan MPI tarafından sunulmuş oyunları oynatabilecek aynı zamanda da piyasaya yeni oyunlar sürebilecektir. Bu kapsamda mevcut oyunların oynatılması ve yeni oyunlar sürülmesi sürecinde lisans sahibi, MPI tarafından denetlenecektir.

Gelirleri birçok farklı alanda fayda sağlayan Milli Piyango uygulamalarının özelleştirilmesi kapsamında lisans sahibinin kendisine verilen lisans hakkının kullanımından elde edeceği gelir ile özelleştirme ihalesinde devlete yapmış olduğu ödeme arasında dengesizlik mevcuttur. Son dönemlerde internet ve mobil cihaz kullanımındaki artış göz önüne alındığına; sayısal loto, şans topu ve 10 numara gibi oyunların<sup>57</sup> da online platformlar veya mobil cihazlar üzerinden oynatabileceği ve bu faaliyetten elde edilecek getirinin de her geçen yıl artış gösterdiği açıkça ortadadır. Bu bağlamda lisans sahibinin özelleştirme ihalesinde ödediği bedelin, 10 yıllık lisans süresi boyunca elde edeceği gelirle kapatılacağı ve hatta daha fazla gelir sağlayacağı düşünülmektedir<sup>58</sup>.

MPI piyasada tekel olduğu için lisans süresi boyunca lisans sahibinin elde ettiği gelir doğrudan özel sektöre aktarılmaktadır. Şu hâlde; özelleştirmenin ile serbest piyasanın önünün açılması ve rekabetin arttırılması amaçlarına hizmet etmemekte,

<sup>55</sup> UĞUR, Alparslan: “Kamusal Finansman Açısından Devlet Piyango Kurumlarının Analizi: Özelleştirme Sürecinde Milli Piyango İdaresi'nin Değerlendirilmesi”, *Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2015, Cilt:11, Sayı:2, s. 15.

<sup>56</sup> UĞUR, 2015, s. 16.

<sup>57</sup> UĞUR, 2015, s. 20.

<sup>58</sup> UĞUR, 2015, s. 20.

aksine gelecekte elde edilecek gelirler özelleştirme ile belli bir bedel karşılığında doğrudan lisans sahibine devredilmektedir. Bunun yanı sıra MPİ şans oyunları sektöründe yıllardır şaibesiz ve güvenilir hizmet sunmaktayken; özelleştirmeler sonrasında lisans oyunlarına aynı derecede güvenilmemekte ve şaibesiz yürütülüp yürütülmediği konusunda toplumda şüphe bulunmaktadır<sup>59</sup>. Bunun sebebi de pekâlâ bu hizmetin özel sektörce yürütülüyor olmasından kaynaklanmaktadır. Eğer söz konusu şüphe devam eder veya büyürse; şans oyunları sektöründe dengesizlik oluşacak ve gelirler büyük ölçüde azalacaktır. Yine özel sektör devrinden kaynaklı olarak ortaya atılan eleştirilerden biri de ödemeler ile ilgilidir. Özelleştirme öncesi devlet eliyle şans oyunları ödemeleri gerçekleştirildiği için toplumda bu yönde bir belirsizlik oluşmamaktadır. Fakat mevcut durumda, ödemelerde devlet garantisi olup olmadığı ya da lisans sahibinin şirketinin iflası<sup>60</sup> gibi durumlar söz konusu olduğunda ödemelerin kim tarafından, tam ve zamanında nasıl gerçekleştirileceği konusu belirsizliğe mahal vermektedir.

MPİ'nin özelleştirilmesi konusunda halen ciddi açıklar ve belirsizlikler mevcuttur. MPİ özelleştirmelerinde; özü gereği güven vermesi gereken ve toplum tarafından şaibesiz oluşuna ilişkin şüphe bulunmaması gereken piyango uygulamalarının lisans hakkının, sonradan miktarı fazlasıyla kapatılacak bir bedel karşılığı özel sektöre devredilmesi ve bu sürecin denetimden uzak kalması durumu söz konusudur. Bunun yerine piyasaya daha fazla girişimcinin girmesine olanak sağlayacak düzenlemeler yaparak etkinliğin ve rekabetin artırılmasına yönelik özelleştirmeler yapılması yerinde olacaktır<sup>61</sup>.

## SONUÇ

Özelleştirmelerin yapılmasının sebebi kamu çıkarlarının ön planda tutulması ve refahın artırılmasıdır. Bu amaçla genel bir çerçeve çizilse de özelleştirmenin neden yapıldığına yönelik çoğunlukla karşımıza devletin kısa vadede yüklü miktarda gelir elde etme hedefi ile piyasanın rekabete açılması/ mevcut rekabetin artırılması

<sup>59</sup> UĞUR, 2015, s. 21.

<sup>60</sup> UĞUR, 2015, s. 21.

<sup>61</sup> UĞUR, 2015, s. 23.



çatışması çıkmaktadır. Bu çatışmada, dengeyi ulusal rekabet otoritelerinin göz etmesi önem arz etmektedir.

Özellikle devlet tekeliyle yürütülmekte olan birtakım AYH'nin özelleştirilerek özel sektöre arzı noktasında dikkat edilmesi gereken husu bu hizmetlerin nitelikleri gereği doğal tekeller olmalarıdır. Özelleştirme kapsamında özel sektör eliyle görülmeye başlayan bu hizmetlerde; teşebbüsün doğal tekeller konumunu kötüye kullanarak fahiş fiyatlandırma ya da sektörün rekabete açılmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Keza bu hizmetler toplumdaki tüketiciler tarafından arzı zaruri hizmetler olup başka bir mal/ hizmetle ikamesi mümkün değildir. Söz konusu olumsuz davranışlarda yalnızca tüketiciler değil aynı zamanda üçüncü kişiler de etkilenebilmektedir. Bazı rekabete açık sektörler, kendi faaliyetlerini yürütebilmek için piyasadaki doğal tekellerin sunduğu hizmetlere ihtiyaç duymaktadır. Böyle durumlarda doğal tekellerin piyasayı olumsuz etkileyecek davranışları veya rekabete açık sektördeki rekabeti kısıtlayıcı politikaları üçüncü kişilerin kendi hizmetlerinin yürütülmesini de olumsuz etkileyecektir.

Bu ihtimallere rağmen özelleştirme yapılan bazı AYH'nde ne yazık ki problemlerle karşılaşmaktadır. Bunlardan birisi Türk Telekom'un özelleştirilmesidir. Özelleştirmeden önce Türkiye'de telekomünikasyon piyasasının başını çeken, hiçbir kredi veya vergi borcu bulunmayan, geniş yelpazede istihdam imkânı sunan Türk Telekom, aşamalı şekilde uzun süren tartışmalar sonucunda özelleştirilmiştir. Bu kapsamda devlet bu özelleştirme ile kısa vadede yüklü miktar getir elde etme hedefine ulaşmışken, Türk Telekom'u devralan özel sektör aktörünün istihdam yelpazesini daraltması, maliyetin düşürülmesi ve personel indirimleriyle kendi verimini düşürmüştür.

Özelleştirme öncesinde MPİ dolayısıyla devlet eliyle yürütülen piyango uygulamaları özelleştirme sonrası 10 yıllık süreyle lisans sahibi olarak adlandırılan özel sektör aktörüne devredilmiştir. Piyango uygulamalarının niteliği gereği hem güvenilir olması hem de şaibeye yer vermemesi gerekmektedir. Bu özelleştirmede en çok tartışılan konu, piyango uygulamalarının lisans hakkının özel sektöre devri ile toplumda oyunların şaibesiz olmadığı, özemelerin tam ve zamanında yapılamayacağı, ödemelerin kim tarafından yapılacağı hususlarıdır. Bu noktada piyasaya girişlerin önü açılarak piyango oyunları alanında da rekabeti artırılması gerekmektedir.

**KAYNAKÇA**

- AKAL, Mustafa/ OLGUN, Mehmet Fırat: “Tam Rekabetçi Piyasa Deneyimleri Üzerine Bir Bakış”, *Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*,2021, Cilt 23, Sayı 1, s. 45-61.
- AKTAN, Coşkun Can: “KAMU EKONOMİSİNİN ROLÜ VE FONKSİYONLARININ PİYASA EKONOMİSİNE DEVREDİLMESİ: ÖZELLEŞTİRME”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, 2010 Cilt:2, Sayı:1, s.101-119.
- Ankara Üniversitesi: Tam Rekabet ve Monopol Piyasaları” , [https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/60564/mod\\_resource/content/0/6.%20Tam%20Rekabet%20ve%20Monopol%20Piyasalar%C4%B1.pdf](https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/60564/mod_resource/content/0/6.%20Tam%20Rekabet%20ve%20Monopol%20Piyasalar%C4%B1.pdf)  
E.T. 25.12.2022.
- ATİYAS, İzak: *Perşembe Konferansları*, Rekabet Kurumu, Ankara, 1999, s. 49-76, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyyn83.pdf> , E.T.:12.11.2022
- ÇAL, Sedat: “ARAÇ MUAYENE HİZMETLERİNİN "ÖZELLEŞTİRİLMESİ"”, *Araştırma Makalesi*, 2008, Cilt: 57 Sayı:2, s. 63-114.
- ÇAL, Sedat: “TÜRKİYE’DE KAMU HİZMETİ ve İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ”, *Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği*, Ankara, Yayın Sıra No: 58, <https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/SCal-DonusumOykusu.pdf>  
E.T.:12.11.2022
- ÇAL, Sedat: “Ekonomik Düzenleme (Regülasyon), Özelleştirme, İdare Hukuku ve Uluslararası Tahkim Matrisinde Değerlendirmeler”, *Sosyoekonomi*,2010, Cilt:13, Sayı:2, s. 59-80.
- Devlet Planlama Teşkilatı: Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2000 <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Sekizinci-Bes-Yillik-Kalkinma-Plani-Rekabet-Hukuku-ve-Politikaları-OIK-Raporu.pdf>  
E.T.:12.01.2023
- EconomicsOnline: Natural Monopolies (20 Ocak 2020) [https://www.economicsonline.co.uk/business\\_economics/natural\\_monopoli](https://www.economicsonline.co.uk/business_economics/natural_monopoli)

- es.html/#:~:text=Natural%20monopolies%20are%20common%20in,industries%20known%20as%20public%20utilities. E.T.:12.11.2022
- EGE, Yavuz: “Dünyadaki Uygulamalar Işığında Rekabet Politikası ve Özelleştirme”, *Hazine Dergisi*, 2000, Cilt:1, Sayı:13, s. 67- 75.
- EMEK, Uğur: “Altyapı Hizmetlerinde Özelleştirme, Rekabet Ve Regülasyon”, *İktisat, İşletme ve Finans Dergisi*, 2001, Sayı:184, s. 42-53.
- EMEK, Uğur: Posta Hizmetlerinin Serbestleşmesi- Özelleştirme, Rekabet ve Regülasyon-“, *İktisadi Sektörler Ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler Ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı*, 2003, Yayın No DPT: 2672, [https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Posta\\_Hizmetlerinin\\_Serbestlestirilmesi\\_Ozellestirme\\_Rekabet\\_ve\\_Regulasyon.pdf](https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Posta_Hizmetlerinin_Serbestlestirilmesi_Ozellestirme_Rekabet_ve_Regulasyon.pdf) E.T.:12.11.2022
- KABASAKAL, Ali/ SOLAK, Ali Osman: “Demiryolu Sektörünün Rekabete Açılması”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2009, Cilt:1, Sayı:25, s. 27-34.
- KALAYCI, İrfan: “Üstü Kar – Altı Buz: Türk Telekom’un Özelleştirilmesi Olayı”, *Journal of Life Economics*,2018, Cilt:5, Sayı:3, s. 1-18.
- KÖKSAL, Fazlı: “Türk Telekom'un Özelleştirilmesi (Bir "Talan" Hikayesi)”, *Telekomcular Derneği*, 2016, Sayı:2 <https://docplayer.biz.tr/3922238-Turk-telekom-un-ozellestirilmesi.html> E.T.:20.01.2023
- MALKOÇ, Erdal: *Özelleştirme Ve Türk Telekom Örneği*, T.C. Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bankacılık Ve Finansman Doktora Programı, İstanbul, 2009 <http://academicrepository.khas.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12469/1865/0050068ErdalMalkoc.pdf?sequence=1> E.T.:20.01.2023
- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü: Milli Piyango İdaresi 2013 Yılı Faaliyet Raporu (Ankara, 2013), 2013 [https://www.mpi.gov.tr/files/faaliyet\\_2013.pdf](https://www.mpi.gov.tr/files/faaliyet_2013.pdf) E.T.:24.12.2022

- ODABAŞ, Hakkı: “ABD Yerel Yönetimlerinde Alternatif Hizmet Sunma Yöntemleri: Özelleştirme”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 1997, Cilt:6, Sayı:4, s. 65-77.
- OECD: A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy: The International Bank for Reconstruction and Development/ THE WORLD BANK and the Organisation for Economic Co-operation and Development, Fransa, 2019  
<https://www.oecd.org/regreform/sectors/aframeworkforthedesignandimplementationofcompetitionlawandpolicy.htm> E.T.: 16.01.2023
- OECD: Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, 2002  
<https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> E.T.: 25.12.2022.
- OECD: Methodologies to Measure Market Competition, 2021  
<https://www.oecd.org/daf/competition/methodologies-to-measure-market-competition-2021.pdf> E.T.: 25.12.2022.
- OECD: Privatisation in the 21st Century: Recent Experiences of OECD Countries/ Report on Good Practices, Fransa, 2009  
<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48476423.pdf> E.T.: 16.01.2023.
- ÖZEL, Mehmet: “Bir Yerelleşme Biçimi Olarak Özelleştirme, Rekabetle İlişkisi Ve Yerel Yönetimlerde Uygulamaları”, *Akademik Fener*, 2007, Cilt:5, Sayı:8, s. 57- 81.
- Özelleştirme İdaresi Başkanlığı: *Türkiye’de Özelleştirme*  
<https://www.oib.gov.tr/turkiyede-ozellestirme> E.T.: 12.01.2023.
- Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde Ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2013/2), *Resmi Gazete*, Sayı:31870, Tarih:18 Haziran 2022  
<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/ozellestirme-yoluyla-devralmalarin-hukuk-44a7a1b469f1ec11a2240050568595ba> E.T.:16.01.2023.

- Rekabet Kurumu: Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara, 2019, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf> E.T.:12.11.2022.
- Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun, *Resmi Gazete*, Sayı:26469, Tarih:21 Mart 2007.
- SEZGİN, Şennur: "Piyasa Ekonomisinin Şartları ve Özelleştirme", *Akademik İncelemeler Dergisi*, 2010, Cilt: 5, Sayı: 2, s. 154- 171.
- TEMEL, Esmâ: "Özelleştirme Uygulamaları ve Rekabet Politikası" *Rekabet Kurumu*, (Ankara 2012), 2012 <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/134-pdf> E.T.:16.01.2023.
- The Unilateral Conduct Working Group: INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK/ Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State- Created Monopolies (Moscow, May 2007), 2007 ICN. <https://centrodec.files.wordpress.com/2015/07/report-on-the-objectives-of-uc-laws-assessment-of-dominance-2007.pdf> E.T.: 20.01.2023.
- Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü Ana Statüsü, *Resmi Gazete*, Sayı: 29732, Tarih: 4 Haziran 2016 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/06/20160604-2.htm> E.T.: 20.01.2023.
- UĞUR, Alparslan: "Kamusal Finansman Açısından Devlet Piyango Kurumlarının Analizi: Özelleştirme Sürecinde Milli Piyango İdaresi'nin Değerlendirilmesi", *Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2015, Cilt:11, Sayı:2, s. 1-24 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/528492> E.T: 20.01.2023.



## Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyeti Devletine Mustafa Kemal Atatürk ile Hukuk

Av. Halil ŞEN\*

### Öz

Osmanlı Devleti hukuk sistemi; şer'i hukuk ve örfi hukuk olmak üzere ikili bir yapıya sahip olmakla birlikte birden fazla farklı türde mahkeme ile adalet işleri yürütülmekteydi. Dönem dönem yenilik girişimleri denenmiş Osmanlı Devleti hukuk sistemi, meşruyetini kaybederek güncelliğini yitirmişti. Mustafa Kemal Atatürk, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni kurmasına müteakiben namus, reayasının ihtiyaçlarına cevap veremeyen, yeknesaklıktan uzak, yoruma açık, istismara müsait ve güven vermeyen Osmanlı Devleti hukuk sistemini; Batı'dan mevzuat iktibas etmek suretiyle ulus-üniter anlayışa sahip Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin cumhuriyetçi, laik, halkçı, milliyetçi, inkılapçı ve devletçi ilkeleri kılavuzluğunda muasır bir seviyeye çıkarmıştı. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurulduğu günden itibaren Mustafa Kemal Atatürk tarafından her alanda gerçekleştirilen tüm devrimlerin bir sentezi niteline sahip olan hukuk devrimi yine her alanda gerçekleştirilen tüm devrimlerin varlık sebebi ve güvencesi olmuştur.

### Anahtar Kelimeler

Cumhuriyet, hukuk, laik, millet, muasır.

\* Eskişehir Barosu, senhalil.esk@gmail.com, ORCID numarası 0009-0002-3307-8210.



## ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

### **From the Ottoman Empire to the Turkish Republic Law with Mustafa Kemal Atatürk**

#### **Abstract**

Ottoman State legal system; Although it had a dual structure, namely about divine law and customary law, justice affairs were carried out with more than one different type of court. The legal system of the Ottoman State, whose innovation attempts were tried from time to time, lost its legitimacy and became out of date. Mustafa Kemal Atatürk, following the establishment of the Republic of Turkey, the law system of the Ottoman State, which was honorable, unable to respond to the needs of its citizens, far from uniformity, open to interpretation, open to abuse and not trustworthy; By quoting legislation from the West, he raised the Republic of Turkey, which has a nation-unitary understanding, to a contemporary level under the guidance of republican, secular, populist, nationalist, revolutionary and statist principles. The legal revolution, which has the quality of a synthesis of all the revolutions carried out by Mustafa Kemal Atatürk in every field since the establishment of the Republic of Turkey, has again been the reason for existence and the assurance of all the revolutions realized in every field.

#### **Keywords**

Republic, law, secular, nation, contemporary.

## I. HUKUKUN ANLAMI VE KISACA OSMANLI DEVLETİ HUKUKU

Hukuk kavramı, günlük dilde birbirinden farklı pek çok anlamda kullanılmaktadır. Tüm kullanımların ışığında hukuk kavramını - tam ve kesin olmamakla birlikte- şu şekilde tanımlamak mümkündür: "*Hukuk, insanların birbirleriyle ve oluşturdukları topluluklarla; yine insanların oluşturdukları toplulukların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen belirli özellikte zorlayıcı kurallardan oluşan bir bütündür*<sup>1</sup>."

Cumhuriyetimizin kurucusu, ulu önder Mustafa Kemal Atatürk'ün muvakkat hayata gözlerini açtığı 1881 senesinde Osmanlı Devleti'nin hukuk sisteminde şer'i hukuk ve örfi hukuk anlayışı hâkim olmakla birlikte batılılaşma hareketlerinin doğal bir sonucu olarak Batılı tarzda hukuk anlayışı da Osmanlı Devleti hukuk sisteminde kendisine yer bulabilmişti.

### A. Osmanlı Devleti Hukuk Sisteminde Şer'i Hukuk ve Kritiği

İslam dininin esaslarına göre tanzim edilen şer'i hukuk; Kur'an-ı Kerim, sünnet, icma ve kıyas unsurlarından beslenmekteydi. Adli işlerden kazasker ve kadılar sorumlu olmakla birlikte yürütme ve yasama faaliyetleri fetvalar vasıtasıyla sağlanmaktaydı. Yargılama faaliyetinde yetkisi olmayan Şeyhülislam da din ve yasama işlerinden sorumluydu.

Osmanlı Devleti'nin; iç savaşlarla yıprandığı ve yıpranmakta olduğu bununla birlikte Batılı devletlerin baskısını üzerinde hissettiği 17'nci yüzyılda, Şeyhülislam şer'i hukukun verdiği güç doğrultusunda yeniçeri cuntacıları ile işbirliği yaparak padişahları bir fetva ile tahttan indirip hal ettirebiliyordu, bu durumun da önüne geçebilecek yürürlükte olan bir mevzuat yahut anane mevcut değildi. Bu durum, Şeyhülislamın ve yeniçeri cuntacılarının kişisel menfaatleri sebebiyle Osmanlı Devleti hukuk sisteminde şer'i hukukun istismar edilebileceğinin bir örneğini oluşturmaktaydı.

### B. Osmanlı Devleti Hukuk Sisteminde Örfi Hukuk ve Kritiği

İslamiyet öncesi Türk Devletleri döneminden itibaren süregelen töre kurallarının, İslam dinine muhalefet etmeyecek bir şekilde tanzim edilmesiyle varlık

<sup>1</sup> YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 1. Baskı, Yorum Yayınevi, 1982, s. 190.



kazanan kurallar da örfi hukuk olarak adlandırılmaktaydı. Şer’i hukuk sisteminde yasama faaliyeti, Şeyhülislamın fetvaları ile sağlanmaktayken örfi hukuk sisteminde yasama faaliyeti, hükümdarın örfi konularla ilgili buyruklarının nişancı tarafından ferman adı altında kaleme alınması ile gerçekleştirilmekteydi. Gerek idari gerek mali gerekse de cezai hukuk alanlarında padişahların emirleri ve fermanları ile beslenmekte olan kanunların uygunluğu ve güvenilirliği, İslam dininin ve örfi hukukun yöneticilere vermiş olduğu yetkilere dayanmakta olup padişahlar tarafından çıkarılan kanunların bir araya getirilmeleriyle de kanunnameler oluşturulmaktaydı. Hal böyleyken Kanunnamelerin temel dayanağını da örfi hukuk sistemi oluşturuyordu.

15’inci yüzyılda Fatih Sultan Mehmet tarafından tanzim edilen Kanunname-i Al-i Osman ile kardeş katli kabul edilmişti. Fatih Sultan Mehmet, kardeş katli müessesinin şer’i hukuk ile ters düşmesi sebebiyle Osmanlı Devleti hukuk sisteminde mevcut olan ikilikten faydalanarak örfi hukuk çerçevesinde kardeş katlini caiz kılacak gerekli kanunlaşmayı hayata geçirmişti. Yine Fatih Sultan Mehmet, Osmanlı Devleti yönetiminde sadrazamlık makamında 100 sene boyunca süregelen Çandarlı ailesinin tecrübeli ve başarılı iktidarına son vermek maksadıyla örfi hukuku kullanarak devşirme sistemini Osmanlı Hukuk sistemine kanun olarak dahil etmiş akabinde reaya tarafından büyük tepki ile karşılaşmıştı. Yine Fatih Sultan Mehmet, müsadere sistemini kanunlaştırarak özel mülkiyete büyük darbe vurmuş ve Osmanlı Devleti’nde şahsi mal güvenliğini sarsmıştı. Tüm bu hadiseler, Osmanlı Devleti’nin hukuk sisteminde ikiliğe neden olan örfi hukukun yoruma açık oluşundan ve elastik yapısından kaynaklanmaktaydı.

### **C. Osmanlı Devleti Hukuk Sisteminde Mahkemeler ve Kritiği**

Şer’i mahkemeler, cemaat mahkemeleri, konsolosluk mahkemeleri ve 19’uncu yüzyıl itibarıyla hukuk sisteminde kendisine yer bulabilen batılı tarzda mahkemeler ile adalet işleri yürütülmekteydi. İslami mahkemeler, topluluk mahkemeleri, konsolosluk mahkemeleri, 1840 senesi itibarıyla karma (ticari) mahkemeler ve 1870 senesi itibarıyla laik mahkemeler; reyanın, dinine ve milliyetine göre yargılama yetkileri bakımından değişiklik arz etmekteydi. Davaları, kadılar yürütürken mahkeme ortamı olarak da kadıların evinin olabildiği durumlar ile

karşılaşılabilmekteydi. Görüldüğü gibi Osmanlı Devleti hukuk sisteminde mahkemeler bağlamında da çokluk hakimdi. Mahkemeler ve dolayısıyla da uygulanan hukuk sisteminde birlik olmamakla birlikte mahkeme ortamı olarak da kadınların evinin kullanılıyor oluşu Osmanlı Devleti hukuk sisteminin uygulamasında tarafsızlık konusunda şüphe doğuruyor ve bunun doğal bir sonucu olarak da mahkemelere ve Osmanlı Devleti hukuk sistemine olan güvenin zayıflamasına sebep oluyordu.

#### **D. Osmanlı Devleti Hukuk Sistemi Kritiği**

Nihayetinde Osmanlı Devleti hukuk sistemi, çok ulusluluğun ve çok dinliliğin kaçınılmaz bir sonucu olarak birçok hukuk sistemi sentezlenerek oluşturulmuştu. Hükümdarın koymuş olduğu kurallar olan kanunlar ile bu kanunların bir araya getirilmesiyle birlikte tanzim edilen kanunnameler, dini hukuk olan şeriatla birlikte yürütülmekte olup yerel özelliklere göre de Osmanlı Devleti hukuk sistemi değişkenlik arz ediyordu. Görüldüğü gibi Osmanlı Devleti hukuk sisteminin farklı kaynaklardan besleniyor oluşu Osmanlı Devleti hukuk sisteminde ikiliği hakim ve yeknesaklığı uzak kılmakla birlikte hukukun evrensel ilke ve esaslarından bir tanesi olan yargıda birlik ilkesi ile çelişmekteydi. Şer'i hukukun varlığı başlı başına laiklik ilkesine muhalefet ediyor ve menfaatler doğrultusunda istismar edilebiliyor oluşu da yargılanacak olsun ya da olmasın Osmanlı reayasının aklında şüphe yaratıyordu. Örfi hukukun yoruma açık oluşu ve elastik yapısı, Osmanlı Devleti hukuk sisteminin padişahlar tarafından menfaatler doğrultusunda ve keyfeder kullanılmasına zemin hazırlıyor bununla birlikte Osmanlı Devleti hukuk sistemine olan güveni de zayıflatıyordu.

#### **E. Osmanlı Devleti Hukuk Sisteminde Yenilik Girişimleri**

Osmanlı Devleti, 14'üncü yüzyıl itibarıyla Avrupa ile savaşlar, ticaret ve anlaşmalar yapmak vasıtasıyla ilişkiler kurmaya başlamış söz konusu ilişkiler sebebiyle de Avrupa'da ortaya çıkan yenilikler tarafından etkilenmişti. Coğrafi Keşifler, Rönesans, Reform, Aydınlanma hareketleri, Fransız İhtilali ve Sanayi Devrimi ile başlayan ilk elden Dünyayı etkisi altına alıp Osmanlı Devleti'nin de etkilenmesini kaçınılmaz kılan bu yenilik hareketleri her alanı etkilediği gibi hukuk sistemini de etkilemiş ve çağ atladıkça yaşanan her gelişmeler neticesinde hukuk sisteminde değişikliklerin süregelmesine neden olmuştu.

1808 senesinde Ayanlar ile Osmanlı Devleti'nin yenilikçi padişahı 2'nci Mahmut arasında imzalanmış olan Sened-i İttifak, Osmanlı Devleti tarihinde ilk kez hükümdarın yetkilerini sınırlamış ve bu yönüyle günümüzdeki anayasal düzene ulaşana kadar yaşanan tarihsel sürecin en önemli basamaklarından bir tanesi olan 1215 senesinde imzalanan Magna Carta Libertatum'a benzemiştir. Sened-i İttifak aynı zamanda Osmanlı Devleti'nin ilk demokratikleşme hareketidir.

1839 senesinde ilan edilen Tanzimat Fermanı (Gülhane Hatt-ı Hümayunu); tüm vatandaşların can, mal ve namus güvenliğinin sağlanacağını, müsadere sisteminin kaldırılacağını, yargılamada açıklık sağlanacağını ve hiç kimsenin yargılanmadan idam edilmeyeceğini son olarak da herkesin mal ve mülke sahip olup bunu miras olarak bırakabileceğini hüküm altına almış ve Osmanlı Devleti hukuk sisteminde yenilikçi bir adım olmuştu. Ancak bu yenilikçi hareket Osmanlı reayası tarafından tepki ile karşılanmış, Müslüman ile gayrimüslim arasındaki farkı ortadan kaldırdığı için fermanın meşruiyeti Müslüman reaya tarafından benimsenmeyerek ferman ile ilan edilen yenilikler kalıcı olamamıştı.

Bir başka geçici hukuksal süreç de Paris Kongresi öncesinde ilan edilen 1856 tarihli Islahat Fermanıdır. Millet sistemini kaldırarak Müslüman ve gayrimüslim Osmanlı reayası arasında eşit vatandaşlık hakkı sağlayan Ferman beklenen etkiyi gösterememiş ve kalıcı olamamıştır.

Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı, Osmanlı Devleti hukuk sistemindeki yetersizlikleri gidermeye yönelik icra edilen yeniliklerdi. Fakat Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı, dönemin koşullarına ve ihtiyaçlarına yeterli şekilde cevap veremediği için Osmanlı Devleti hukuk sistemindeki ikilikler ve yetersizlikler devam etmekteydi.

Bu gelişmelerin haricinde Osmanlı Devleti'nin hukuk sisteminde 1921 senesine kadar yürürlükte kalarak kalıcılığı en fazla olan Kanun-i Esasi 1876 senesinde ilan edilmiştir. Osmanlı Devleti'nin ilk anayasası olan Kanun-i Esasi, Birinci Meşrutiyet ile beraber Mebusan Meclisinde kabul edilmiş, ilk defa hükümdar otoritesi dışında bir meclisin varlığı kabul edilerek anayasal anlamda Osmanlı Devleti hukuk sisteminde bir devrim niteliği taşımaktadır. Tüm bu çabalara rağmen Osmanlı Devleti hukuk sistemi istenilen seviyeye çıkarılamamıştır.

## II. MUSTAFA KEMAL ATATÜRK ve HUKUK

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluşu ile birlikte monarşi yönetim biçiminden cumhuriyet yönetim biçimine, din erkine dayanan yönetim biçiminden laik yönetim biçimine geçiş yapılmış, ulusal ve üniter bir devlet ve toplum yapısına kavuşulmuştur. Osmanlı Devleti'nden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne miras kalan hukuk sisteminde hukuk birliğinden ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ihtiyaçlarını karşılayabilecek mevzuatın varlığından söz etmek mümkün değildi. "*Cumhuriyetin ilanından sonra Osmanlı Devleti'nden devralınan hukuk sisteminin toplumun ihtiyacını karşılayamaz nitelikte olduğunun anlaşılması ve toplumun bulunduğu durumdan başka yönlere götürmek amacıyla hukuk alanında önemli yapısal değişikliklere girilmiştir*".<sup>2</sup>

Türk hukuk devrimi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ihtiyacı olan diğer konulardaki devrimlerin yapılabilmesi ve bu yapılan devrimlerin korunabilmesi bağlamında Cumhuriyet tarihinde yapılmış olan ve yapılacak olan tüm devrimler arasında farklı bir yere sahiptir. Mustafa Kemal Atatürk'ün gerçekleştirdiği hukuk devriminde hukuk; bütün siyasal, sosyal ve ekonomik değişim hareketlerinin güvencesi diğer bir deyişle teminatı olarak kullanılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, cumhuriyetçilik ve laiklik ilkeleri temel taşları üzerine kurulmuştur. Dolayısıyla, Türkiye Cumhuriyeti Devleti hukuk sisteminin dayandığı temel ilkelerin de cumhuriyetçilik ve laiklik ilkeleri olması kaçınılmaz bir gerçeklik olacaktır.

*"Mustafa Kemal Atatürk, 1 Mart 1922'de –henüz Kurtuluş Savaşı tamamlanmadan- Meclis'i açış konuşmasında; adliyeye verilen öneme değinmiş ve adliyenin bütünüyle uygar toplumsal yaşamın düzeyine çıkarılmasının gerektiğini, mevcut kanun ve usullerin düzeltileceğini belirtmiştir. Mustafa Kemal Atatürk, yine aynı konuşmasında Mecelle'nin yetersizliği üzerinde durmuş ve bu konuyla ilgili olarak bir komisyonun kurulmak üzere olduğunu açıklamıştır. Ayrıca yargıçların*

<sup>2</sup> İSLAM, Nadir Latif: "Hukuk Reformu ve Stratejisi Üzerine Genel Görüşler", 1. Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, 1972, s. 9.

*durumunun ve mahkemelerin düzeltileceğinden söz eden Mustafa Kemal Atatürk, yeni hukukçuların yetiştirilmesi için bir hukuk fakültesinin kurulacağını açıklamıştır<sup>3</sup>."*

Mustafa Kemal Atatürk'e göre batı standartlarında, çağın ihtiyaçlarına cevap verebilen bir hukuk sistemi inşa edilmeli ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti mevzuatı Batı kanunlarından beslenmeliydi. Muasırlaşmak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ve cumhuriyetimizin yaşamı ve kalıcılığı ile son derece yakından ilgili bir husustu. Mustafa Kemal Atatürk, Batı uygarlığının kendi ölçülerinde olmayan, gelişmemiş ve hatta az gelişmiş ülkeleri sindirdiğini ve sömürdüğünü görmüş dolayısıyla öncelikli olarak buna karşı koymak maksadıyla Batı uygarlığının ölçülerine uyum sağlayabilecek bir hukuk sistemi arayışına girmişti. Mustafa Kemal Atatürk tarafından bu bir benzemeye çalışmak gayreti değil, doğrudan doğruya ontolojik bir çaba olarak benimsenmişti. Bu ontolojik çabayı gerçekleştirmek maksadıyla öncelikle aklın ve bilimin esas alınması gerekmektedir. Bu da yalnızca laik bir toplum ve devlet modeli oluşturmak sonucunda gerçekleşecekti. Laik bir devletin kurulabilmesi, akabinde toplumun laik devleti benimseyerek laikliği özümsemesi için öncelikle devletin tüm kurumlarının dinsel kurallardan arındırılması kaçınılmaz bir gerçeklikti. Mevzuat, dinin etkisinden kurtarılarak hukuk sistemi dinden arındırılmalıydı. Çünkü devir değişmiş ve devrin gerisinde kalan mevzuat toplumun ihtiyaçlarını karşılamak konusunda hantal kalmıştı. Mustafa Kemal Atatürk'e göre bir imparatorluk hukuku olan Osmanlı Devleti hukuk sistemindeki çokluk ve karışıklık giderilerek hukuk sisteminde karışıklığa mahal vermeyecek yeknesaklık hakim kılınmalıydı. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Osmanlı Devleti'nden tamamen farklı bir temel üzerine kurulmuş olan bir ulusal devletti. Mustafa Kemal Atatürk'ün en önemli ideallerinden bir tanesi de ulusal bütünlüğü elde etmektir. Bu doğrultuda din, mezhep, inanç ve dil gibi ayrımlılıklar ortadan kaldırılmıştı. O halde Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde tüm vatandaşlara eşit şekilde yansiyacak, herkese uygulanabilecek ve tüm ülkeyi kapsayacak hukuk sistemine ihtiyaç vardı. *Schacht*'a göre de "*hukukun ve dolayısıyla yargının bağımsızlığından söz etmek için hukuk kendi içinde istikrar ve sürekliliğini*

<sup>3</sup> TBMM Matbaası: TBMM Zabıt Ceridesi 18'inci Cilt, 1959, s. 4,5.

*sağlamış olmalı, devletin organları arasında kendisini hem idareye hem de idare edilenlere kabul ettirecek kadar yüksek bir otoriteye sahip olmalıydı<sup>4</sup>."*

#### **A. 1921 ve 1924 Anayasaları:**

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, milli egemenlik ilkesi esasları çerçevesinde kurulmuştu. Bu ilkenin gerçekleştirilebileceği tek devlet sistemi, laik hukukun meşru olduğu demokratik bir Cumhuriyet örneğiydi. Dolayısıyla 23 Nisan 1920 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'nin açılışı, gelecekte hukuk alanında köklü bir inkılap yapılacağına da göstergesi ve ilk adımı olmuştu. TBMM'nin hazırladığı Anayasa, 20 Ocak 1921 tarihinde Teşkilat-ı Esasiye Kanunu adıyla yürürlüğe konulmuştu. 23 madde ve bir de ek maddeden oluşan Anayasa'nın kısa ve öz oluşu o dönemin özelliğinden kaynaklanmaktaydı. Bir çerçeve anayasa olan 1921 Anayasası, yalnızca olağanüstü şartları ve ivedi gereksinimleri karşılamakla yetinmiş ve savaş sonrası dönemin gereksinimlerine cevap verebilmişti.

Cumhuriyet'in ilanı ve hilafetin kaldırılmasına müteakiben Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yeni bir Anayasaya ihtiyacı olduğu anlaşılmıştı. TBMM'de yapılan çalışmalar ve müzakereler sonunda, 20 Nisan 1924 tarihinde Teşkilat-ı Esasiye Kanunu kabul edilerek yürürlüğe konulmuştu. Bu Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin demokrasi prensiplerine değer verdiğini gösteren, tarihi gelişmelerin sonucu olarak hazırlanan ve gerçek hayatın gereksinimlerine cevap veren bir Anayasa olmuştu. 1924 Anayasası'nın ruhunda ve mantığında Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin siyasi teşkilatının demokrasi esasına dayandığı, memlekette hakimiyetin gerçek ve tek sahibinin Türk milleti olduğu, milletin dileklerinin, fikirlerinin ve arzularının tek bir organda yani Türkiye Büyük Millet Meclisinde toplandığı ve bu mecliste de millet iradesinin seçim yolu ile gerçekleşmekte olduğu hususları başlıca ve vazgeçilmez esaslar olmuştu. Nihayetinde, 1924 Anayasası genel nitelikleriyle millî ruh ve ihtiyacın ifadesi, tarihi ve sosyal akışların bir sonucu olmuştu.

<sup>4</sup> SCHACHT, Joseph: *İslam Hukukuna Giriş*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 214.

## B. Türk Medeni Kanunu ve Diğer Kanunlar:

Hukuk alanında icra edilen inkılapların ana gayesi, laik, demokratik, çoğulcu, özgürlükçü, akla, bilimsel esaslara ve en önemlisi eşitliğe dayanan bir devlet sistemi ve yaşam biçimi oluşturabilmektir. Hukuk inkılabı da, siyasal inkılaplar gibi, arka arkaya atılan çeşitli adımlardan bir araya gelmekteydi. Hukuk inkılabının ön şartlarını oluşturan siyasal inkılapların tamamlanması üzerine, mevcut hukuk sistemini yenilemek ve modernleştirmek amacıyla 1923 yılında Adliye Vekaleti tarafından medeni hukuk, ceza hukuku, usul hukuku gibi alanlarda çeşitli komisyonlar kurulmuştu. Bu komisyonlar yürürlükte bulunan kanunları gözden geçirmiş ve tadil etmiş akabinde de hukuk deyimlerini belirlemişlerdi.

*"1926 senesinde İsviçre'den Medeni Kanun, İtalya'dan Ceza Kanunu ve Almanya'dan Ticaret Kanunu alınmıştır. Yine aynı yıl İsviçre'nin Neuchatel kantonundan Hukuk Yargılama Usul Kanunu alınmıştır<sup>5</sup>."* 17 Şubat 1926 tarihinde Türk Medeni Kanununun kabul edilmesine müteakiben de 22 Nisan 1926'da Borçlar Kanunu çıkarılmıştı. 1929 senesinde Ceza Muhakemeleri Usulü ve Deniz Ticareti Kanunları, 1932 senesinde İcra-İflâs Kanunu yine Batı ülkelerin kanunlarından yararlanılarak tanzim edilmiş ve yürürlüğe girmişlerdir. Bu kanunlarda gelişen gereksinimler doğrultusunda güncellemeler yapılmıştı.

1 Mart 1926 tarihinde TBMM'de kabul edilen Türk Ceza Kanunu, hukukun evrensel bir ilkesi olan kanunsuz suç ve ceza olması ilkesi doğrultusunda şekillenirken modern hukuk anlayışı ile bağdaşmayan Osmanlı Devleti hukuk sistemindeki bazı cezalar da kaldırılmıştı.

4 Ekim 1926 tarihinde TBMM'de kabul edilen Türk Ticaret Kanunu ile sigorta, faiz ve ipotek gibi kavramlar hukuk sistemimize dahil edilmiş ve 19 Nisan 1926 tarihinde TBMM'de kabul edilerek 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren Kabotaj Kanunu ile Türk limanları arasında yük ve yolcu taşıma yetki ve tekeli Türk bayrağı

<sup>5</sup> ERTAN, Temuçin Faik: "Atatürk, Cumhuriyet ve Hukuk Sistemi", *Erdem Dergisi*, 1999, Cilt 11, Sayı 33, s. 743,752.

taşıyan gemilere verilmişti. Görüldüğü gibi Mustafa Kemal Atatürk'ün hukuk devrimi, milli niteliğini Kabotaj Kanunu ile ortaya koymaktadır.

1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu bazı değişikliklerle Türk Medeni Kanunu olarak yürürlüğe girmişti. Bu kanunun seçiminde; basit dili, açık, hakime geniş takdir yetkisi veren esnek karakteri, Avrupa'da kabul edilen en yeni, liberal, kadın-erkek eşitliğine dayanan bir aile düzenini içeren ve demokratik bir devletin ihtiyaçlarını karşılayabilir özellikleri etkili olmuştu. *"Bu kanunun kabulünden kısa bir süre önce, 1925 yılında, Türkiye'de yaşayan Ermeniler, Yahudiler ve Rumlar birer ay arayla verdikleri dilekçelerle, "artık medeni hukuk bakımından, ayrı bir muameleye tabi olmak ihtiyacını duymadıklarını, gayrimüslim cemaatler için ayrı hükümler konmasına gerek olmadığını, yeni medeni kanunun kendilerine de uygulanmasını istediklerini" Adliye Vekaletine bildirmişlerdi. Böylece yüzyıllar sonra ülkemizdeki vatandaşlar arasında hukuk birliği sağlanmıştı<sup>6</sup>."*

Mustafa Kemal Atatürk'ün Türk Medeni Kanunu; ilerici, inkılapçı, laik ve halkçı bir ruha sahipti. Evlenme, boşanma, miras, velayet, hak ve fiil ehliyeti gibi konularda kadın-erkek eşitliğini sağlamıştı. Tek eşlilik usulünü ve medenî nikah usulü getirmişti. Kadın, erkek tüm Türk vatandaşlarının aynı haklara kavuşmasını sağlamıştı. Hakimlere tanıdığı geniş takdir serbestisi ile hakimler olayın ve ülkenin şartlarına uygun olarak hukuk kuralı yaratma ve uygulama imkânına kavuşmuşlardı. Türk hakimleri, verdikleri kararlarla yeni hukuku kısa süre içinde millileştirmişlerdi. Halkın çağdaş ve millî ihtiyaçlarına cevap veren bir hukuk sistemi oluşmuştu.

Türk Medeni Kanunu, eşitlik ilkesinin benimsenmesinin doğal bir sonucu olarak belli bir zümreye değil herkese uygulanmakta olup millet, din, dil ayrımı gözetmeksizin belirli bir meslek grubunun, belirli bir yaştaki, olgunluktaki kişilerin ilişkilerini düzenleyen hukuk dalı olmaktan uzak cins, yaş veya insanlar arasındaki farkları gözetmeyen hukuk dalı olmuştu. Hak ehliyetinin kullanılmasında bireylere tanıtmış olduğu eşitlik Türk Medeni Kanununun demokratik oluşunun da bir

<sup>6</sup> <https://ata.msb.gov.tr/> E.T.: 29 Aralık 2022



göstergesidir. Kaldı ki Türk Medeni Kanununun örf ve adet hukukuna atıf yaptığı durumlarda Türk örf ve adet hukukunun uygulanması sebebiyle Türk Medeni Hukuku milli bir niteliğe sahiptir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurulmasına müteakiben Osmanlı Devleti hukuk sistemini tamamen tasfiye eden Türk Medeni Kanunu devrimci bir niteliği de bünyesinde barındırmaktadır.

Hukuk devrimi sırasında Batı'dan alınan kanunlar arasında Medeni Kanun'un ayrı bir önemi vardır. Gerçekten de yeni Medeni Kanun, Atatürk devrimlerinin bir sentezi haline gelmiştir<sup>7</sup>. Toplumsal yaşam açısından bu denli önemli olan bir kanunda boşluk bulunması ve ihtiyaçları karşılamaktan uzak olmasının, önemli sorunlar doğurması kaçınılmazdı. Bu alanda 1926 yılına kadar yürürlükte kalan Mecelle'nin toplum ihtiyaçlarına cevap verdiğini ve günün koşullarına uygun olduğunu söylemek mümkün değildi<sup>8</sup>.

Medeni Kanun'un kabul edilmesiyle birlikte aile kurumu Türkiye Cumhuriyeti Devleti güvencesine alınmış, cumhuriyet çocukları imparatorluk çocukları aksine daha uygar bir ortamda yetiştirilmeye başlanmış en önemlisi de Türkiye Cumhuriyeti Devleti nüfusunun ekseriyetini oluşturan kadınlar kendilerini hür bir şekilde ifade etme hakkına kavuşmuşlardı. Kurtuluş Savaşı'nda her cephede üstlendiği rolü inkar edilemez olan, dünya ve de ülke nüfusunun yarısını oluşturan, evrensel insan hakları ilkeleri, uluslararası ve ulusal mevzuatça tartışmasız eşit birey olan kadınlarımız hala erkekler tarafından yönetiliyordu. “*Bu karar Türk kadınına sosyal ve siyasal hayatta bütün milletlerin üstünde yer vermiştir. Çarşaf içinde, peçe altında ve kafes arkasındaki Türk kadını artık tarihlerde aramak lazım gelecektir*” diyen Mustafa Kemal Atatürk önderliğinde 5 Aralık 1934 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanıyan yasa kabul edilmişti. Öncesinde ise 1930 senesi itibarıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilen bir dizi kanun ile

<sup>7</sup> İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü: "Medeni Kanunun 50'nci Yılı Sempozyumu", (Ed.) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *1'inci Tebliğler*, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 4.

<sup>8</sup> VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: *Türk Medeni Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, s. 68,69.

Belediye seçimlerine katılma akabinde köylerde muhtar olma ihtiyar meclislerine seçilme hakkını Türk kadını elde etmişti. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde kadınlar seçme ve seçilme hakkını İsviçreli kadınlardan 36, Fransız kadınlardan 11, Belçikalı kadınlardan 14 sene önce elde ederek Mustafa Kemal Atatürk sayesinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti kadın hakları konusunda birçok Avrupa ülkesinden daha önce bazı önemli kazanımları elde etmiş bir ülke konumuna gelmiştir. Cumhuriyetçilik ve halkçılık ilkelerinin bir sonucu olan yasa ve cumhuriyet devrimleriyle tanınan sosyal, kültürel, hukuki haklar sayesinde kadınlarımız toplumda büyük ölçüde erkeklerle eşit haklara sahip olmuşlardır.

*"Bu arada kanunların alınmasından kısa bir süre önce, bu kanunları uygulayacak olan çağdaş hukukçuları yetiştirmek amacıyla 5 Kasım 1925'te Ankara'da Hukuk Mektebi açılmıştır. Mustafa Kemal Paşa, Hukuk Mektebi'nin açılışında yaptığı konuşmada; yeni ve çağdaş kanunlara duyulan ihtiyaca değinmiş ve bu okulun yeni bir hukuk nesli yetiştirmek için açıldığını dile getirerek, hukuk devriminin dayandığı temel ilkeleri açıklamıştır<sup>9</sup>."*

*"Hukukta idari-i maslahat ve hurafelere dayanmak milletleri uyandırmaktan meneden en ağır bir kabustur. Türk milleti üzerinde kâbus bulundurmaz."* Bu sözyle Mustafa Kemal Atatürk, Osmanlı Devleti hukuk sistemine olan inançsızlığının yanında modern Türk hukuk sisteminin ilk adımının dogmacılığın etkisiz kılınması ve Batı hukuk sisteminin benimsenmesi olduğunu ifade etmiştir.

*"Bu devrim, bir insanın yaşamı süresinde gerçekleştirilmiştir<sup>10</sup>",* diyen ünlü tarihçi *Toynbee* Türk hukuk devrimini Batı'daki Rönesans, Reform, Fransız Devrimi ve Sanayi Devrimi çapında önemli bir hareket olarak görerek bu sözyle Türk hukuk devrimini diğerlerinden ayırmıştır.

*"Türkiye'de Avrupa Hukuklarının Benimsenmesi"* adlı yapıtında İsviçreli hukukçu *Sauser-Hall* ise şu satırları kaleme almıştır; *"Türkiye'de yapılmış olan*

<sup>9</sup>Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları: Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, Cilt 11, 1989, s. 248, 252.

<sup>10</sup> Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi: Atatürk'ün Hukuk Devrimi, 1983, s. 9.

*reformlar bütün olarak ele alındıklarında şaşırılmamak olanaksızdır. İslam devletlerinin en güçlüsü, bin yıl geçmişe varan töreleri, altı aylık bir sürede yürürlükten kaldırıyor. Tarih hiçbir ülkede bu kadar köklü ve ani bir değişikliği örnek gösteremez. Bir ülkede ve bir toplum üzerinde yapılmış bundan daha cesur bir deneyim yoktur<sup>11</sup>."*

## SONUÇ

Hukuk devrimi hayata geçirilirken politik, toplumsal ve teknik gereklilikler esas alınmış bu sebeple Mustafa Kemal Atatürk'ün hukuk devriminin meydana getirdiği sonuçları politik, toplumsal ve teknik açıdan ele almak kaçınılmaz bir gerçeklik olmuştur.

Politik bağlamda hukuk devrimi ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, Osmanlı Devleti'nden tamamen farklı temeller üzerine kurulduğu, çağdaş hukuk sistemi ile kanunların mülkiliği uygulamasına geçildiği, kanunların mülkiliği ilkesinin bir sonucu olarak ülke içindeki yabancıların ve azınlıkların ayrıcalıklarının ortadan kalktığı nihayetinde Batı ile aynı hukuk çevresine girilerek uygar devletlerin Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin işlerine müdahale yollarının kapatıldığı alenen ilan edilerek Kurtuluş Savaşı döneminde elde edilen askeri zaferler ve Lozan Barış Antlaşması ile sahip olduğumuz politik başarılar taçlandırılmış ve kalıcılığı sağlanmıştır.

Mustafa Kemal Atatürk'ün hukuk devrimi ile toplumun çağdaşlaşmasını geciktiren başlıca sebep ortadan kaldırılmıştı. Muasır ve laik mevzuatın iktibas edilmesiyle devrin gerisinde kalan ve toplumun ihtiyaçlarına cevap veremeyen dini kılavuz alan hukuk kuralları mülga edilmişti. Mustafa Kemal Atatürk'ün idealindeki Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, ulus devlet ve üniter bir yapıya sahip oluşunun önündeki başlıca engellerden bir tanesi olan çok hukukluluk uygulamasına son verilerek cumhuriyetçilik ve laiklik ilkelerinin yanı sıra milliyetçilik ve halkçılık ilkelerine muhalefet etmeyen bir toplum modelinin temelleri atılmıştı.

<sup>11</sup> La Reception des Droits Europeens en Turquie Geneve, 1938, s.51.

Devir değişmiş ve devrin gerisinde kalan mevzuat toplumun ihtiyaçlarını karşılamak konusunda hantal kalmıştı. Mustafa Kemal Atatürk, Batı uygarlığının kendi ölçülerinde olmayan, gelişmemiş ve hatta az gelişmiş ülkeleri sindirdiğini ve sömürdüğünü görmüş dolayısıyla öncelikli olarak buna karşı koymak maksadıyla Batı uygarlığının ölçülerine ve hukuk tekniğine uyum sağlayabilecek bir hukuk sistemi arayışına girmişti. Bu doğrultuda Batı standartlarında, çağın ihtiyaçlarına cevap verebilen bir hukuk sistemi inşa etmek maksadıyla Türkiye Cumhuriyeti Devleti mevzuatını Batı kanunlarından iktibas etmişti. Çokluk ve karışıklık giderilerek hukuk sisteminde karışıklığa mahal vermeyecek yeknesaklık hakim kılınmıştı. Din, mezhep, inanç ve dil gibi ayrımlılıklar hukukun uygulanmasında ortadan kaldırılmıştı. Mustafa Kemal Atatürk'ün hukuk devrimi dili basit, açık, hakime geniş takdir yetkisi veren esnek karaktere sahip, Avrupa'da kabul edilen en yeni, liberal, kadın-erkek eşitliğine dayanan bir aile düzenini içeren ve demokratik bir devletin ihtiyaçlarını karşılayabilir özellikleri ile muasır ve geri kalmamış mevzuatın iktibas edilmesiyle hukuk tekniği anlamında ileri bir adım olmuştu. Şöyle ki Mustafa Kemal Atatürk döneminde iktibas edilen mevzuat günümüze kadar toplumun ihtiyaçlarına cevap vererek toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde önemli bir rol oynamış ve Batı ile kurulan ilişkilerin sağlıklı olmasında büyük etken olmuştur.

Nihayetinde Mustafa Kemal Atatürk'ün hukuk devriminde, kendisine kılavuz olarak belirlediği ilkelerinin dolaylı ya da doğrudan olarak varlığından bahsetmek kaçınılmaz bir gerçeklik olacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurulduğu günden itibaren Mustafa Kemal Atatürk tarafından her alanda gerçekleştirilen tüm devrimlerin bir sentezi niteline sahip olan hukuk devrimi yine her alanda gerçekleştirilen tüm devrimlerin varlık sebebi ve güvencesi olmuştur. Mustafa Kemal Atatürk'ün hukuk devriminin bir güvence oluşu Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde laik ve muasır bir ulusun ortaya çıkışının zemini olmuştur.

**KAYNAKÇA**

Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları: Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, Cilt 11, 1989, s. 248, 252.

ERTAN, Temuçin Faik: "Atatürk, Cumhuriyet ve Hukuk Sistemi", *Erdem Dergisi*, 1999, Cilt 11, Sayı 33, s. 743,752.

[https://ata.msb.gov.tr/E.T.:](https://ata.msb.gov.tr/E.T.) 29 Aralık 2022

İSLAM, Nadir Latif: "Hukuk Reformu ve Stratejisi Üzerine Genel Görüşler", 1. Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, 1972, s. 9.

İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü: "Medeni Kanununun 50'nci Yılı Sempozyumu", (Ed.) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *1'inci Tebliğler*, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 4.

La Reception des Droits Europeens en Turquie Geneve, 1938, s. 51.

Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi: Atatürk'ün Hukuk Devrimi, 1983, s. 9.

SCHACHT, Joseph: *İslam Hukukuna Giriş*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 214.

TBMM Matbaası: TBMM Zabıt Ceridesi 18'inci Cilt, 1959, s. 4,5.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: *Türk Medeni Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, s. 68, 69.

YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 1. Baskı, Yorum Yayınevi, 1982, s. 190.



## İşyeri Sendika Temsilcisinin Sendikal Güvencesi

Av. Büşra KAPLAN\*

### Öz

İşyeri sendika temsilcileri, sendikal faaliyetlerle ilgilenen, işyerinde sendikayı temsil eden, işçilerin istek ve şikâyetlerini dinleyen, bu nedenle işverenlerle sürekli karşı karşıya kalan kişilerdir. Temsilciler bu yükümlülüklerinin karşısında işveren tarafından baskılara da maruz kalmakta dolayısıyla kendilerinin işverenden gelecek baskılar karşısında korunması gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucu tarafından mevzuatta çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu'nun 24. maddesi işyeri sendika temsilcisini feshe karşı korumaktadır. 24. madde ayrıca, işverence işyeri sendika temsilcisinin onayı olmaksızın işinin veya işyerinin değiştirilmesi haline yönelik de güvence içermektedir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde ise işyeri sendika temsilcisi sendikal özgürlüğünün güvencesi hükümlerinden yararlanma imkânı bulmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

İşyeri sendika temsilcisi, Feshe karşı koruma, Haklı nedenle fesih, İşe iade davası, Sendika özgürlüğünün güvencesi.

\* Nevşehir Barosu, avbusrakapln@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2380-9024.



## ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

### Workplace Union Representative's Union Assurance

#### Abstract

Workplace union representatives are interested in union activities, represent the union in the workplace, listen to the demands and complaints of the workers, and therefore constantly confront the employers. Representatives are also exposed to pressure from the employer in the face of these obligations, so they need to be protected against pressures from the employer. For this reason, various amendments have been made to the law by the legislator. Article 24 of the Trade Unions and Collective Bargaining Agreements Act No. 6356 protects the workplace union representative against termination. In addition, Article 24 also includes a guarantee in case the employer change his job or workplace without the consent of the workplace union representative. In Article 25 of the Trade Unions and Collective Bargaining Agreements Act No. 6356, the workplace union representative has the opportunity to benefit from the provisions of the guarantee of freedom of union.

#### Keywords

Workplace union representative, Protection against termination, Termination with just cause, Reemployment case, Assurance of freedom of union.

## GİRİŞ

İşyeri sendika temsilcileri işyerinde sendikal faaliyetlere öncülük eden, işverenle en çok iletişim halinde olanlardır. Bu nedenle kanun koyucu tarafından 6356 sayılı Sendika ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu (STİSK) ile koruma altına alınmışlardır. Özellikle söz konusu Kanun'un 24. maddesinde işyeri sendika temsilcileri feshe karşı güvence altındadırlar. 24. madde çerçevesinde işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmesi ancak haklı nedenlerle feshedilebilecektir. İşyeri sendika temsilcisi tarafından işe iade davası açıldığı takdirde mahkemece işe iadesine karar verilir verilmemesine göre temsilcinin hangi haklara sahip olacağı ve 6356 sayılı kanun Kapsamında başka hangi güvenlerden yararlanacağı çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde anlatılacaktır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmakta olup çalışmamızın birinci bölümünde işyeri sendika temsilciliği kavramı, temsilci olabilme koşulları ve temsilcinin atanmasından bahsedilirken ikinci bölümde işyeri sendika temsilcisinin görevleri yer almaktadır. Üçüncü bölümde ise işyeri sendika temsilcisinin güvencesi STİSK m. 24 ve m. 25 kapsamında incelenecektir.

## I. GENEL ANLAMDA İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLİĞİ

### A. İşyeri Sendika Temsilciliği Kavramı

Temsilcilik mekanizması 3008 sayılı İş Kanunu<sup>1</sup> ile işçi temsilciliği şeklinde hukukumuzda girmiştir. Sendika temsilciliği kurumu 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>2</sup> ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu<sup>3</sup> ile 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nda<sup>4</sup> benimsenmiştir. İşyeri sendika temsilciliği kurumunun amacı işyerindeki sendikanın temsil edilmesi olduğu için işçi temsilciliği yerine 274 sayılı Kanundan itibaren sendika temsilcisi terimi kullanılmıştır<sup>5</sup>. 6356 sayılı Sendikalar ve

<sup>1</sup> 08.06.1036 tarihli ve 3330 sayılı Resmi Gazete.

<sup>2</sup> 07.11.2012 tarihli ve 28460 sayılı Resmi Gazete.

<sup>3</sup> 07.05.1983 tarihli ve 18040 sayılı Resmi Gazete.

<sup>4</sup> 15.07.1963 tarihli ve 11462 sayılı Resmi Gazete.

<sup>5</sup> USLU, Kaan: "İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2016, Cilt 13, Sayı 50, s.923-952; ÇELEBİ, Duygu: "İşyeri Sendika



Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 27. maddesinde işyeri sendika temsilcisinin atanması ve görevleri düzenlenirken 24. maddesinde ise güvencesi düzenlenmiştir.

Sendikalar işçilerin ekonomik zorlukları ve işveren karşısındaki çıkarlarını düzeltebilmek ve koruyabilmek amacıyla işçilerin bir araya gelmesi ile kurulduktan sonra, işçi ile işveren arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi amacıyla içlerinden bir veya birkaç işçiyi seçme zorunluluğu da ortaya çıkmıştır<sup>6</sup>. İşyeri sendika temsilcileri; sendika tarafından atanarak<sup>7</sup> işçilerin şikâyet, isteklerini dinlemek ve toplu iş sözleşmesi ile İş Kanunlarında düzenlenen çalışma koşullarının işyerinde uygulanmasını sağlamakla görevli kişilerdir<sup>8</sup>.

## B. İşyeri Sendika Temsilcisi Olabilme Koşulları

Kişinin atanacağı işyerinde çalışan işçi olması işyeri sendika temsilcisi olabilmesinin ilk koşuludur. 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinde “*Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir.*” şeklindeki düzenleme ile 4857 sayılı Kanuna gönderme yapmıştır. Bundan ötürü işyerinde işçinin temsilci olabilmesi için iş sözleşmesine bağlı olarak çalışması kâfidir<sup>9</sup>. Yani işyeri sendika temsilcisinin o işyerinde çalışan işçiler içinden seçilmesi gerekmektedir. İşyeri sendika temsilcisi, temsilci atayacak işçi sendikasının üyesi olsa bile ilgili işyerinde çalışmıyorsa, bir başka işyerinin işçisi ise, o işyerine temsilci atanabilmesi mümkün değildir<sup>10</sup>. Yasa tarafından işyeri sendika temsilcisi olarak atanacak kimsenin işyerinde belli bir

---

Temsilcisi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Özel Sayı Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, s. 395-426.

<sup>6</sup> ERTÜRK, Şükran: “İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 4, Sayı 13, s. 12.

<sup>7</sup> YÜREKLİ, Sabahattin: “İşyeri Sendika Temsilcilerinde Olması Gereken Nitelikler”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 4, Sayı 13, s. 35-49.

<sup>8</sup> ERTÜRK, s.12; ÇOBAN, Nazlı: “İşyeri Sendika Temsilcisinin Feshe Karşı Korunması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2020, Cilt 78, Sayı 1, s. 95-153.

<sup>9</sup> ÇELEBİ, s. 398.

<sup>10</sup> CENTEL, Tankut: “6356 Sayılı Yasa Karşısında İşyeri Sendika Temsilciliği”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2014, Sayı 31, s. 7-22.

kıdeme sahip olması aranmamaktadır. İşyerine yeni giren işçilerin dahi işyeri sendika temsilcileri olarak atanmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>11</sup>.

İşyeri sendika temsilcisinin temsilci atayacak sendikanın üyesi olması, işyerine temsilci olarak atanmasının diğer bir koşulunu oluşturmaktadır. Temsilci atayacak sendikanın üyesi olmayan işçi, söz konusu işyerine temsilci sıfatıyla atanamayacaktır. Kanun koyucu tarafından sendika üyeliğinin süresi noktasında herhangi bir düzenleme yapılmaması sebebiyle henüz bir günlük üyeliği bulunan işçi bile sendika tarafından temsilci atanabilecektir<sup>12</sup>.

### C. İşyeri Sendika Temsilcisinin Atanması

İşyeri sendika temsilcisinin atanması 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 27. maddesinde işyeri düzeyinde düzenlenmiştir. Kanuna göre işyeri sendika temsilcisi atama yetkisi yalnızca o işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kesinleşen işçi sendikasına tanınmıştır. Yani buradan çıkan sonuç yetkisi kesinleşmiş ancak halen toplu iş sözleşmesi imzalamamış olan sendika da toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendika gibi temsilci atayabilecektir<sup>13</sup>.

Temsilcinin görevi sendikanın yetkisi süresince, yani yetkisi sonra erene kadar devam edecektir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin son bulmasından sonra da, işyeri sendika temsilcisi atamış olan sendikanın yetkisi devam ediyorsa, yani yeni yapılacak toplu iş sözleşmesi bakımından da aynı sendika yetkiliyse, işyeri sendika temsilcisinin temsilci sıfatı devam eder. Yeni yapılacak olan toplu iş sözleşmesinin yetkisinin bir başka sendikaya ait olması halinde sendika temsilcisinin temsilcilik sıfatı toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ile son bulacaktır<sup>14</sup>. Sendika atamış olduğu temsilciyi her daim değiştirebilir veya görevden alabilir<sup>15</sup>. 6356 sayılı Kanun'un 27. maddesince ayrıca işyerinde çalışan işçi sayısı baz alınarak atanacak temsilci sayısı belirlenmiştir.

<sup>11</sup> CENTEL, Tankut, s. 9.

<sup>12</sup> YILMAZ, Emine Şule: *İşyeri Sendika Temsilcilerinin İş Güvencesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, s. 43.

<sup>13</sup> USLU, s. 925.

<sup>14</sup> SÜMER, Haluk Hadi: *İş Hukuku Uygulamaları*, 7. Baskı, Ankara, 2019, s. 530.

<sup>15</sup> ÇOBAN, s. 102.

Buna göre “işyerinde işçi sayısı elliye kadar ise bir, elli bir ile yüz arasında ise en çok iki, yüz bir ile beş yüz arasında ise en çok üç, beş yüz bir ile bin arasında ise en çok dört, bin bir ile iki bin arasında ise en çok altı, iki binden fazla ise en çok sekiz işyeri sendika temsilcisi” atanır. Kanun işyerine atanacak olan sendika temsilcisi sayısını “en çok” şeklinde sınırladığı için kanun maddesindeki sayıların üzerinde temsilci atanması mümkün değildir<sup>16</sup>. Kanun’un öngördüğü bu sınır aşıldığı takdirde sınırın üzerinde kalanlar açısından temsilcilik görevi geçerli olmayacağından bu kişiler temsilciler için belirlenen teminatlardan yararlanamayacaklardır<sup>17</sup>.

İşyerine atanacak sendika temsilcisi sayısı, yetkili sendikanın üyesi olan çalışan sayısı ya da işyerinde sendikalı çalışan işçi sayısına göre değil, tüm çalışanlar sayıya dâhil edilerek belirlenecektir. Yetkili sendika, yetki belgesi aldığı tarih itibariyle işyerinde toplam çalışan sayısını temel alarak sendika temsilcisi atayacaktır<sup>18</sup>. Sayı belirlenirken 6356 sayılı Kanun kapsamında işçi sayılma, toplam işçi sayısına dahil edilmek için yeterli olup işçinin sendika üyesi olması veya kapsam dışı personel içerisinde bulunması şartı bulunmamaktadır. Yani işyerindeki işçi sayısına işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili genel müdür, genel müdür yetkilerini kullanan genel müdür yardımcılarını haricindeki tüm işçiler dâhil edilecektir<sup>19</sup>.

## II. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİNİN GÖREVLERİ

6356 sayılı Kanun’un 27. maddesinin 3. fıkrasında “İşyeri sendika temsilcileri ve baş temsilcisi; işyeri ile sınırlı olmak kaydı ile işçilerin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözümlmek, işçi ve işveren arasındaki iş birliğini, çalışma

<sup>16</sup> ÇELİK, Nuri: *İş Hukuku Dersleri*, 19. Bası, İstanbul, 2006, s.394-395 (Daha güncel tarihli versiyonuna atıf yapılmalı); BAĞCI, Ayberk: *Türk İş Hukukunda İşyeri Sendika Temsilciliği Ve İşçi Kuruluşu Yöneticiliği*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 20.

<sup>17</sup> ÇELEBİ, s. 401.

<sup>18</sup> BAŞBUĞ, Aydın: *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk*, Ankara, 2012, s.81; ŞENGÜL, Cansu: *İş Sağlığı Ve Güvenliği Çalışan Temsilcisi İle İşyeri Sendika Temsilcileri Arasındaki İlişki Ve Güvenceleri*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2017, s.47.

<sup>19</sup> ÇELEBİ, s. 401; DEMİR, Fevzi: “İşyeri Sendika Temsilciliği”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt 2, İstanbul, 2001, s.1566.

*barışını ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve iş kanunları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmakla görevlidir.”* şeklindeki düzenleme ile işyeri sendika temsilcisinin görevleri ifade edilmiştir.

Temsilci üstlenmiş olduğu görev çerçevesinde işyerinde bulunan işçilerin sendika ile ilgili şikâyetlerini dinler, çözüm bulmaya çalışır ve sorunları sendikaya aktarır. İşyeri sendika temsilcisinin görevini başarılı yürütmesi işçilerinin sendika ile ilgili şikâyetlerine konudur. Bu çerçevede sendikanın işyeri sendika temsilcisine yüklemiş olduğu sorumlulukların yasaya uygun, işyerindeki görevi gereği yapmakla yükümlü olduğu yükümlülükleri aksatmayacak şekilde olması gerekmektedir<sup>20</sup>. Ayrıca bu kanun maddesine göre işyeri sendika temsilcileri salt işçilerin hak ve çıkarlarını korumakla yetinmeyip toplu iş sözleşmeleri ve kanunların işyerinde uygulanmasını da gözeteceklerdir<sup>21</sup>.

Kanun maddesinde belirtilen görevlere ek olarak işyeri sendika temsilcisi, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 15. maddesinde İzin Kurulunda, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu<sup>22</sup> 20. maddesi gereğince de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulunda görev almaktadır. Bu görevlere ek olarak toplu iş sözleşmesi ile de temsilcilere birtakım görevler yüklenebilmektedir<sup>23</sup>.

STİSK 27. maddesinin 4. fıkrası gereğince işyeri sendika temsilcileri işyerindeki işlerini aksatmamak ve iş disiplinine aykırı olmamak şartı ile görevlerini yerine getirir. İşyerlerinde sendika temsilcilerine görevlerini hızlı ve etkili biçimde yapmalarına imkân verecek kolaylıklar sağlanır.

<sup>20</sup>KOYUNCU, Ahmet: *İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve Hukuki Sonuçları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2020, s. 44.

<sup>21</sup>USLU, s. 927.

<sup>22</sup>30.6.2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazete.

<sup>23</sup>ÇOBAN, s. 104; USLU, s. 928; SÜMER s. 530.

### III. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİNE SAĞLANAN GÜVENCELER

İşyeri sendika temsilcilerinin görevleri sebebiyle iş güvencesi noktasında öncelikli olarak güvence altına alınması gerekli kişiler arasında olduğu kuşkusuzdur<sup>24</sup>. İşyeri sendika temsilcisinin korunması 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanun'un 24. maddesi ile sağlanmaktadır. 6356 sayılı Kanun'un 24. maddesine göre işyeri sendika temsilcisi, sendikal faaliyetler noktasında işyerinde en çok risk altında olan kişidir. Bu yüzden kendisine iş güvencesine ek olarak başkaca haklar da tanınmıştır<sup>25</sup>.

Daha önceki kanunlara bakıldığında, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenen güvencede, temsilcinin bağlı olduğu kanuna göre bir ayırım yapılmamış gerek 4857 sayılı İş Kanunu<sup>26</sup> gerek 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (kısaca Basın İş Kanunu)<sup>27</sup> gerekse de 854 sayılı Deniz İş Kanunu<sup>28</sup> kapsamına dâhil olsun işyeri sendika temsilcisi olarak görev yapan tüm işçiler güvence kapsamına alınmıştır<sup>29</sup>. 2821 sayılı Kanun'un 4473 sayılı Kanunla değişik 30. maddesinde ise yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işyeri sendika temsilcileri işyeri sendika temsilcisinin feshe karşı korunmasından yararlanabilmekteydi<sup>30</sup>. Belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımı 6356 sayılı Kanun ile kaldırılmış<sup>31</sup>, hem belirli iş sözleşmesi ile hem de belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan temsilciler koruma altına alınmıştır. Ayrıca işyeri sendika temsilcilerinin kanunda düzenlenmiş olan feshe karşı

<sup>24</sup>ŞAHLANAN, Fevzi: "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2013, Cilt 4, Sayı 39, s. 110-142.

<sup>25</sup>ZORLUTUNA, Dilara: *Sendikalar Hukukunda Demokrasi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 206.

<sup>26</sup>10.6.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazete.

<sup>27</sup>20.06.1952 tarihli ve 8140 sayılı Resmi Gazete.

<sup>28</sup>29.04.1967 tarihli ve 12686 sayılı Resmi Gazete.

<sup>29</sup>YILMAZ, s. 75

<sup>30</sup>ASTARLI, Muhittin: "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 17, Sayı 1-2, s. 156.

<sup>31</sup>AKI, Murat: *İşçinin Feshe Karşı Korunması ve Sendika Özgürlüğü*, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2016, s. 67.

güvenceden yararlanabilmesi için iş sözleşmelerinin türünün bir önemi bulunmadığı gibi belirli bir süre çalışmak şeklinde asgari kıdem şartı da mevcut değildir<sup>32</sup>.

ILO'nun 135 sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklara İlişkin Sözleşme'nin 1. maddesi de<sup>33</sup> “İşletmelerdeki işçi temsilcileri, kanunlara toplu sözleşmelere veya yürürlükteki sözleşmelere dayalı diğer düzenlemelere uygun hareket etmeleri koşulu ile işten çıkarma dâhil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından veya bu sıfatla faaliyetlerde bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendika faaliyetlerine katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkili bir korumadan yararlanırlar.” şeklindeki düzenleme ile işyeri sendika temsilcilerinin haklarını korumayı amaçlamıştır.

6356 sayılı Kanunda işyeri sendika temsilcisinin korunmasının sağlanmasındaki ön şart hukuken geçerli olan ve kanunda ifade edilen koşullar doğrultusunda oluşturulmuş bir işyeri sendika temsilcisinin bulunmasıdır. Bu şekilde işyeri sendika temsilcisinin güvencesi temsilcilik süresiyle sınırlı tutulmakta, bu haliyle eleştirilen bir hususa neden olmaktadır. Zira daha önce üstlendiği görev sonucunda temsilcinin görevinin sona erdiği tarihten sonra feshe maruz kalması halinde işyeri sendika temsilciliği süresi sona eren işçi STİSK m.24'ün sağladığı güvenceden yararlanamayacaktır. Ancak bu halde işçi, 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesi ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan sendikal özgürlüklere ilişkin genel güvenceden koşullarını sağlaması şartıyla faydalanabilecektir<sup>34</sup>. Temsilcilik süresi biter bitmez güvencenin ortadan kalkması ILO'nun 158 sayılı Hizmet İlişkinine Son Verilmesi Sözleşmesine de aykırılık oluşturmaktadır. Sözleşmenin 5. maddesine göre işçi temsilciliği yapmış

<sup>32</sup> KAYIRGAN, Hasan: “İşyeri Sendika Temsilcilerinin İşe İade Davasını Kazanması Sonucu Doğacak Haklar”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 8, Sayı 2, s. 579-602.

<sup>33</sup> <https://www.ilo.org/> (E.T. 22.01.2023).

<sup>34</sup> ŞENGÜL, s. 66.

olmak, yapıyor olmak veya işçi temsilciliğine talip olmak iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden teşkil etmeyecektir<sup>35</sup>.

STİSK m. 24'teki temel güvence, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine yönelik getirilmiştir. Fakat STİSK m. 24 işverenin yapacağı fesihle sınırlı kalmayıp; işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshe zorlanacağı iş ve işyeri değişikliklerine karşı da güvence sağlamayı amaçlamaktadır<sup>36</sup>.

### A. İşyeri Sendika Temsilcisinin Feshe Karşı Güvencesi

STİSK m. 24'te “(1) İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sendika dava açabilir. (2) Dava basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde bölge adliye mahkemesi kesin olarak karar verir. (3) Temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile karar kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması halinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır.” şeklindeki düzenleme ile işyeri sendika temsilcisi feshe karşı güvence altına alınmıştır.

24. maddenin birinci fıkrasındaki “İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı neden olmadıkça feshedemez.” şeklindeki düzenlemede işyeri sendika temsilciliğinin güvencesinde herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu ya da 6098

<sup>35</sup> BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: “İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2017, Cilt 1, Sayı 52, s. 107-134.

<sup>36</sup> CENTEL, s. 15.

Sayıli Türk Borçlar Kanunu<sup>37</sup>(TBK) kapsamına dâhil edilen, iş güvencesi hükümlerinin şartlarını sağlayan ve sağlamayan tüm temsilciler söz konusu kanun maddesinin sağladığı güvenceden faydalanacaktır. Aynı şekilde iş sözleşmesinin tam veya kısmi süreli, belirli veya belirsiz süreli olmasının, temsilcinin iş güvencesi hükümleri kapsamına girip girmediğinin bir önemi bulunmamaktadır<sup>38</sup>.

Fesih yoluyla iş sözleşmesinin sona erdiği durumlarda işyeri sendika temsilcileri kanunda belirtilen güvenceden yararlanabileceklerdir. Sözleşmenin karşılıklı anlaşma (ikale) veya belirlenmiş olan sürenin bitmesi nedeniyle sona ermesi halinde temsilci bu güvenceden faydalanamayacaktır. Fakat işyeri sendika temsilcisinin baskı altında kalması nedeniyle iş sözleşmesini feshetmek zorunda kaldığı hallerde, Yargıtay kararında da belirtildiği üzere işçinin işveren baskısına maruz kalması sonucunda yaptığı feshin işveren tarafından yapılmış bir fesih olarak kabul edilmesi nedeniyle, temsilci STİSK m. 24'teki güvenceden faydalanabilecektir<sup>39</sup>.

Madde hükmüne göre işveren işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini geçerli bir nedene dayanarak sonlandıramayacaktır<sup>40</sup>. Bu doğrultuda işverence sadece İş Kanunlarında ya da Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan haklı sebeplerle işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi sonlandırabilecektir<sup>41</sup>. Her olayın özelliğine göre somut olayda haklı nedenin varlığı hâkimce saptanmalıdır<sup>42</sup>. Zira *“Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi*

<sup>37</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

<sup>38</sup> ÇOBAN, s. 110.

<sup>39</sup> ÇOBAN, s. 114; Yargıtay, 9 HD., T. 09.02.2017, E. 2015/7158 K. 2017/1345 *“İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşverenin tazminatların derhal ödeneceği sözünü vermek ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması halinde, gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. İşverenin baskı uygulaması sonucu düzenlenen istifa dilekçesine değer verilemez. Dairemizce bu gibi hallerde feshin işverence gerçekleştirildiği, bununla birlikte işveren feshinin haklı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.”*

<sup>40</sup> CENTEL, s. 15.

<sup>41</sup> AKYİĞİT, Ercan: *Toplu İş Hukuku/El Kitabı*, Ankara, 2015, s. 473; SUR, Melda: *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 4.Baskı, Ankara, 2015, s. 69; ASTARLI, s. 156; SÜMER s. 532.

<sup>42</sup> SÜMER; s. 533; SUR, s. 70.



*beklenemeyen bütün durum ve koşullar haklı sebep sayılır.”* şeklinde Türk Borçlar Kanunu’nun “Haklı Sebepler” başlıklı hizmet sözleşmesinin feshine yönelik 435. maddesinde haklı sebep tanımlanmıştır. Bu durum da göstermektedir ki, haklı sebep sayılan hal ve durumlar İş Kanunu madde 25 ile sınırlı kalmamaktadır<sup>43</sup>. Diğer taraftan iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği bir durum ortaya çıktığında işveren, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini bildirimli fesih yolu ile feshetmeyi tercih edip derhal feshetmediği hallerde işyeri sendika temsilcisinin işe iadesine karar verilmemelidir<sup>44</sup>. Örnek vermek gerekirse, işyerinin kapanması iş kanunları açısından iş sözleşmesinin feshinde haklı neden oluşturmamaktadır<sup>45</sup>. Bunun yanında temsilcinin iş sözleşmesinin işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan ve İş Kanununun 25. maddesinde sayılan haklı nedenler kadar ağır olmayan geçerli nedenlerle feshedilebilmesi için geçerli nedenin süreklilik taşıyıp geçerli neden aşamasını aşması, geçerli nedenden daha ağır olup haklı nedene dönüşmesi gerekmektedir<sup>46</sup>.

STİSK 24. maddesinin 1. fıkrasında “*İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez.*” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Bu haliyle ilgili düzenlemede İş Kanunu madde 19’daki gibi bir geçerlilik şartı öngörülmüştür<sup>47</sup>. Kanunda belirtilen şekil şartlarına uyulmadan yapılan fesih bildirim STİSK madde 24/3 doğrultusunda geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacaktır<sup>48</sup>. İşverence fesih haklı nedenle yapılmış olsa dahi, temsilcinin iş sözleşmesinin yazılı şekilde feshedilmemesi

<sup>43</sup> ŞAHLANAN, s. 127.

<sup>44</sup> ŞAHLANAN, s. 128; AKI, s. 67.

<sup>45</sup> CENTEL, s. 16; ŞAHLANAN, s.127; ÖZKARACA, Ercüment: “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2013, Cilt 3, Sayı 38, s. 173-216.

<sup>46</sup> ALPAGUT, Gülsevil: *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar*, Ankara, 2013, s. 127; ÖZKARACA, s.195; BAĞCI, s. 115; SÜMER, s. 533.

<sup>47</sup> NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2016, s.287; ŞAHLANAN, s. 128; ASTARLI, s. 157; AKI, s. 67; CENTEL, s. 16.

<sup>48</sup> ŞENGÜL, s. 68; ASTARLI, s. 157.

veya fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtilmemesi halinde temsilcinin işe iadesine karar verilecektir<sup>49</sup>.

Feshin geçerliliği açısından özel bir yazılı şekil şartı aranmamakta olup fesih bildirimiminin basit yazılı şekilde yapılması yeterlidir<sup>50</sup>. Haklı nedenin kesin şekilde belirtilmesi ise işveren tarafından sonradan işverenin fesih bildiriminde bulunurken gösterdiği haklı nedeni değiştirememesi ya da başka bir haklı neden ileri sürememesidir<sup>51</sup>. Madde 24/2 gereğince mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde bölge adliye mahkemesi kesin olarak karar vermektedir<sup>52</sup>.

Kanunda yer alan güvencelerden yararlanmak isteyen işyeri sendika temsilcisi iş sözleşmesinin feshinden itibaren bir ay içerisinde işe iade davası açmak için iş mahkemesine başvurmak zorundadır<sup>53</sup>. Hak düşürücü süre olan bir aylık süreyi hâkimin resen dikkate alması gerekmektedir<sup>54</sup>. Bu bir aylık süre içerisinde işyeri sendika temsilcisi kendisi dava açabileceği gibi üyesi bulunduğu sendika da dava açabilecektir<sup>55</sup>. İşe iade davasının temsilcinin üye olduğu sendika tarafından açılabilmesi için sendika temsilcisinin STİSK m.26/2'deki "*Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyumsuzluklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez.*" düzenleme gereğince yazılı başvurusunun bulunması

<sup>49</sup> BAĞCI, s. 117.

<sup>50</sup> CENTEL, s. 16; BAĞCI, s. 117.

<sup>51</sup> SÜMER, s. 533; CENTEL, s. 16; BAĞCI, s. 117; ŞENGÜL, s. 69.

<sup>52</sup> STİSK m.24/2 c.2.

<sup>53</sup> BAĞCI, s. 117; ERTÜRK, s.11 vd.

<sup>54</sup> ALP, Mustafa: "İşçinin Feshe Karşı Korunması(İş Güvencesi Yasası)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 5, Sayı 1, s. 19; UZUN, Çağla Yavuz: *İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, Trabzon, 2019, s. 65; NARMANLIOĞLU, s. 286.

<sup>55</sup> UZUN, s. 65

gerekmektedir<sup>56</sup>. İşyeri sendika temsilcisinin dava açma isteğinin olmadığı hallerde sendikanın dava açma yetkisi yoktur<sup>57</sup>. Sendikanın doğrudan işe iade dava açması, işyeri sendika temsilcisinin işveren tarafından baskıya maruz kalıp dava açamaması durumunda gündeme gelecektir<sup>58</sup>.

STİSK’te her ne kadar bir aylık süre içerisinde dava açılması gerektiği ifade edilmişse de STİSK kapsamında açılacak işe iade davaları ve alacak davaları da 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’na<sup>59</sup> (İMK) tabidir<sup>60</sup>. Kanununun 3.maddesi 1.fikrasındaki “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*” şeklindeki düzenleme gereğince iş sözleşmesi usulüne aykırı şekilde feshedilen işyeri sendika temsilcisi işe iade davası açmadan önce 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesi uyarınca fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde arabulucuya başvurmak zorundadır<sup>61</sup>. Arabuluculuk sonucunda anlaşılammaması halinde ise temsilcinin son tutanağın düzenlenmesinden itibaren iki hafta içerisinde işe iade davası açılması gerekmektedir<sup>62</sup>. İşyeri sendika temsilci tarafından açılan bu davada fesih sırasında dayandığı haklı sebebi işveren ispatlamak zorundadır<sup>63</sup>.

İşyeri sendika temsilcisi veya üyesi olduğu sendika, işverenin feshine karşı dava açarak mahkemeden işe iadeyi talep etmenin yanında ve fesih tarihi ile kararın

<sup>56</sup> ÇOBAN, s. 119; ASTARLI, s.157; ÖZTOPÇUOĞLU, Şerife Cırcır: *Sendikal Güvenceler*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2022, s. 95.

<sup>57</sup> ŞENGÜL, s. 68; ASTARLI s. 157.

<sup>58</sup> BAĞCI, s. 118; CENTEL, s. 17; DEMİR, Fevzi: “Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre İşyeri Sendika Temsilcisi Güvencesine İlişkin Olarak Getirilen Düzenlemeler”, *İşveren Dergisi*, Kasım-Aralık, 2012, Cilt 50, Sayı 6, s. 65-66.

<sup>59</sup> 25.10.2017 tarihli ve 30221 sayılı Resmi Gazete.

<sup>60</sup> ÖZKARACA, Ercüment/ ÜNAL, Canan: “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu Açısından Uygulanması”, *Sicil Hukuk Dergisi*, 2019, Sayı 42, s. 16-41.

<sup>61</sup> ÖZKARACA/ ÜNAL s.19; ÇOBAN, s.120; UZUN, s.65; Bir aylık arabulucuya başvurma süresinin başlangıcına yönelik düzenlemenin eleştirisi için bkz. ASTARLI, Muhittin: “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Sicil Hukuk Dergisi*, 2017, Sayı 38, s. 40-53.

<sup>62</sup> ÖZTOPÇUOĞLU, s. 96; ÇOBAN, s. 124.

<sup>63</sup> SÜMER, s. 533; ÇOBAN, s. 124; ŞAHLANAN, s. 128.

kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları da talep eder<sup>64</sup>. Söz konusu ücret ve diğer haklar temsilcilik süresi dikkate alınarak belirlenir<sup>65</sup>. Temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla işyeri sendika temsilcisine ödenecek diğer haklar kapsamına gıda yardımı, ikramiye, yol yardımı, yakacak yardımı, servis gibi parasal haklar girmektedir<sup>66</sup>.

İşe iade davasında işyeri sendika temsilcisinin işe iade talebinin bulunması yeterli gelmektedir. Zira ücret ve diğer alacakların ödenmesi ikincil nitelikte haktır<sup>67</sup>. Bu doğrultuda ücret ve diğer hakların işe iade davasında talep edilmesine gerek bulunmamaktadır<sup>68</sup>.

Bir aylık hak düşürücü süre içerisinde temsilci veya sendika tarafından dava açılmadığı takdirde, işverence yapılan fesih geçerli hale gelecektir. Ancak işverence iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedildiğinin kabul edilmesi, temsilcinin açacağı başka bir davayla sendikal tazminat ya da hak kazanmış olduğu işçilik alacaklarını talep etmesine mâni olmamaktadır<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> BAĞCI, s. 118.

<sup>65</sup> KAYIRGAN, s. 587; ASTARLI, s. 158.

<sup>66</sup> ŞENGÜL, s.70; Yargıtay, 9. HD., T. 05.10.2022, E. 2022/8823, K.2022/11233 “Boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların, işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir.”

<sup>67</sup> KAYIRGAN, s.587; Yargıtay, 22. HD., T. 17.12.2019, E. 2016/25331, K. 2019/23460 “Somut olayda davacının kesinleşen işe iade kararı sonucunda işe başlamak üzere davalı şirkete başvuruda bulunduğu, bunun üzerine davalı şirket tarafından işe başlatılmadığı sabittir. Fesih sonrası davacının başka bir işyerinde çalışmaya başlaması feshin geçersizliğine bağlı ikincil sonuçları ortadan kaldırmaz. Kesinleşen işe iade ilamında boşta geçen süre 4 ay olarak tespit edildiğinden 4 aylık ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekir. Yazılı gerekçe ile hüküm kurulması isabetsiz olmuştur.”

<sup>68</sup> KAYIRGAN, s.587; Yargıtay, 9. HD., T. 19.06.2017, E. 2017/22039, K.2017/10893 “Belirtmek gerekir ki temsilci veya yöneticinin iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verildiğinde, yasanın düzenlemesi gereği feshin sonucuna bağlandığı için talep olsun veya olmasın, boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerekir. Bu düzenleme taleple bağıllık kuralının istisnasıdır.”

<sup>69</sup> AKYİĞİT, s. 475-476; BAĞCI, s. 119.

## 1. Mahkemece İşe İade Kararı Verilmesi Halinde

STİSK m. 24/3'te "*Temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile karar kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir.*" şeklinde düzenleme yapılmıştır.

İşe iade davası temsilci lehine sonuçlandığı takdirde, 4857 sayılı İş Kanunundaki düzenleme gereği boşa geçen süre ücreti ve diğer haklar kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık süre için değil; İş Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak fesih tarihi ile hükmün kesinleşme tarihi arasındaki tüm dönemi kapsayacaktır<sup>70</sup>. Ancak boşa kalınan süre her halde temsilcilik süresini aşamayacaktır. İşe iade davasının kısa sürede sonuçlanamaması tehlikesi karşısında işvereni mağdur etmemek amacıyla, boşa geçen süre için hükmedilecek ücret işyeri sendika temsilcisinin görev süresinin sonuna kadar almış olacağı ücret miktarını aşamayacaktır<sup>71</sup>. Görev süresi bitmiş işyeri sendika temsilcisinin işe iade davası sırasında tekrardan temsilci olarak atanması halinde, boşa kalınan süre iade kararının kesinleşme tarihine kadar uzayabilecektir<sup>72</sup>. Temsilcinin işe iade kararı doğrultusunda işe başlatılmak üzere işverene başvurup başvurmaması veya temsilci başvuruda bulunmuşsa işverenin temsilciyi işe başlatıp başlatmaması koşullarına bağlı olunmaksızın söz konusu ücret ve diğer haklar işyeri sendika temsilcisine ödenecektir<sup>73</sup>. Mahkemenin vermiş olduğu işe iade kararıyla işverence yapılan feshin

<sup>70</sup> AKI, s. 67; BAĞCI, s. 1 20.

<sup>71</sup> CENTEL, s. 18.

<sup>72</sup> CENTEL, s. 18.

<sup>73</sup> ÇEKİRDEK, Meltem: "Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler", *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 2019, Cilt 2, Sayı 2, s. 33-64; ŞAHLANAN, s. 129; KAYIRGAN, s. 589; ÇOBAN, s. 126; SÜMER, s. 533; Yargıtay, 7. HD., T. 24.03.2016, E. 2016/6678, K. 2016/7148 "*24. maddenin 3. fıkrasında temsilcinin işe iadesine karar verildiğinde feshin geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve haklarının ödeneceği öngörülmüştür. İşyeri sendika temsilcisi kararın kesinleşmesinden sonra işe başlamak için başvurmasa dahi geçersiz sayılan fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarını alacaktır. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre boşa geçen süre alacağına hükmedilemeyecektir.*"

geçersiz olduğu sonucuna varılacak ve iş sözleşmesi kurulduğu andan itibaren geçerli kabul edilecektir<sup>74</sup>.

STİSK m. 24/3'te "*Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması halinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır.*" şeklindeki düzenleme gereğince işyeri sendika temsilcisi kanunda öngörülen süre içerisinde işverene başvurduğu takdirde işveren temsilciyi işe başlatmak zorundadır<sup>75</sup>. Bu süre hak düşürücü süredir<sup>76</sup>.

İşe iade için başvuran temsilcinin altı iş günü içerisinde başlatılmaması durumunda iş ilişkisinin sona ermediği kabul edildiğinden çalışmayan temsilci bir iş karşılığı olmaksızın ücret ve diğer haklarını temsilcilik süresince alacaktır<sup>77</sup>. Kanuna göre işyeri sendika temsilcinin temsilciliğe yeniden atanması durumunda da söz konusu ödemeler devam edecektir<sup>78</sup>. Ancak iş sözleşmesinin devamı temsilcilik süresi ile sınırlı olduğundan, işyeri sendika temsilcisinin işe alınmaması halinde iş sözleşmesi temsilcilik süresi sonunda feshedilmiş sayılacaktır<sup>79</sup>. Feshe bağlı alacaklar da temsilcilik süresinin sonundaki ücrete ve kıdem süresine göre hesaplanacaktır<sup>80</sup>. İşyeri sendika temsilcisi temsilcilik süresi son bulmadıkça iş sözleşmesinin feshe bağlı alacaklarını işverenden talep edemeyecektir<sup>81</sup>.

Temsilcinin görev süresi içerisinde başka bir işe girip çalışması halinde ise elde etmiş olacağı kazanca TBK m. 408'deki "*İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini*

<sup>74</sup> BAĞCI, s. 120.

<sup>75</sup> ŞENGÜL, s. 71.

<sup>76</sup> BAĞCI, s. 121; ÖZKARACA s. 196; CENTEL, s. 19.

<sup>77</sup> ÇOBAN, s. 131; ÖZKARACA s. 196; ŞAHLANAN, s. 129.

<sup>78</sup> ŞENGÜL, s. 72.

<sup>79</sup> KAYIRGAN, s. 590.

<sup>80</sup> ÖZKARACA s. 196; ŞAHLANAN, s. 130; KAYIRGAN, s. 591.

<sup>81</sup> BAĞCI, s. 121; ÖZKARACA s. 197; ŞAHLANAN, s. 129.

isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.” şeklindeki indirimin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında STİSK 24. maddesinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>82</sup>. Temsilci ile işveren arasındaki iş ilişkisinin hukuken ve gerçekten sürdüğü varsayılarak işverenin TBK m.408 doğrultusunda temerrüde düştüğünün kabulü halinde indirim yapılması mümkündür<sup>83</sup>. Fakat işe iadesine karar verilmesine rağmen işverence ile başlatılmayan temsilciye ödenmesi gereken ücretin ceza veya yaptırım sayılması halinde, temsilciye ödenen ücrette indirim uygulanmamalıdır<sup>84</sup>.

## 2. Mahkemece İş İade Talebinin Reddedilmesi Halinde

Dava sonunda, mahkemenin işvereni haklı bulması halinde fesih beyanı temsilciye ulaştığı andan itibaren fesih geçerli kabul edilecek, iş sözleşmesi fesih beyanının temsilciye ulaştığı anda sonlanmış olacaktır<sup>85</sup>. Mahkemece bu yönde verilen bir karar açılacak başka bir davada davanın konusundaki farklılık nedeniyle feshin haklılığı noktasında kesin hüküm oluşturmaya da, sonrasında kıdem tazminatını da içerecek şekilde temsilci tarafından açılacak bir davada feshin haklı nedenle yapıldığı hususunun bağlayıcı nitelikte kesin delil oluşturacağı aşıkârdır<sup>86</sup>.

## B. İşyeri Sendika Temsilcinin Sendika Özgürlüğünün Güvencesi Hükümlerinden Yararlanması

İşyeri sendika temsilcinin temsilcilik kapsamındaki faaliyetleri de sendikal faaliyet kapsamına girdiğinden, görevi kapsamında yürütmüş oldukları faaliyetler sonucunda temsilcinin iş sözleşmesi feshedilirse sendikal nedenle fesih gündeme gelecektir<sup>87</sup>. İşyeri sendika temsilcisi isterse STİSK m. 25 çerçevesinde sendika

<sup>82</sup> CENTEL, s. 20; BAĞCI, s. 123.

<sup>83</sup> BAĞCI, s. 123; CENTEL, s. 20.

<sup>84</sup> BAĞCI, s. 123; AKYİĞİT, Ercan: “Yeni Kanunda Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 9, Sayı 36, s. 3-36; ASTARLI, s. 160.

<sup>85</sup> ŞENGÜL, s. 69; ÖZKARACA, s. 197; CENTEL, s. 17

<sup>86</sup> ŞAHLANAN, s. 128; CENTEL, s. 17.

<sup>87</sup> BAYRAM, Fuat: “Sendikal Fesih Karinesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2006, Cilt 3, Sayı 12, s. 1221-1251; ÇOBAN, s. 133.

özgürlüğünün güvencesinden faydalanabilecektir<sup>88</sup>. STİSK m. 25/4'e göre sendikal ayrımcılığa maruz kalmış işçi, bir yıllık ücretinden az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanabilecektir<sup>89</sup>. Bu doğrultuda sendikal nedenlerle işyeri sendika temsilcinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde temsilci 25. maddeye göre doğrudan sendikal tazminat talebinde bulunabilecek olup, 24. maddeye göre işe iade davası açma zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>90</sup>.

İşyeri sendika temsilcisinin temsilcilik süresi dolmak üzere ise ve yeniden temsilci olarak atanma ihtimali bulunmuyor veya işyeri sendika temsilcisi işyerine dönmek istemiyorsa işyeri sendika temsilcisinin 25. madde doğrultusunda sendikal tazminat talep etmesi, 24. maddeye göre işe iade davası açmaktan daha avantajlı kabul edilmektedir<sup>91</sup>.

STİSK m. 24'e göre açılan işe iade davasında temsilcinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini işverenin ispatlaması gerekirken, temsilciye ispat yükümlülüğü yüklenmemektedir. Madde 25 doğrultusunda açılan davada ise iki tarafa ispat yükümlülüğü yüklenmiştir. İşveren ileri sürdüğü haklı veya geçerli sebebi ispatla, temsilci ise ileri sürdüğü sendikal nedeni ispatla yükümlüdür<sup>92</sup>.

İşyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi halinde 24. maddede düzenlenen temsilcilik güvencesi ile 25. maddede düzenlenen sendika özgürlüğü güvencesinden aynı anda yararlanıp yararlanamayacağı hususunda öğretide görüş ayrılıkları mevcuttur. Bir görüşe göre işyeri sendika temsilcisinin hem 24. maddeye dayanarak dava açması hem de 25. maddeye dayanarak sendikal tazminat talep etmesi halinde kanun maddelerinin birbiri ile yarışması sebebiyle işveren bir fiili dolayısıyla iki kez cezalandırılacaktır. Her ikisinin aynı anda talep edilmesi söz konusu olmadığı için bu şekilde bir taleple açılan bir davada hâkimin davayı aydınlatma görevine dayanarak davacıya hangi kanun maddesinden

<sup>88</sup> ÇOBAN, s. 133.

<sup>89</sup> SÜMER, Haluk Hadi: *İş Hukuku*, 24. Baskı, Ankara, 2019, s. 221.

<sup>90</sup> ÖZTOPÇUOĞLU, s. 99; ÇOBAN, s. 132; ÖZKARACA, s. 197.

<sup>91</sup> ÖZTOPÇUOĞLU, s. 99; ÇOBAN, s. 133; BAĞCI, s. 126.

<sup>92</sup> ÇOBAN, s. 134; BAĞCI, s. 126; ÖZTOPÇUOĞLU, s. 99.



faıdalanacağını açıklatması gerekecektir<sup>93</sup>. Yargıtay'ın yerleşmiş kararı da bu görüş yönündedir<sup>94</sup>.

Diğer görüşe göre ise 24. madde ile 25. maddede yer alan hususların aynı davada birlikte istenilmesine bir engel bulunmamaktadır. Zira her iki hüküm farklı amaçlara hizmet etmektedir. İşe başlatılmadığında temsilciye ödenmesi hüküm altına alınan ücret, iş ilişkisi sona ermediği halde işe başlatılmamanın yaptırımıyken, sendikal ayrımcılığın yaptırımını sendikal tazminattır<sup>95</sup>.

### C. İşyeri Sendika Temsilcisinin İşyerinin ve İşinin Değiştirilmesi Halinde Güvencesi

STİSK madde 24/4'e göre işveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi hâlde değişiklik geçersiz sayılır. Bu doğrultuda işverene sözleşmelerde tek yanlı değişiklik yetkisi tanınmış olsa dahi temsilcinin işyeri ve çalışma şartlarında değişikliğe gidilemeyecektir<sup>96</sup>. İşyeri sendika temsilcisinin yazılı onayı alınmadan yapılan iş ve işyeri değişikliğine ilişkin işverence verilen talimatlara temsilci uymakla yükümlü değildir<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> BAĞCI, s. 126; SÜMER, s. 535.

<sup>94</sup> Yargıtay, 9. HD., T. 02.10.2017, E. 2016/18436, K. 2017/14666 "Görüldüğü üzere 6356 sayılı Kanun'un 24. maddesinde düzenlenen sendika temsilciliğinin güvencesine dayanılarak açılan işe iade davası ile, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde düzenlenen sendika özgürlüğünün güvencesine dayanılarak açılan davanın uygulanma şartları ve sonuçları birbirinden farklıdır. Elbette sendika temsilcisi 24. madde yerine 25. madde hükümlerinin uygulanmasını isteyerek dava açabilecektir. Ancak her iki hükmün amacı, uygulanma şartları ve sonuçları farklı olduğundan, Dairemiz uygulamasına göre karma talepli açılmaz ve karma uygulanamaz. Bu bakımdan dava dilekçesinde hem 6356 sayılı Kanun'un 24/3 maddesinin uygulanmasını hem de 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesi uyarınca tazminat talep eden davacıya öncelikle "sendika işyeri temsilciliğinin güvencesi"ni düzenleyen 24. maddenin mi uygulanmasını yoksa koşulları farklı 25. maddenin mi uygulanmasını istediği hususu açıklattırıldıktan sonra esasa girilerek değerlendirme yapılması için kararın bozulması gerekmektedir."

<sup>95</sup> ÇOBAN, s. 134; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 128-129.

<sup>96</sup> CENTEL, s. 20; ŞENGÜL, s. 73; UZUN, s. 68; SÜMER s. 536.

<sup>97</sup> SÜMER s. 536; CENTEL, s. 21; BAĞCI, s. 130.

İşyeri sendika temsilcisi işyeri veya esaslı çalışma şartlarındaki değişikliği kabul etmek isterse istenilen değişikliğe yazılı onay vermesi şarttır. Onayın önceden verilmesi hukuken geçerli kabul edilmemektedir<sup>98</sup>.

Söz konusu 24/4.maddenin İş Kanunu madde 22’de “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir.” şeklinde yer alan düzenleme ile benzerlik gösterdiği görülmekte ise de her iki düzenlemenin kapsamı farklıdır. Zira İş Kanunu madde 22 yalnızca 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçiler için uygulama alanı bulmaktayken, STİSK 24. maddenin 4. fıkrası 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girsin girmesin tüm işyeri sendika temsilcilerini kapsamaktadır<sup>99</sup>.

Yargı yoluna başvurma hususu ise işyeri değişikliği ile işte esaslı değişiklik durumlarına göre farklılık göstermektedir. İşyeri değişikliği söz konusu olduğu hallerde işlemin iptali ve işe iade amacıyla dava açma olanağı söz konusu iken işte esaslı değişiklik olması halinde temsilcinin dava açabilmesi söz konusu olmayacaktır. Böyle bir değişiklik temsilcinin onayının olmaması nedeniyle temsilciyi bağlamayacağından, temsilci TBK m. 408’deki işveren temerrüdü hükümleri doğrultusunda ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir. Temsilciye esaslı değişiklik durumunda dava açma imkânı ise, temsilcinin esaslı değişikliği onaylamaması sonucu işverenin iş sözleşmesini feshetmesi halinde gündeme gelecek, temsilci m. 24’e dayanarak işe iade davası açabilecektir<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> CENTEL, s. 21; BAĞCI, s. 130; ÖZTOPÇUOĞLU, s. 102.

<sup>99</sup> CENTEL, s. 20; UZUN, s. 68; ŞAHLANAN, s. 130.

<sup>100</sup> ÖZKARACA, s. 198; CENTEL, s. 21; ŞAHLANAN, s. 131; ÇEKİRDEK, s. 58-59.

## SONUÇ

İşyeri sendika temsilcileri sendikal faaliyetlerin uygulanmasında başı çekmekte, işverenle sürekli etkileşim halinde bulunmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu tarafından 6356 sayılı Kanun'da işyeri sendika temsilcilerine özel olarak yer verilmiş, temsilcilik faaliyetleri güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Her ne kadar kanun ile güvence altına alınılmaya çalışılsa da birçok hususta netlik olmamakta öğretide tartışma konusu olmaktadır.

İşyeri sendika temsilcilerine 24. madde ile feshe karşı güvence sağlanmış, bu güvence temsilcilik süreleri ile sınırlı tutulmuştur. Temsilcilik süreleri ile sınırlı tutulduğu için de, süre bittiğinde temsilcinin durumunun ne olacağı noktasında kanunda açıkça bir düzenleme yapılmamıştır. İşyeri sendika temsilcisi işveren tarafından haksız feshe uğradığında işe iade davası açabilecek mahkemece işe iadesine karar verildiği takdirde boшта geçen süre ücreti ve diğer haklarına hükmedilebilecek, ayrıca temsilcinin işe iade edilmesi kaçınılmaz olacaktır. İşe iade edilmediği takdirde ise temsilci, temsilcilik süresi sona erene kadar alması gereken ücretleri almaya hak kazanacaktır. Temsilcilik görev süresi içerisinde başka bir işe girip çalışması durumunda kendisine ödenecek ücrette indirim yapıp yapılmayacağı da kanunda açıkça düzenlenmediği için bu husus öğretide bir başka tartışma konusunu oluşturmaktadır. Temsilcinin temsilcilik süresi içerisinde işverence işe alınmaması halinde, feshe bağlı işçilik alacaklarını işverenden talep edebilme imkânı gündeme gelecektir.

İşyeri sendika temsilcisinin mahkemece verilen karar sonucunda işe iade edilmemesi halinde ise iş sözleşmesi fesih beyanının temsilciye ulaştığı anda sonlandırılmış kabul edilecektir.

Temsilcinin temsilcilik süresi dolmak üzere ise ve yeniden temsilci olarak atanma ihtimali bulunmuyor veya işyeri sendika temsilcisi işyerine dönmek istemiyorsa, işyeri sendika temsilcisinin 25. madde doğrultusunda sendikal tazminat talep etmesi, 24. maddeye göre işe iade davası açmaktan daha avantajlı kabul edilmektedir. Bu noktadaki tartışmalı husus 24. maddedeki talepler ile 25. madde

doğrultusunda sendikal tazminatın birlikte istenip istenemeyeceğidir. Yargıtay ve öğretinin bir kısmının savunduğu görüş kanaatimizce de isabetli olup işvereni bir fiili dolayısıyla iki kez cezalandıracak şekilde iki düzenlemenin bir arada istenebilmesi mümkün değildir.

24. madde temsilciyi sadece feshe karşı korumakla kalmamakta ayrıca temsilciye işyerinin değişikliği ve işte meydana gelecek esaslı değişikliklere karşı da güvence sağlamaktadır. Bu durumun söz konusu olduğu hallerde temsilcinin yazılı onayı doğrultusunda hareket edilmekte, temsilci yazılı onay vermediği takdirde yapılan işlemler temsilciyi bağlamamaktadır. Bu madde İş Kanunu'na tabi olsun olmasın tüm işyeri sendika temsilcilerini kapsamaktadır. İşyeri değişikliği söz konusu olduğu hallerde temsilcinin işlemin iptali ve işe iade amacıyla dava açma olanağı bulunmaktadır. Ancak işte esaslı değişiklik olması halinde temsilcinin dava açabilmesi söz konusu olmayacaktır. Böyle bir değişiklik temsilcinin onayının olmaması nedeniyle temsilciyi bağlamayacağından TBK m. 408'deki işveren temerrüdü hükümleri doğrultusunda temsilci işverenden ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir. Temsilcinin esaslı değişiklik durumunda dava açma imkânı ise, temsilcinin esaslı değişikliği onaylamaması sonucu işverenin iş sözleşmesini feshetmesi halinde gündeme gelecek, temsilci m. 24'e dayanarak işe iade davası açabilecektir.

**KAYNAKÇA**

- AKI, Murat: *İşçinin Feshe Karşı Korunması ve Sendika Özgürlüğü*, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2016.
- AKYİĞİT, Ercan: *Toplu İş Hukuku/El Kitabı*, Ankara, 2015.
- AKYİĞİT, Ercan: “Yeni Kanunda Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 9, Sayı 36, s. 3-36.
- ALP, Mustafa: “İşçinin Feshe Karşı Korunması(İş Güvencesi Yasası)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 5, Sayı 1, s. 19.
- ALPAGUT, Gülsevil: *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar*, Ankara, 2013.
- ASTARLI, Muhittin: “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 17, Sayı 1-2, s. 156.
- ASTARLI, Muhittin: “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Sicil Hukuk Dergisi*, 2017, Sayı 38, s. 40-53.
- BAĞCI, Ayberk: *Türk İş Hukukunda İşyeri Sendika Temsilciliği Ve İşçi Kuruluşu Yöneticiliği*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017.
- BAŞBUĞ, Aydın: *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk*, Ankara, 2012.
- BAYRAM, Fuat: “Sendikal Fesih Karinesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2006, Cilt 3, Sayı 12, s. 1221-1251.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: “İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2017, Cilt 1, Sayı 52, s. 107-134.

- CENTEL, Tankut: “6356 Sayılı Yasa Karşısında İşyeri Sendika Temsilciliği”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2014, Sayı 31, s. 7-22.
- ÇEKİRDEK, Meltem: “Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 2019, Cilt 2, Sayı 2, s. 33-64.
- ÇELEBİ, Duygu: “İşyeri Sendika Temsilcisi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Özel Sayı Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, s. 395-426.
- ÇELİK, Nuri: *İş Hukuku Dersleri*, 19. Bası, İstanbul, 2006.
- ÇOBAN, Nazlı: “İşyeri Sendika Temsilcisinin Feshe Karşı Korunması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2020, Cilt 78, Sayı 1, s. 95-153.
- DEMİR, Fevzi: “Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre İşyeri Sendika Temsilcisi Güvencesine İlişkin Olarak Getirilen Düzenlemeler”, *İşveren Dergisi*, Kasım-Aralık, 2012, Cilt 50, Sayı 6, s. 65-66.
- DEMİR, Fevzi: “İşyeri Sendika Temsilciliği”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt 2, İstanbul, 2001, s. 1566.
- ERTÜRK, Şükran: “İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 4, Sayı 13, s. 12.
- KAYIRGAN, Hasan: “İşyeri Sendika Temsilcilerinin İşe İade Davasını Kazanması Sonucu Doğacak Haklar”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 8, Sayı 2, s. 579-602.
- KOYUNCU, Ahmet: *İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve Hukuki Sonuçları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2020.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.
- ÖZKARACA,ERCÜMENT: “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2013, Cilt 3, Sayı 38, s. 173-216.

- ÖZKARACA, Ercüment/ ÜNAL, Canan: “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu Açısından Uygulanması”, *Sicil Hukuk Dergisi*, 2019, Sayı 42, s. 16-41.
- ÖZTOPÇUOĞLU, Şerife Cırcır: *Sendikal Güvenceler*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2022.
- SUR, Melda: *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 4.Baskı, Ankara, 2015.
- SÜMER, Haluk Hadi: *İş Hukuku Uygulamaları*, 7. Baskı, Ankara, 2019.
- SÜMER, Haluk Hadi: *İş Hukuku*, 24. Baskı, Ankara, 2019.
- ŞAHLANAN, Fevzi: “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2013, Cilt 4, Sayı 39, s. 110-142.
- ŞENGÜL, Cansu: *İş Sağlığı Ve Güvenliği Çalışan Temsilcisi İle İşyeri Sendika Temsilcileri Arasındaki İlişki Ve Güvenceleri*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2017.
- USLU, Kaan: “İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2016, Cilt 13, Sayı 50, s. 923-952
- UZUN, Çağla Yavuz: *İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, Trabzon, 2019.
- YILMAZ, Emine Şule: *İşyeri Sendika Temsilcilerinin İş Güvencesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007.
- YÜREKLİ, Sabahattin: “İşyeri Sendika Temsilcilerinde Olması Gereken Nitelikler”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 4, Sayı 13, s. 35-49.
- ZORLUTUNA, Dilara: *Sendikalar Hukukunda Demokrasi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- <https://www.ilo.org/> (E.T. 22.01.2023).



## Hayvanın Hukuki Konumu ve Hayvan Rehni

Av. Ahmet SEYHAN<sup>1</sup>

### GİRİŞ

Ticari hayatta sıklıkla kullanılan rehin kavramı alacaklının alacağını güvence altına alan önemli bir müessesedir. Kısaca rehin, borçlunun alacağın ifası için alacaklıya güvence olarak vermesi ve borcun ödenmemesi halinde alacaklının bu rehni kural olarak paraya çevirerek alacağını tahsil edebildiği aynı bir haktır. Günümüzde mevcut Covid-19 pandemi şartları da dikkate alındığında ticari hayatın devam edebilmesi için gerek çiftçiler gerekse diğer iş kollarında faaliyet gösteren tacirler tarafından kredi kullanma hususu büyük önem arz etmektedir. İster ticari anlamda kredi olsun ister herhangi sebebe dayalı bir borç olsun alacaklı tarafından her zaman alacağını tahsil edememe riski mevcuttur. Rehin kavramı ile bu risk azaltılmaya çalışılmış ve hukuk sistemimizde bu konuda birçok düzenleme yapılmıştır.

Hayvanların hukuk sistemimizde hangi statüde oldukları hususları tartışmalıdır. Bu konuda hayvanların taşınır eşya olduğu görüşleri mevcut olduğu gibi kendilerine has özel bir statülerinin olduğunu savunan görüşler de mevcuttur. Gerek çiftlik hayvanlarının gerekse evcil hayvanların rehne konu edildiği dikkate alınarak bu hususta hayvan rehni konusu ana hatlarıyla Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 940 ile düzenlenmiştir. TMK hayvan rehnine ilişkin hükme dayanarak Hayvan Rehni Tüzüğü<sup>2</sup> (HRT) ve Hayvan Rehni Tüzüğü'nün Uygulanması Hakkında Yönetmelik<sup>3</sup> çıkarılmış ve konu ile ilgili detaylar ayrıca düzenlenmiştir. Ayrıca 28.10.2016 tarihinde 29871 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni

<sup>1</sup> Eskişehir Barosu, ahmetseyhan@seyhanpartners.com, ORCID: 0000-0002-3766-3858.

<sup>2</sup> Resmî Gazete, T. 16.09.1965, S. 12102.

<sup>3</sup> Resmî Gazete, T. 24.08.1966, S. 12388.



Kanunu (TİTRK) ile de hayvan rehni ayrıca düzenlenmiştir. Tüm bu yasal düzenlemelerin yanı sıra 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile hayvanların refah içerisinde yaşamaları amaçlanan yasal düzenleme getirilmiştir.

Hayvan rehni konusu yasal mevzuatta taşınır rehni kapsamında değerlendirildiği için çalışmanın ilk kısmında genel hatlarıyla taşınır rehinden bahsedilecek olup sonrasında hayvanların hukuk sistemimizdeki yeri ve hayvan rehni konusunun TMK ve TİTRK kapsamında değerlendirilmesi yapılacaktır.

## I. TAŞINIR REHNİ KAVRAMI

Alacaklıların alacaklarının tahsil kabiliyetlerini garanti altına almalarını sağlayan teminat kavramı kişisel ve ayni teminatlar olarak ikiye ayrılır. Tipik bir ayni teminat türü olan rehin kural olarak taşınır veya taşınmaz bir eşya üzerine kurulmaktadır.<sup>4</sup> Bu durumdan hareketle Türk Medeni Kanunu ilgili maddelerinde taşınmaz ve taşınır rehinine ilişkin hükümler mevcut olup kanun, taşınmaz rehni dışında kalan rehin türlerini taşınır rehni başlığı altında toplamıştır. Taşınır rehni, TMK kapsamında taşınır eşya, hayvan, hak veya alacak üzerine bir alacağı güvence altına almak için kurulabilen ve borçlu tarafından borç ödenmediği takdirde güvence konusunun paraya çevrilmesi ile borcun ödenmesini sağlayan rehin türüdür.<sup>5</sup> Borçlu tarafından borcun ifa edilmemesi halinde alacaklı iki temel hakka sahip olur: üzerinde rehin hakkı kurulan eşyanın paraya çevrilmesi ve bu paradan alacağın tahsili.<sup>6</sup> Kural olarak taşınır rehni teslimine bağlı olarak kurulabilmekte ise de hayvan rehni için kanun koyucu teslim şartı aramamıştır. Güvence altına alınan taşınır eşyanın zilyetliğinin alacaklıya teslimi ile kurulan taşınır rehininde kamuya açıklık bu teslim ile sağlanırken hayvan rehininin de sicile tescil şartı getirilerek sağlanması amaçlanmıştır.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> UYUMAZ, Alper / TÜRK, Mehmet Cemil: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler”, MÜHFAD, 2019, Cilt 25, Sayı 2, s. 1417.

<sup>5</sup> OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul, 2014, s. 995.

<sup>6</sup> ACAR, Faruk: *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2015, s. 2.

<sup>7</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 995.

## A. Taşınır Rehni Çeşitleri

TMK'da taşınır rehni başlığı altında birçok rehin türü belirtilmiştir. Bunlardan en genel olanı “teslime bağlı rehin” iken diğer taşınır rehni türleri ise “hayvan rehni”, “alacak ve diğer haklar üzerinde rehin”, “rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlarla yapılan rehin” ve “rehinli tahvildir”. TMK dışında TTK md. 1013 ile “Gemi İpoteği”, Türk Sivil Havacılık Kanunu ile hava araçlarının rehni gibi düzenlemelere bakıldığında taşınır rehininin yalnız TMK'da değil birçok özel kanunda da düzenlendiği görülmektedir. Gemi, hava aracı, maden gibi taşınırlar da yine teslimsiz olarak sicile kayıt ile rehnedilebilmektedir. Bu noktada teslimsiz taşınır rehininin kurulması ticari hayatta büyük kolaylık sağladığı kabul edilmektedir. Özellikle ticari işletmelerde taşınır eşyaların alacaklıya teslimi halinde ticari faaliyetin büyük ölçüde olumsuz etkileneceği düşünüldüğünde teslim dayalı olmayan rehlinin önemi daha da artmaktadır. Bu itibarla TİTRK'nın TMK'da yer alan genel düzenlemelere bir seçenek olarak getirildiği görülmektedir. TMK'da taşınır rehininin kural olarak teslim dayalı olarak düzenlenmesi sebebi ile teslim dayalı olmayan rehin türleri açısından öncelikle uygun olduğu ölçüde teslim dayalı rehin hükümleri, uygun düşmediği takdirde de taşınmaz rehni hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.<sup>8</sup>

## B. Taşınır Rehnine Hâkim Olan İlkeler

### 1. Alacağa Bağlılık İlkesi

Taşınır rehininin esas olarak amacı alacağın güvence altına alınmasını sağlamaktır. Bu sebeple taşınır rehininin alacağa bağlı bir hak olarak doğması gündeme gelmektedir. Aynı sebeplerle taşınır rehni ancak alacak hakkı geçerliliğini koruduğu sürece geçerli olabilir. Bir başka anlatımla geçerli olmayan bir alacak için taşınır rehni kurulamaz. Alacağın zamanaşımına uğraması da alacak hakkı üzerindeki rehni sona erdirmez.<sup>9</sup> Alacağın sona ermesi halinde ise alacağa bağlı bir hak olan rehlin de sona ermesi durumu söz konusu olacaktır.

Taşınır rehininin müeccel veya şarta bağlı alacaklar için kurulup kurulamayacağı konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüş teminat altına alınacak

<sup>8</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 999.

<sup>9</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1001.

alacağın sadece belirli veya belirlenebilir nitelikte olması şartını ararken<sup>10</sup>, bir diğer görüş ise MK md. 881 uyarınca henüz doğmamış olup doğması muhtemel veya kesin alacaklar için ipotek hakkının kurulabilmesi kuralının taşınır rehni için de kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır.<sup>11</sup> Kanaatimizce bu durum dar yorumlanmalı ve müstakbel alacaklar için rehlin kurulması hususu doğma ihtimali yüksek alacaklar için geçerli kabul edilmelidir.

Taşınır rehininin alacağa bağlı (fer'i) nitelikte olmasının bir sonucu olarak taşınır rehininin alaktan ayrı olarak devri olanaksızdır. Alacağın devri halinde rehin hakkı yeni alacaklıya geçer. Borcun nakledilmesi halinde ise taşınır rehni üçüncü kişi tarafından kurulmuşsa rehlin devamı için üçüncü kişinin yazılı rızası gereklidir.<sup>12</sup>

## 2. Kamuya Açıklık İlkesi

Hukukumuzda kanun koyucu aynı hakların kamuya açık/aleni olmasını şart koşmuştur. Taşınmazlarda aleniyet sicil ile sağlanmıştır. Buna göre taşınmaz üzerinde hangi aynı hakların mevcut olduğu o taşınmaza ait sicilden ilgilisi tarafından görülebilecek ve sicile güven ilkesi gereği kişi sicile göre yapmış olduğu kazanımlardan yararlanacaktır. Sicile güven ilkesi hukukumuzda o denli önemlidir ki kamu düzenine mahzar bir kural olarak kabul görmüştür. Ancak taşınırlar için böyle bir durum söz konusu olamayacağından hareketle aleniyetin sağlanması için başka bir yol öngörülmüştür. Şöyle ki, söz konusu taşınırın rehin altına alındığının anlaşılması için rehin verenin doğrudan/dolaysız zilyetliğinde olmaması ve alacaklıya veya tarafların anlaşığı üçüncü bir kişiye bırakılma zorunluluğu öngörülmüştür. Bu açıdan aleniyet ilkesi, rehlin konusu olan malın rehinli alacaklıya veya tarafların belirlediği üçüncü bir kişiye fiilen teslimi ile sağlanır.<sup>13</sup> Kanunda bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Bunlardan biri asıl inceleme konumuz olan hayvan rehnidir. Kanun koyucu rehlin konusu hayvanın alacaklıya tesliminden ziyade hayvan siciline tescili ile aleniyetin sağlanmasını öngörmüştür. Yine TMK md. 940'ta gemi gibi bir sicile tescili zorunlu olan taşınmazlar üzerinde de sicil üzerine yazılmak suretiyle de rehin

<sup>10</sup> SİRMEN, Lale: *Eşya Hukuku*, Ankara, 2016; s. 647.

<sup>11</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1000.

<sup>12</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1001 vd.

<sup>13</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1002.

kurulabileceği öngörülmüştür. Bu örnekler gibi TMK md. 970, 941, 957 ve Ticari İşletme Rehni Kanununda yer alan durumlarda da teslimsiz rehin kurulmasına cevaz verilmiştir.<sup>14</sup>

### 3. Güvenin Korunması İlkesi

Taşınır üzerinde rehin, malik veya temsilcisi tarafından kurulabileceği gibi bazı durumlarda tasarruf yetkisini haiz olmayan kişiler tarafından da kurulabilmektedir.<sup>15</sup> Bu kişiler emin sıfatıyla zilyet olan kişilerdir ve rehin hakkının kazanılabilmesi için üçüncü kişinin iyi niyeti aranır. Bu durum TMK md. 988'de belirtilen emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımının korunmasının rehin hakkı üzerindeki uzantısıdır. Burada iyi niyet, üçüncü kişinin emin sıfatıyla zilyedin tasarruf yetkisine sahip olmadığını bilmemesi veya bilmesinin gerekli olmamasını ifade eder.<sup>16</sup> Ancak emin sıfatıyla zilyet olmayan yani taşınır malın malikin rızası dışında elinden çıktığı hallerde üçüncü kişi iyi niyetli olsa da rehin hakkı kurulamaz. Güvenin korunması prensibi malikin malın zilyetliğini güvenerek bir başkasına bıraktığı yani zilyedin emin sıfatıyla zilyet olduğu hallerde geçerlidir.

### 4. Belirlilik İlkesi

Rehin konusu ancak belirlenmiş olan bir şey olabilir. Mal, hayvan, alacak ve hak ferdileştirilmiş ve belirli olmalıdır.<sup>17</sup> Bu sebeptir ki hayvan rehninde hayvan siciline hayvanın değeri, nev'i, özel nitelikleri gösterilerek kaydedilmektedir. Hak ve alacak da belirlilik prensibi içindedir. Ancak ileride doğacak ve belirlenmesi mümkün olan hak ve alacaklar için de rehin kurulabilir. Öğretiye göre belirlilik prensibi uyarınca bir kişinin tüm malvarlığı üzerinde rehin kurulamaz. Ancak eşya birliği söz konusu hallerde eşya birliği üzerinde rehin hakkı tesis edilebilir. Bu duruma örnek olarak belirlilik ilkesi gereği hayvan sürüsü üzerinde kurulan rehin geçerli olduğu kabul edilmektedir.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1003.

<sup>15</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1004.

<sup>16</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1004.

<sup>17</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1005.

<sup>18</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1005.

## 5. Teminatın Bölünmezliği İlkesi

Teminat yükünün kapsamını rehnin konusunu teşkil eden hak, alacak, mal veya hayvan oluşturmaktadır. Bunun dışında TMK md. 947 gereği o malın bütününcü parçaları ve eklentileri de teminat yükü kapsamına dâhildir. Bütününcü parçalar aslın akıbetine tabi olduğu için asıl eşyadan ayrı olarak teminat kapsamından çıkarılamazken; eklentiler, tarafların kararlaştırması ile bu kapsamdan çıkarılabilir.<sup>19</sup> Eğer bütününcü parça aslından ayrılmışsa bütününcü parçanın da alacaklının zilyetliğinde bulunması halinde rehin hakkının devam ettiği kabul edilir. Doğal ürünler de aslından ayrılmadığı sürece rehnin kapsamına dâhildir. Hukuki ürünlerin rehnin kapsamında olup olamayacağı ise tartışmalıdır. Doğal ürünlerin akıbeti TMK md. 947’de düzenlenmişken hukuki ürünler hakkında kanunda düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide bunun sebebinin doğal ürünlerin bütününcü parça niteliğini haiz olmaları sebebiyle düzenleme alanı bulmaları iken hukuki ürünlerin bütününcü parça olamayacakları dolayısıyla rehnin kapsamında sayılmamaları gerektiği gösterilmiştir.<sup>20</sup>

Teminatın bölünmezliği prensibinin diğer bir görünümü ise TMK md. 944 uyarınca rehnin alacağın tamamı için teminat olmasıdır.<sup>21</sup> Bu sebeple borç tamamen sona ermedikçe alacaklı rehin konusunu geri vermekle mükellef değildir. Rehin konusu üzerindeki rehnin kalkması için borcun tamamının ifası gerekmektedir. Bu borcun tamamına asıl alacak dışında temerrüt faizi, mahkeme masrafları, takip masrafları, sözleşme faizleri ve kararlaştırılmışsa cezai şart da dâhildir.<sup>22</sup> Örneğin borçlu bir kişi borcunu taksitler halinde ödüyorsa bu ödemelerden sonra kalan miktar için rehin hakkının devam edeceği kabul edilmektedir.<sup>23</sup> Hapis hakkı ise rehinden farklılık arz etmektedir. Hak sahibinin yalnız alacağına oranla bu hakkın kullanımı söz konusudur.

<sup>19</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1008.

<sup>20</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1008.

<sup>21</sup> SEROZAN, Rona: “Taşınmaz Rehni”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, Cilt 64, Sayı 2, s. 302.

<sup>22</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1010.

<sup>23</sup> SİRMEN, s. 646.

## 6. Öncelik İlkesi

Rehin konusu olabilecek taşınır, hak ve alacaklar üzerinde birden fazla rehin hakkı kurulabilir. Aynı şey üzerinde birden fazla rehin hakkı kurulmasında öncelik sırasının önemi kendini rehinin paraya çevrilmesi sırasında göstermektedir. Bu sıraya göre öncelikli alacaklılar tatmin edilmeden sonraki alacaklıların borcu ödenmez.<sup>24</sup> TMK md. 948'e göre birden çok kurulan rehinde tüm tarafların muvafakatleri olmadığı sürece önemli olan rehinin kurulma zamanıdır. Bir başka anlatımla önce kurulan rehin hakkı ön sırada yer alır. İşte bu durumda aynı taşınır, alacak veya hak üzerinde mevcut rehinler arasında öncelik sırası *prior tempore potior iure* kuralı olarak adlandırılmaktadır.<sup>25</sup> Bu kural aynı hak sahiplerinin anlaşması üzerine değiştirilebileceği gibi istisnai olarak TMK md. 988 uyarınca iyi niyetle aynı hak kazanımında da değişikliğe uğrayabilir. Son olarak taşınmaz rehninden farklı olarak öncelikli olan rehin sona ererse bir boşluk oluşmaksızın sonra gelen rehin hakları kendiliğinden ilerlemeye devam eder.<sup>26</sup> Doğması muhtemel alacaklar için öncelik sırasının belirlenmesinde ise alacak henüz doğmadığı için rehin sözleşmesinin yapıldığı tarih esas alınmalıdır.<sup>27</sup>

## C. Lex Commissaria Yasağı

Taşınır rehni ile ilgili daha önce de belirtildiği gibi alacak güvence altına alınmış olup borcun ödenmemesi durumunda alacaklı tarafından rehin konusu teminat kuralı olarak paraya çevrilerek alacak tahsil edilir. TMK md. 949'a göre borç ödenmezse veya alacak bir şekilde tahsil edilemezse rehin konusu taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair taraflar arası anlaşma geçersiz olacaktır. Öğretide *lex commissaria* yasağı olarak bilinen bu duruma göre rehin hakkının alacaklıya taşınır üzerinde bir ortaklık veya mülkiyet hakkının sağlamaması gerekmektedir.<sup>28</sup> Roma hukukundan bu yana uygulanan bu yasakla zayıf durumda

<sup>24</sup> SİRMEN, s. 646.

<sup>25</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1010.

<sup>26</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1011.

<sup>27</sup> ACAR, s. 57.

<sup>28</sup> BERGH, Van Den: "The Development Of the Landlord's Hypothec", *A Journal Of Legal History*, 2009, Cilt 15, Sayı 1, s. 157.

olan borçlu korunmak istenilmiş ve haksız işlemlerle borçlunun malı üzerindeki mülkiyetin alacaklıya geçmesi engellenmiştir.<sup>29</sup> TMK md. 949 lafzı yorumuyla borcun ödenmemesi halinde rehne konu taşınırın alacaklının mülkiyetine geçeceği yönündeki anlaşmaların borcun muaccel olmasından önce yapılması durumunda geçersiz olacağı söz konusu iken öğretide borç muaccel olduktan sonra yapılan bu tip anlaşmaların ifa yerine edim hükmünde olduğu gerekçesiyle geçerli olacağı kabul edilmektedir.<sup>30</sup>

## II. TÜRK HUKUKUNDA HAYVAN KAVRAMI

Hukuk sistemimizde hayvan kavramı geçmişten günümüze kadar tartışılan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Hayvanların taşınır eşya olmadığı<sup>31</sup> yönünde görüşler olsa da hayvanların taşınır eşya hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşler<sup>32</sup> de mevcuttur. Hukuk sistemimizde iki temel kavram olarak değerlendirilen kişi ve eşya tanımlamalarına uymayan hayvan kavramı için “atipik eşya” veya “kişi benzeri” olarak nitelendiren görüşler de mevcuttur.<sup>33</sup> İsviçre hukukunda hayvanlar eşya olarak sayılmasa da kural olarak eşyalara ilişkin hükümlerin hayvanlara da uygulanacağı kabul edilmektedir.<sup>34</sup> Her ne kadar hayvanların taşınır eşya olduğu veya taşınır eşya olmasa da taşınır eşyalara uygulanan yasal düzenlemelerin hayvanlara da uygulanması gerektiği görüşleri mevcut olsa da bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Hayvanlar da insanlar gibi canlı varlıklar olup hukuken kendilerine özel bir düzenlemenin varlığı gerekir. Hukuk sistemimizde yalnızca gerçek ve tüzel kişilerin hak sahibi olmaları düzenlenmiştir. Hayvanların da kişiler gibi hak sahibi olmalarının savunulması aynı zamanda hayvanlara da bu haklar açısından yükümlülük yüklemek anlamına geleceği için mümkün görünmemektedir.

<sup>29</sup> BERGH, s. 158.

<sup>30</sup> ACAR, s. 82.

<sup>31</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1022.

<sup>32</sup> SARISÖZEN, M. Serhat: “İcra ve İflas Hukukunda Canlı Hacı”, *EÜHFD*, 2015, Cilt 10, Sayı 2, s. 54.

<sup>33</sup> CUMALIOĞLU, Emre: “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 2017, Cilt 19, Özel Sayı, s. 575.

<sup>34</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz / SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: “Hayvanın Hukuki Konumu”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, 2013, Cilt 2, Özel Sayı, s. 1705.

Bazı ülkelerde bu hususta verilen emsal yargı kararları mevcuttur. Arjantin’de bir mahkeme hayvanat bahçesinde yaşayan bir sumatra orangutanını insan olmayan kişi olarak tanımlamıştır.<sup>35</sup> Yine Amerika Birleşik Devletleri’nde yerel mahkeme bir makak maymunun ormanda bulunan fotoğraf makinesi ile kendi fotoğrafını çekmesi üzerine bu fotoğraf üzerinde eser sahibinin maymun olduğuna ve maymunun fikri mülkiyete ilişkin tüm haklara sahip olduğuna hükmetmiştir.<sup>36</sup> Bu noktada hayvanlar için öğretilen “kısmi hukuk öznesi”<sup>37</sup> terimi kullanılması gerekmekte olup hayvanların eşya olmadıkları ve kendi türleri nezdinde eşyalardan ve insanlardan ayrılmış özel bir statü ve hak sahibi olmaları gerektiği görüşüne katılıyoruz. Hayvan rehni konusunda rehne konu edilen hayvanın türü, cinsi önemli olduğu kadar hayvan üzerinde mülkiyet hakkının kurulup kurulmaması konusu da önem arz etmektedir. Bu nedenle öncelikle hayvan türlerini ve sonrasında kişilerin hayvanlar üzerindeki sınırlandırılmış haklarını mevzuatımızda yer alan hükümler nezdinde incelemek gerekmektedir.

Bilindiği gibi hayvanlar âlemi insan türünden çok daha fazla çeşitliliğe sahiptir. Bu çeşitlilik dikkate alınarak hayvanların bir bütün olarak değil, türlere göre özel nitelendirilme yapılması gerekmektedir.<sup>38</sup> Bu durumda gözle görülmeyen mikroorganizmalar veya böcek türleri gibi insanla duygusal bağ kuramayan<sup>39</sup> hayvanlar ile ilgili değil, evcil hayvanlar ve çiftlik hayvanları üzerinde hukuki nitelendirme yapılmasının daha doğru olacaktır. Bunlar dışında tüm hayvanların korunmaya değer hakları olduğu unutulmamalıdır. Bu haklar, kişilerin hayvanlar üzerindeki haklarına sınırlama getirilmesi ve bu sınırların kamu gücü ile korunması gereken haklardır.<sup>40</sup>

Evcil hayvanlar insan tarafından ehlileştirilmiş hayvan olarak tanımlanabilir. Evcil hayvanlar kendi arasında ev hayvanları, sokak hayvanları (kontrollü hayvan),

<sup>35</sup> <https://www.wired.com/2014/12/orangutan-personhood> (E.T.: 18.04.2021).

<sup>36</sup> <https://talkingpointsmemo.com/world-news/peta-monkey-selfie-copyright-lawsuit> (E.T.: 18.04.2021).

<sup>37</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s. 1716.

<sup>38</sup> CUMALIOĞLU, s. 575.

<sup>39</sup> CUMALIOĞLU, s. 577.

<sup>40</sup> CUMALIOĞLU, s. 582.



rehabilitasyonda kullanılan hayvanlar, çiftlik hayvanları olarak ayrılır.<sup>41</sup> 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nda (HKK) ev hayvanı yerine ev ve süs hayvanı terimi kullanılmaktadır. HKK'da yapılan tanıma bakıldığında ev hayvanının neler olduğu doğrudan sayılmamıştır. Buna göre yalnızca kedi, köpek veya kuş değil, yasaların açıkça yasaklamadığı her türlü canlının ev hayvanı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. İİK md. 82/4 hükmünde haczi kabil olmayan mallar sayılmış ve bu hükümde borçlunun çiftçi olması halinde kendisi ve ailesinin geçimi için zorunlu olan çiftlik hayvanlarının haczedilemeyeceği belirtilmiştir. Bu tanımdan hareketle bazı yazarlar tarafından öğretilen at, eşek gibi tarımda kullanılma potansiyeli olan tüm hayvanların çiftlik hayvanları olduğu belirtilse de bu görüşe katılmıyoruz.<sup>42</sup>

Önemli olduğunu düşündüğümüz bir diğer konu ise kişilerin hayvanlar üzerindeki hakların ne olduğu konusudur. Zira bu konu çalışmanın da konusu ile doğrudan ilgilidir. Öğretilen yer alan öncelikle hayvanların yaban hayvanları ve evcil hayvanlar olarak sınıflandırılması gerektiği görüşüne<sup>43</sup> katılmaktayız. HKK'da bu konuda benzer bir ayırım yaptığı görülmektedir. Mevzuatımızdan hareketle kişilerin bütün hayvanlar üzerinde mülkiyet hakkı olduğu gibi bir çıkarım yapılırsa da bu durum diğer yasal düzenlemelere bakıldığında doğru değildir. Örneğin Çiftlik Hayvanlarının Refahına İlişkin Genel Hükümler Hakkında Yönetmelik<sup>44</sup> md. 4'te balıklar, sürüngenler ya da amfibikler dâhil olmak üzere gıda üretimi amacıyla yetiştirilen tüm hayvanlar ile ilgili mülkiyet hakkı açıkça kabul edilmiştir. Aynı yönetmelik md. 4'te çiftlik hayvanı tanımı yapılmış ve tanımda açıkça ürününden ve hizmetinden yararlanan hayvanların çiftlik hayvanı olarak nitelendirildiğinden bahsedilmiştir. Bu doğrultuda yalnızca gücünden yararlanan at gibi hayvanların çiftlik hayvanı olmadığı görüşüne katılmıyoruz.<sup>45</sup> Çiftlik hayvanlarının koyun, inek, keçi gibi hayvanlarla sınırlandırılması isabetli olacaktır. Ancak bu hayvanlar üzerinde dahi tam bir mülkiyet hakkından söz edilemez. Bilindiği gibi çiftlik hayvanları aynı zamanda

---

<sup>41</sup> CUMALIOĞLU, s. 587.

<sup>42</sup> SARISÖZEN, s. 56.

<sup>43</sup> CUMALIOĞLU, s. 586.

<sup>44</sup> Resmî Gazete, T. 22.11.2014, S. 29183.

<sup>45</sup> CUMALIOĞLU, s. 599.

kesim hayvanı olarak da kanunda belirtilmekte olup HKK md. 12'ye göre bu kesimin dini kurallara uygun olma, hayvanı korkutmama ve en az acı verme gibi özel şartları mevcuttur. HKK'da belirtilen hayvana yaşam süresince iyi bakım ve gözetim koşulları çiftlik hayvanları için de geçerlidir. Çiftlik hayvanları üzerinde de yasa ile büyük ölçüde sınırlandırılmış "*atipik mülkiyet hakkı*"<sup>46</sup> olduğu kabul edilmelidir.

TMK md. 768'e göre evcil hayvan tekrar vahşileşir veya sahibine dönmek istemezse sahihsiz duruma gelir denilerek hayvanın iradeye sahip olduğu dolaylı olarak kabul edilmiştir.<sup>47</sup> Öğretide isabetli olarak ev hayvanları üzerindeki kişilerin mülkiyet hakkı bulunmadığı belirtilmektedir. Başka bir anlatımla kişilerin, evlerinde bulunan ve HKK kapsamında ev ve süs hayvanı olarak kabul edilen kedi, köpek, kuş gibi hayvanlar üzerinde bir mülkiyet hakkının bulunmadığı ancak bu hayvanları koruma ve gözetme yükümlülüğü yüklenerek adeta vasilik yaptıkları savunulmaktadır.<sup>48</sup> HKK kapsamında iyi bakılmayan ev ve süs hayvanlarına ilişkin bakım yükümlülüğünü ihlal eden kişilere idari yaptırım uygulanmakta ve bu hususta ilgili yerde bulunan Doğa Koruma ve Milli Parklar Müdürlüğü yetkili kılınmaktadır. İlgili yetkililer tarafından gerekli görüldüğü takdirde ev ve süs hayvanının kişinin elinden alınması ve HKK md. 5 kapsamında sonradan yeniden sahiplendirilmek üzere geçici hayvan bakımevine götürdüğü hususu dikkate alındığında kişilerin ev ve süs hayvanları üzerinde mülkiyet hakkının bulunmadığı kanısına bu kanun ilgili hükümleri kapsamında dolaylı olarak ulaşılmaktadır. Bir diğer konu ise kötü muamele altında kalan bir ev ve süs hayvanını bu kötü muameleden kurtarıp bakımını üstlenen kişinin bu müdahalesinin TMK md. 24'e göre üstün yarar kapsamında hukuka uygun hale geleceği kabul edilmelidir.<sup>49</sup> HKK md. 4 ve 5 hükümleri birlikte incelendiğinde hayvanların kendi türlerine özgü ortamlarda bakılmasının bir yükümlülük olarak belirtildiği görülmektedir. Bu doğrultuda bir sibiry kurdu cinsi köpeğin sıcak iklimte sahip bir şehirde yaşaması bile hayvanın cinsine özgü yaşam koşullarına uygun ortamda yaşamadığı kabul edilmektedir. HKK md. 5 uyarınca da ev ve süs hayvanları

<sup>46</sup> CUMALIOĞLU, s. 600.

<sup>47</sup> CUMALIOĞLU, s. 589.

<sup>48</sup> CUMALIOĞLU, s. 590.

<sup>49</sup> CUMALIOĞLU, s. 590.

ile kontrollü hayvanlar tekrar uyum sağlayamayacakları bir ortama terk edilemezler. Bu madde ile de ev ve süs hayvanı ile sokak hayvanlarının bakımını üstlenen kişilere yasa gereği bir yükümlülük getirildiği kabul edilmelidir.

HKK md. 5/3'te ev ve süs hayvanlarının haczedilemeyeceği hususu düzenlenmiştir. Yasa metni incelendiğinde sadece pet shop gibi ticari amaç güden iş yerlerinde bulunan ev ve süs hayvanının haczine izin verilmiştir. Hükmün amacına uygun olarak borçlu kişi bir pet shop sahibi de olsa iş yerinde bulunan kendisinin bakımını üstlendiği bir ev hayvanı ise bu hayvanın da haczinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

Öğretide işçi hayvan olarak adlandırılan hayvanların reklam, film çekimi gibi ticari faaliyetlerde kullanılması özel izne tabi kılınmıştır. Bu hayvanlar üzerinde de kişilerin mülkiyet değil; “*atipik bir intifa hakkının*” olduğu kabul edilmektedir.<sup>50</sup>

HKK md. 3'te yaban hayvanları doğada serbestçe yaşayan, evcilleştirilmemiş hayvanlar olarak tanımlanmıştır. Aynı kanunun 4. maddesinde bu hayvanların doğadan koparılmamasının esas olduğu vurgulanmıştır. Anayasa md. 169'da devlete ormanların korunması konusunda yükümlülük getirilmiş olup yaban hayvanlarının da ormanlarla bir bütün olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Her ne kadar TMK'ya göre sahipsiz hayvanın aslen iktisabı mümkün kılınsa da gerek özel kanun niteliğini haiz HKK ve gerekse Anayasa gereği ormanlarda mülkiyet hakkının kurulamaması yaban hayvanları açısından da geçerli olmalı ve yaban hayvanları üzerinde mülkiyetin varlığından da söz edilmemelidir.<sup>51</sup>

Taşınır rehni kural olarak rehne konu taşınırın maliki veya onun temsilcisi tarafından kurulabileceği değerlendirildiğinde yukarıda açıklanan hayvanlar üzerindeki mülkiyet konusu önem taşımaktadır. Hayvan üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmayan bir kişinin hayvanı rehne konu edemeyeceği ve yukarıda belirtilen tartışmalar ışığında yalnızca çiftlik hayvanları üzerinde kendine özgü istisnai bir mülkiyet hakkının varlığından bahisle rehne konu edilebilecekleri kabul edilmelidir.

<sup>50</sup> CUMALIOĞLU, s. 598.

<sup>51</sup> CUMALIOĞLU, s. 600.

### III. TÜRK MEDENİ KANUNU KAPSAMINDA HAYVAN REHNİ

#### A. Genel Olarak

TMK'nin üçüncü bölümünde taşınır rehni düzenlenmiş olup teslim bağı rehni alt başlığı olarak ayrı durumlar başlığı ile md. 940'ta hayvan rehni bir istisna olarak hüküm altına alınmıştır. Ancak TMK'da hayvan rehni ayrıntılı düzenlenmemiştir. Bunun yanı sıra HRT'de de sicilin tutulmasına ve diğer sair usule ilişkin hükümler mevcuttur. Bu nedenle oluşan boşluğun TMK'da düzenlenen teslim bağı rehne ilişkin hükümlerle doldurulması gerekmektedir.<sup>52</sup>

Hayvan rehni TMK'da bir istisna olarak ayrı tutulmasının sebebi ise teslim gerekmeden sicile kayıt ile hayvanın rehne konu edilebilmesidir. Kanaatimizce hayvan rehni de teslim şartının olması durumunda hayvanın bir canlı olması dikkate alınarak bakımının ve korunmasının güç olması sebebiyle hem alacaklı hem de rehin veren açısından telafisi mümkün olmayan sonuçların doğmaması için kanun koyucu tarafından bu düzenleme getirilmiştir. Teslim bağı taşınır rehni rehin konusunun zilyetliği alacaklıda olduğundan dolayı rehin alacaklısı, TMK md. 945 gereği bu taşınırın muhafazasında meydana gelebilecek her türlü zarardan kendi kusursuzluğunu ispat etmedikçe sorumlu iken teslimsiz bir rehin türü olan hayvan rehni bu hükme benzer mahiyette HRT md. 23'e göre rehin verenin rehin konusu hayvanın canlı olarak kalmasında veya kıymetinin azalmamasında her türlü önlemi alma yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir.

#### B. Rehni Konusu

TMK md. 940'a göre hayvan rehni ancak yetkili merciler tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatifler tarafından ilgili icra müdürlüğü tarafından sicile yazılarak kurulabilir. Madde metninde belirtilen ayrıntılara geçmeden önce maddede yazılan hayvan terimi ile neyin kastedildiği hususu önem arz etmektedir. Zira maddenin gerekçesinde "*...Kaynak Kanundaki gibi rehni konusu olabilecek hayvanların "çiftlik hayvanı" olması unsuruna madde metninde yer verilmemiş ise de, maddeyle sadece belirli kurumlar lehine bu yolla rehin kurulmasına izin verilerek, "hayvancılık" yapan çiftçilere teslim koşulsuz rehin ile kredi temini amaçlandığından,*

<sup>52</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1025.

*bu madde hükmünün uygulanması İsviçre'dekinden farklılık göstermeyecektir.”* şeklinde konuya açıklık getirilmek istenilmiştir. Bu doğrultuda sadece çiftlik hayvanlarının TMK md. 940 kapsamında rehne konu olabileceği kabul edilmelidir.<sup>53</sup> Kanun koyucunun madde metninde genel hayvan terimini kullanarak konuya madde gerekçesinde açıklık getirmesinin uygulamada karışıklığa yol açacağı kanaatindeyiz. Zira öğretide bazı görüşlere göre madde metninde genel hayvan terimi kullanıldığından bu hükmün sadece çiftlik hayvanları ile sınırlandırılmaması ve tüm rehne konu edilebilen hayvanların bu hükme göre teslimsiz ve sicile kayıtlı rehin edilebileceği savunulmaktadır.<sup>54</sup> Kanaatimizce TMK md. 940 hükmünde rehin alacaklısı tanımının kısıtlanması durumu ve madde gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde sadece çiftlik hayvanı sahiplerinin dolaysız zilyetliği devretmeden kredi kullanımının sağlanması amaçlandığı görülmektedir.<sup>55</sup> Her ne kadar öğretide dört ayaklı at, eşek gibi hayvanların da sürü hayvanı olduğu<sup>56</sup> ve bu madde kapsamına girmesi gerektiği savunulsa da bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yukarıda hayvan kavramında detaylıca açıklandığı üzere Çiftlik Hayvanlarının Refahına İlişkin Genel Hükümler Hakkında Yönetmelik'te yapılan tanım ve HKK gereği bu çiftlik hayvanlarının koyun, keçi, inek, tavuk gibi sadece ürününden ve hizmetinden yararlanan hayvanlar olarak dar yorumlanması gerekir. Çiftlik hayvanı olmayan kedi, köpek, kuş gibi ev hayvanlarının da teslim bağli olarak rehnedilmesi veya aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere TİTRK kapsamında haczinin mümkün olduğu yönünde görüşler mevcuttur.<sup>57</sup>

TMK kapsamında hayvan rehninin her alacak için kurulması mümkün değildir.<sup>58</sup> HRT md. 2'ye göre T.C. Ziraat Bankası, kooperatifler ve özel kanunları veya TTK gereği tüzel kişiliğini haiz sermaye şirketleri merkezlerinin bulunduğu yer valiliğinden izin alarak rehin alacaklısı olabilmektedir. Tüzükte sayılanlardan sadece

<sup>53</sup> BAYDAK, Ecrin: *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, 2018, İstanbul, s. 122.

<sup>54</sup> AYAN, Mehmet: *Eşya Hukuku Cilt III (Sınırlı Aynî Haklar)*, 8. Baskı, Ankara, 2017, s. 290 (BAYDAK, s. 121'den naklen).

<sup>55</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1023.

<sup>56</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1023.

<sup>57</sup> UYUMAZ / TÜRK, s. 1434.

<sup>58</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1023.

T.C. Ziraat Bankası'na rehin hakkı yanında kefalet, müteselsil sorumluluk ve teminat alması için izin verilmiştir. Valilikçe verilen izin kararı masrafı izin alana ait olmak suretiyle derhal Resmî Gazete'de yayınlanır.

### C. Hayvan Rehni Sicili

Hayvan rehni, TMK md. 940/1'e göre icra müdürlüğü tarafından tutulacak hayvan rehni siciline yazılarak kurulabilir. HRT md. 8 gereği sicil, menfaati bulunan kişiler tarafından sözlü veya yazılı taleple incelenebilir. Bu doğrultuda sicile kaydın kurucu etkisi olduğu değerlendirildiğinde hayvan rehni sicilinin olumsuz etkisinin varlığından söz edilebilir. Ancak burada yolsuz tescile güvenin korunmaması ve sicilin herkes tarafından bilinir olduğu karinesinin de mevcut olmadığı için sicilin olumlu etkisinin olmadığı görülmektedir.<sup>59</sup>

HRT md. 12'ye göre hayvan rehni sicile kaydı, rehin veren ve rehin alacaklısı tarafından imzalanmış bir beyannamenin icra müdürlüğüne sunulması ile gerçekleşir. Noter tarafından düzenlenmiş bir rehin sözleşmesi mevcutsa bu beyannamenin sadece rehin veren tarafından icra memuruna verilmesi yeterlidir. İcra memuruna sunulan bu beyannamede rehin veren tarafından rehne konu hayvanın ayıpsız olduğu taahhüt edilmelidir. Ayrıca HRT md. 23'e göre rehin süresince hayvanın korunması ve bakımından rehin verenin sorumlu olduğu belirtilmektedir. HRT md. 9 gereği hayvan rehni talebi hayvanın bakılıp tutulduğu yer olarak kabul edilen mutad yeri icra müdürlüğüne yapılmalıdır. Hayvanın mutad yerinin belirlenmesinde o yerde bulunan veteriner hekim tarafından verilecek belge rol oynamaktadır. Veteriner hekim tarafından hayvanın mutad yeri konusu şüpheye düşülmesi halinde ise hayvan sahibi olan kişinin bulunduğu yer icra müdürlüğünde sicil tutulur. HRT md. 24 gereği bu tüzüğe göre rehnedilen bir hayvan üzerindeki rehin sona ermeden yeni bir rehin hakkının tesis edilmesi yasaklanmıştır.

Rehin vermenin doğal bir sonucu olarak rehin konusu hayvan üzerinde rehin verenin tasarruf hakkı kısıtlanmış olur. Fakat hayvan rehni sicilinin olumlu etkisinin olmamasından kaynaklı olarak rehni varlığını bilmeden iyi niyetle hayvan üzerinde

<sup>59</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1024.

aynı hak kazanan üçüncü kişilerin bu kazanımları korunmaktadır. Bu durumda rehin verenin yükümlülüğünü ihlal etmesinden kaynaklı olarak sorumluluğu doğar.<sup>60</sup>

#### **D. Rehinin Sona Ermesi**

Hayvan rehni teslimsiz rehin türü olduğu ve uygun düştüğü ölçüde teslimine bağlı taşınır rehni hükümlerinin hayvan rehni de uygulanacağı düşünüldüğünde zilyetliğin kaybı haricinde teslimine bağlı taşınır rehni sona erdiren sebepler hayvan rehni için de geçerlidir. Hayvan rehni sicile kayıtlı geçerlilik kazanacağı gibi sicilden terkin ile de sona erdirebilir.

HRT md. 18'de sicil kaydının silinmesi halleri sıralanmıştır. Buna göre rehin alacaklısı tarafından yazılı izin verilmişse rehin sona ermektedir. Hayvan rehni mevcut olmadığı veya sona erdiği kesinleşmiş mahkeme kararı ile sabitse veya hayvan rehni paraya çevrilme yolu ile sona ermişse bu durum zaten sona ermiş bir rehni sicile de yansıtılması için kayıt silinmektedir. Rehin sicilinden itibaren 3 yılı doldurmuş bulunan kayıtların HRT'de belirtilen usul ve sürede rehin alacaklısı tarafından yenilenmesi talep edilmemişse veya hayvanın mutad yerinin değişmesi halinde eski icra müdürlüğündeki kayıt silinir.

TMK md. 946'ya göre muaccel olan borç ödenmediği takdirde rehin alacaklısı tarafından rehin konusu hayvanın paraya çevrilmesi talebi ile alacak tahsil edilir. Rehin paraya çevrilmesi ise İcra İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde gerçekleşmektedir. Ancak uygulamada icra müdürlüğü vasıtasıyla satılan taşınırın değerlerinden daha düşüğe satılması gibi durumlara karşılaşıldığı için öğretide borç muaccel olduktan sonra tarafların anlaşarak icra müdürlüğü haricinde taşınırı satarak borcun ödenmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1026.

<sup>61</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 1017.

## IV. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KAPSAMINDA HAYVAN REHNİ

### A. Genel Olarak

Ülkemizde özellikle ticari işletmelerde nakit döngüsünde yaşanan sorunlar sebebiyle işletmelere finans kaynaklarına erişimin kolaylaştırılması amacıyla 2017 yılında TİTRK yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla mevzuatımıza yeni bir teslimsiz ve sicile kayıt gerektiren taşınır rehni türü kazandırılmıştır. Bu kanun hükümlerinin de taşınır rehnini düzenlediği dikkate alındığında TMK'da düzenlenen taşınır rehni hükümleri açısından tamamlayıcı hükümler içerdiği için öğretilerde ikincil mevzuat olarak tanımlanmaktadır.<sup>62</sup> Nitekim TİTRK md. 1'de kanunun amaçları olarak teslimsiz taşınır rehninin yaygınlaştırılması, rehin konusu taşınırın kapsamının genişletilmesi, taşınır rehni aleniyet sağlanması ve kurulan rehni paraya çevrilmesinde ek seçenekler sunulması olduğundan bahsedilmiştir. Kanunun 3. maddesinde ise bu kanuna tabi rehni sözleşmesinin kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında veya tacirler ile esnaf arasında kurulabileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere rehni sözleşmesinin tarafları oldukça geniş tutularak bu kanun kapsamında teslimsiz taşınır rehni kurulmasının yaygınlaştırılması amaçlanmıştır. Yine kanunun 5. maddesinde ise rehni konusu oldukça geniş olarak açıklanmış ve maddenin d bendinde hayvanların da bu kanun kapsamında rehne konu edilebileceği belirtilmiştir. Kanunun yukarıda belirtilen amaçları kapsamında aleniyetin sağlanması amacıyla "Rehni Taşınır Sicili" kurulmuş olup bu sicilin kurulma yetkisi Ticaret Bakanlığına verilmiştir. Bakanlık ile Türkiye Noterler Birliği tarafından imzalanan protokol<sup>63</sup> kapsamında ise sicil ve rehne ilişkin işlemler noterler tarafından yerine getirilmektedir. Ayrıca sicil merkezi ise Türkiye Noterler Birliği olarak belirlenmiştir.

Kanunun isminden de anlaşılacağı üzere bu kanun kapsamında rehni ancak ticari işlemlerde verilebilir. Ancak kanun metninde ticari işlemin ne olduğu

<sup>62</sup> UYUMAZ / TÜRK, s. 1418.

<sup>63</sup> Türkiye Noterler Birliği 28.12.2016 tarih, 22964 sayılı yazısı, <http://cdn01.tnb.org.tr/uygulama/tares/genelyazi195.pdf> (E.T. 25.04.2021).



tanımlanmamıştır. Her ne kadar ticari işlem teriminden ticari iş kavramı olduğu düşünülse de TİTRK md. 3'e göre rehin sözleşmesinin tarafları incelendiğinde kanun koyucunun yalnızca tacirlere bu sözleşme tarafı olma hakkı vermediği esnaf ve çiftçilerinde bu kanun kapsamında rehin sözleşmesi tarafı olabilecekleri göz önüne alınarak bu hususun doğru olmadığı kabul edilmelidir. Ticari işlemi, mesleki veya işletme faaliyetleri kapsamında kazanç elde etme amacı güdülen her türlü işlem ve fiil olarak tanımlamak doğru olacaktır.<sup>64</sup>

Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik<sup>65</sup> uyarınca ticari işlemlerde taşınırın rehininin kurulması için öncelikle bir rehin sözleşmesinin imzalanması ve bu rehinin sicile tescili gerekmektedir. Burada önemli olan husus TMK'da rehin sözleşmesi için bir şekil şartı öngörülmemiş iken TİTRK ile rehin sözleşmesine şekil şartı getirilmiştir.<sup>66</sup> TİTRK md. 4' e göre rehin sözleşmesi elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile veya yazılı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Yazılı şekilde düzenlenen rehin sözleşmesi söz konusu ise bu sözleşmenin taraflarca imzalanıp noterde onaylanması veya doğrudan sözleşmenin rehinli taşınır sicili yetkilisi önünde imzalanması gerekmektedir. TİTRK md. 12/1'e göre rehin sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi tarafların iradelerine bırakılmıştır. Bunun yanı sıra kanunda rehin alacaklısının rehne konu taşınır denetleme hakkı, rehin konusu taşınırın zilyedinin taşınırın değerini düşüren davranışlarının yasaklanmasını hâkimden talep etme ve bu konuda oluşan zararını talep etme gibi bazı hak ve yükümlülükler de hüküm altına alınmıştır.<sup>67</sup>

TİTRK md. 7'de rehin kapsamı belirlenmiş ve bu maddeye göre rehnedilen taşınırın gelecekteki her türlü faiz, sigorta gibi hukuki getirileri ile doğal ürün ve ikamesi mallar, taşınır varlık ile rehin kapsamına gireceği belirtilmiştir.

<sup>64</sup> ANTALYA, Gökhan / ACAR, Faruk: *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni (6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler)*, İstanbul, 2017, s. 10 (UYUMAZ / TÜRK, s. 1423'ten naklen).

<sup>65</sup> Resmî Gazete; T. 31.12.2016, S. 29935.

<sup>66</sup> UYUMAZ / TÜRK, s. 1429.

<sup>67</sup> UYUMAZ / TÜRK, s. 1443.

TİTRK md. 9'a göre rehin hakkının şekil şartına uygun yapılan rehin sözleşmesinin sicile tescil edilmesi ile üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. Ek olarak aynı kanunun 7. maddesinde taşınırın rehinli olduğunu bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen iyi niyetli kişilerin de iyi niyetlerinin korunacağı belirtilmesiyle sicilin olumlu etkisinin olmadığı görülmektedir. Bu noktada bu durumun aleniyetin sağlanması için kurulan sicil sistemi ile uyuşmayan bir hüküm olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>68</sup>

TİTRK md. 11'e göre aynı taşınır üzerinde birden fazla rehin kurulması mümkündür. Şayet aynı taşınır üzerinde birden fazla rehin kurulurken derece sırası belirtilmemiş ise rehin alacaklılarının önceliği rehlin kurulma anına göre belirlenir.

Kanunun amacına uygun olarak alacağın güvence altına alınması konusunda seçenekler sunan TİTRK kapsamındaki rehinde borçlu tarafından borç zamanında ifa edilmediği takdirde alacaklının genel hükümlere göre takip başlatması yanında alacaklıya ayrıca rehin konusu taşınırın mülkiyetinin devrini talep etme, alacağı varlık yönetim şirketine devretme, zilyetliğin devrine konu olmayan taşınırı kiralama veya lisans hakkını kullanma gibi seçenek haklar da sunulmuştur (TİTRK md. 14). Burada önemle belirtmek gerekir ki mülkiyetin devrini talep etme durumu borcun muaccel olmasından sonra mümkün olduğu dikkate alındığında *lex commissaria* yasağına aykırı bir durum bulunmamaktadır.<sup>69</sup>

Son olarak alacağın sona ermesini düzenleyen TİTRK md. 15'e göre yabancı ve Türk hukukuna tabi rehin alacaklısı tarafından ayırım yapıldığı görülmektedir. Bu hükme göre alacağın sona ermesinden itibaren yabancı hukuka tabi rehin alacaklısı için otuz, Türk hukuka tabi rehin alacaklısı için on beş iş günü içerisinde rehlin sicilden terkinin talep edilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülüğün ihlali halinde ise borçlunun şikâyeti üzerine Ticaret Bakanlığı tarafından alacağın onda biri tutarında alacalı aleyhine idari para cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

<sup>68</sup> UYUMAZ / TÜRK, s. 1441.

<sup>69</sup> UYUMAZ / TÜRK, s. 1446.

## B. TMK’da Düzenlenen Hayvan Rehni ile İlgili Değerlendirme

TİTRK kapsamında daha önceden rehne konu olabilecek taşınır md. 5’te sayılanlar ile sınırlandırılmış olsa da kanun maddesinde 15.02.2018 tarihinde yapılan değişiklikle bu sınırlandırılma kaldırılmış ve md. 5’te sayılanlar ve benzeri her türlü taşınır üzerinde TİTRK kapsamında rehni tesis edilmesi sağlanmıştır. Bu maddenin d bendine göre hayvanlar üzerinde de rehni hakkı kurulabilmektedir. Ancak TİTRK md. 8/3’e göre “*Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu taşınır varlıklar üzerinde bu Kanun kapsamında Sicile tescil edilmek suretiyle rehni tesis edilmez*”. Bu hususta TMK’da belirtilen hayvan rehni ile TİTRK kapsamında hayvan rehni arasındaki ilişkinin incelenmesi önem arz etmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi TMK kapsamında hayvan rehni özel olarak düzenlenmiş ve teslimsiz rehni olarak md. 940’ta hüküm altına alınmıştır. Konu ile ilgili öğretilerde baskın olan görüşe göre kanun koyucu tarafından TİTRK ile taşınır rehni’nin kapsamı genişletilmiş ve teslim bağı olmayan bu rehni türünün yaygınlaştırılması amaçlanmış olup TİTRK’da açıkça hayvanların rehnedilebileceği belirtilerek hangi tür hayvanların bu kanun kapsamına dâhil edildiği belirtilmediğinden dolayı çiftlik hayvanı olup olmadığına bakılmaksızın her türlü hayvanın bu kanun kapsamında rehne konu edilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>70</sup> Bu görüşe göre TİTRK md. 8/3’te belirtilen farklı kanunlar bakımından bir sicile tescili zorunlu olan taşınır kavramından yalnızca motorlu taşıtların anlaşılması gerekmekte olup TMK’da hayvanlar için sadece yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ve kooperatifler için özel bir sicile kayıt tutularak rehni imkânı verildiğinden ve hükmün amacının hayvan rehni için bir alternatif oluşturmak olduğundan dolayı hayvanların bu hükmeye dâhil olmadığı savunulmaktadır.<sup>71</sup> Her ne kadar TİTRK md. 8/3 hükmünde herhangi bir sicil ayırımı yapılmadığı gibi bu duruma herhangi bir istisna da getirilmemiş olsa da TİTRK md. 5/2’de belirtilen “*Bu varlıkların rehni diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiriyorsa bu rehni ilgili sicillere bildirilir. Bu varlıklar üzerinde diğer kanunlar uyarınca önceden bir rehni*

<sup>70</sup> BAYDAK, s. 123.

<sup>71</sup> UYUMAZ / TÜRK, s. 1434.

*hakkı tesis edilmiş olması hâlinde bu Kanun çerçevesinde tesis edilerek bildirilen rehin sonraki sırada yer alır” hükmü konu ile değerlendirildiğinde çiftlik hayvanlarının TİTRK kapsamında rehne konu edilebileceği görüşünün kanun amacına uygun olduğu kanaatindeyiz.*

## SONUÇ

Hayvanlar, günlük hayatımızın ayrılmaz bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. Hayvanların gerek sosyal gerekse ekonomik olarak hayatımızın içerisinde olmaları, aynı zamanda insan varlığından ayrılan özellikleri olsa da insana benzer duyguları olan ve kendilerine has karakterleri olan birer canlı varlıklar olmaları hususunda kendilerine özgü bir hukuki kişiliklerinin olmaları gerekmektedir. Bu durumda hayvanların kişiler gibi hak ve yükümlülüklerle sahip olmamaları da bunun doğal bir sonucu olacaktır.

Hayvanlar üzerinde kişilerin mülkiyet hakkı olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Yasal mevzuatta bulunan hükümler bir bütün olarak incelendiğinde yalnızca çiftlik hayvanları üzerinde bir mülkiyet hakkının kurulabildiği kabul edilmelidir. TMK md. 940’ta düzenlenen hayvan rehni de madde gerekçesi kapsamında yalnızca çiftlik hayvanları için geçerlidir. TİTRK md. 5/d’ye göre de hayvan rehni mümkün kılınmıştır. Bu kanun da TMK’ya alternatif olarak değerlendirilip çiftlik hayvanlarının bu kanun kapsamında da rehne konu olabilmesi mümkündür. Öğretide baskın olan görüşe göre TMK kapsamında çiftlik hayvanları rehne konu olsa da ev ve süs hayvanlarının TİTRK kapsamında rehne konu olabileceği görüşüne katılmıyoruz. Zira ev hayvanları ile ilgili mevzuatta doğrudan kişilere mülkiyet hakkı tanınmadığı gibi HKK kapsamında yalnızca kişilere bu hayvanlar üzerine bakım yükümlülüğü getirilmiştir. Genel anlamda ev hayvanlarının HKK gereği haczi mümkün olmadığı gibi rehne de konu edilmemesi gerekmektedir. Bu konuda mevcut olan tartışmaların sona ermesi için yasa koyucunun açık bir hükümle hayvanların hukuki statülerini belirlemesi gerekmektedir.

TİTRK, TMK’den farklı olarak rehin sözleşmesine şekil şartları getirmiştir. Ancak her iki kanunda da rehin teslimsiz ve sicile kayıtlı kurulmaktadır. Her ne kadar sicilin olumsuz etkisinin varlığı söz konusu olsa da her iki sicilde de sicilin olumlu etkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla rehni bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen kişilerin iyi niyetleri korunmaktadır ki bu durum kanaatimce aleniyet ilkesine aykırıdır.

**KAYNAKÇA**

- ACAR, Faruk, *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2015.
- BAYDAK, Ecrin, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, 2018, İstanbul.
- BERGH, Van Den, “The Development of The Landlord’s Hypothec”, *A Journal Of Legal History*, 2009, Cilt 15, Sayı 1, s. 155-167.
- CUMALIOĞLU, Emre, “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan*, 2017, Cilt 19, Özel Sayı, s. 573-610.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz / SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, “Hayvanın Hukuki Konumu”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, 2013 Cilt 2, Özel Sayı, s. 1691-1725.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul, 2014.
- SARISÖZEN, M. Serhat, “İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi”, *EÜHFD*, 2015, Cilt 10, Sayı 2, s. 53-96.
- SEROZAN, Rona, “Taşınmaz Rehni”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, Cilt 64, Sayı 2, s. 301-324.
- SİRMEN, Lale, *Eşya Hukuku*, Ankara, 2016.
- UYUMAZ, Alper / TÜRK, Mehmet Cemil, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler”, *MÜHFAD*, 2019, Cilt 25, Sayı 2, s. 1416-1456.



## **Örnek Bir Olay Üzerinden Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun Kısmen Kabul Kararının İptali ile Marka Hükümsüzlüğü Davası**

**Stj. Av. Ayşenur SATAR<sup>1</sup>, Stj. Av. Buse MUTLUTÜRK<sup>2</sup>  
Stj. Av. Busenur DELİGÖZ<sup>3</sup> ve Stj. Av. Cemre Nur ÖZER<sup>4</sup>**

### **GİRİŞ**

Bu çalışma; **Ankara Hukuk Düşünce Topluluğu** tarafından düzenlenen **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Mekteb-i Adliye Farazi Dava Yarışması**'nda verilmiş olan olay metni üzerine hazırlanmıştır. Olay metniyle bağlantılı olarak dava dilekçesi ve cevap dilekçesi oluşturulmuş ve Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun kısmen kabul kararının iptali ile marka hükümsüzlüğü davası hakkında açıklamalara ve değerlendirmelere yer verilmiştir.

### **I. OLAY**

İLK ADIM A.Ş. 2017 yılından itibaren tescilsiz olarak **BİRAK-KOLI** markası ile Ankara'da faaliyet göstermektedir. **BİRAK-KOLI** markası altında bir koli kitap getirene ücretsiz yemek yeme kampanyası yürütmektedir. İLK ADIM A.Ş. yürütmekte olduğu şirkete ait kesilmiş faturalar, tescilsiz markaya ait restoran menüleri, 12.12.2017 tarihli Hürriyet Gazetesi Ankara ekinde reklamları bulunmaktadır. Ayrıca aynı gazetenin Ankara ekinde 23.07.2019 tarihli röportajı yer almaktadır. İLK ADIM A.Ş. teknolojinin getirdiği gelişmelere ayak uydurmak ve kargoculuk sektörünün git gide genişlemesi sebebiyle bu sektöre girmeye karar vermiştir. Bu amaçla 2017

<sup>1</sup> Kocaeli Barosu, aysenurrssatar@gmail.com, ORCID: 0009-0000-2925-0212.

<sup>2</sup> Tekirdağ Barosu, mutlulturk.busee@gmail.com, ORCID: 0009-0005-4342-3470.

<sup>3</sup> Eskişehir Barosu, busedeligoz05@gmail.com, ORCID: 0009-0001-3359-1404.

<sup>4</sup> İstanbul Barosu, cemrenurozer912@gmail.com, ORCID: 0009-0000-8087-3124.

yılından beri restoranda kullandıkları işareti logoya dönüştürerek 19.04.2021’de tescil talebinde bulunmuştur. İLK ADIM A.Ş.’nin tescil talebi restorana ek olarak kargo şirketi de kurma amaçlıdır. Talep Türk Patent Enstitüsünün 29-35-39. Marka Sınıflarına ilişkindir. Tescil başvurusu sırasında İLK ADIM A.Ş. Azerbaycan’da da benzer marka altında aynı sektörde bir başka şirketin bulunduğunu fark etmiş ancak kendilerinin daha önceki tarihte kullanmaya başlamış olması sebebiyle bunu önemsememiştir. Olay dışı GÜVEN A.Ş. Türkiye’de kurulmuş ancak Azerbaycan’da yatırımlar yapan bir şirkettir. GÜVEN A.Ş. bu doğrultuda Azerbaycan’da faaliyet gösteren **Birak-Koli** adında uluslararası bir kargo şirketi kurmuştur. GÜVEN A.Ş.’nin kurduğu **Birak-Koli** markası 15.11.2018’de Azerbaycan’da tescil edilmiş fakat bu marka Türkiye’de tescilli değildir. 10.05.2019 tarihli Hürriyet Gazetesinde çıkan bir habere göre **Birak-Koli** kargo şirketi kısa sürede Azerbaycan’ın en büyük kargo şirketi olarak Azerbaycan halkı tarafından bilinirliği %90 Türkiye halkı tarafından bilinirliği %60’a ulaşmıştır.

DEĞERLİ A.Ş. 1996 yılında tescil ettirdiği **BROCCOLI&MORE** markasını 1997 yılından beri yiyecek ve restoran hizmetlerinde kullanan Ankara’da kurulmuş bir şirkettir. DEĞERLİ A.Ş.; 1997-2012 yıllarında tescilli markalarının bulunduğu faturalar, 2012- 2022 tarihleri arasında ticaret unvanlarını içeren faturalar, 2012-2022 yılları arasında ise tescilli markalarının yer aldığı el broşürü ve restoran menüleriyle faaliyetlerine devam etmektedir. DEĞERLİ A.Ş.’nin Ankara sınırları içinde %75 Türkiye genelinde ise %30 bilinirliği bulunmaktadır.

İLK ADIM A.Ş. 2021 yılında 29-35 ve 39. Sınıflarda tescil talebinde bulunmuştur. DEĞERLİ A.Ş. bu talep üzerine 96/002775 sayılı 29-35-39. Sınıflarda tescilli markasını gerekçe göstererek İLK ADIM A.Ş.’nin tescil talebine itiraz etmiştir. İtiraz, Türk Patent Ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme Ve Değerlendirme Dairesi tarafından incelenmiştir. Bu itiraz 03.05.2022 tarih ve 2022-M-6935 sayılı kararı ile kısmen reddedilerek 10.05.2022 tarihinde DEĞERLİ A.Ş.’ye tebliğ edilmiştir. İLK ADIM A.Ş.’nin tescil başvurusu yalnızca 39. Sınıfta tescil edilerek kabul edilmiştir. Bunun üzerine İlk Adım A.Ş. sadece 39. Sınıftan tescil edilmenin

yeterli olacağını düşünerek karara karşı başka bir girişimde bulunmamıştır. Bunun karşılığında Değerli A.Ş vekili Ankara 8. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesine 14.06.2022 tarihli dilekçesiyle başvurarak Yeniden İnceleme Ve Değerlendirme Kurulunun kısmen kabul kararının iptalini dava ve talep etmiştir. Davalı Türk patent vekili ise cevap dilekçesinde Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesinin kararını tekrar etmiştir.

## II. DAVA DİLEKÇESİ VE DEĞERLENDİRMELER

### ANKARA 8.FİKRİ VE SINAİ HAKLAR HUKUK MAHKEMESİNE

**DAVACI** \_\_\_\_\_ : Değerli A.Ş. (Adres) -Mersis Adresi-

**DAVACI VEKİLLERİ** : AV. \*\*\*\*\* (Adres)

**DAVALILAR** \_\_\_\_\_ :

1- İLK ADIM A.Ş. (Adres) -Mersis Adresi-

2- TÜRK PATENT VE MARKA KURUMU  
Hipodrom Cad. No:115 Yenimahalle/ANKARA

**DAVALI VEKİLLERİ** : TÜRK PATENT KURUMU Vekili ve İlk Adım A.Ş.  
Vekili (Adres)

**DAVA KONUSU** \_\_\_\_\_ : Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun 03.05.2022 tarihli ve 2022-M-6935 sayılı YİDK kararının iptali ve 96/002775 sayılı markanın hükümsüzlüğü taleplidir.

**TEBLİĞ TARİHİ** \_\_\_\_\_ : 10.05.2022



## ACIKLAMALARIMIZ

### YİDK KARARININ İPTALİ TALEPLİ VE 96/002775

### SAYILI MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE İLİŞKİN DAVAMIZDAN ÖNCEKİ SÜRECE İLİŞKİN ACIKLAMALAR

1. Müvekkil Değerli A.Ş. 1996 yılında tescil ettirdiği **BROCCOLI&MORE** markasını 1997 yılından beri yiyecek ve restoran hizmetlerinde kullanan Ankara'da kurulmuş bir şirkettir.
2. Müvekkil Değerli A.Ş., 1997-2012 yıllarında tescilli **BROCCOLI&MORE** markasının bulunduğu faturalar, 2012-2022 tarihleri arasında ticaret unvanlarını içeren faturalar, 2012-2022 yılları arasında ise restoranlarının tanıtım faaliyetinde kullandıkları el broşürleri ve tescilli markalarının yer aldığı restoran menülerine sahiptir.
3. Davalı İlk Adım A.Ş. 2021 yılında 2017 yılından beri **tescilsiz olarak kullandığı** restoran ve yeme içme hizmeti verdiği **BIRAK-KOLİ** markasını 29-35 ve 39. Sınıflarda tescil talebinde bulunmuştur.
4. Müvekkil Değerli A.Ş. bu talep üzerine 96/002775 sayılı 29-35-39. Sınıflarda tescilli markasını gerekçe göstererek davalı İlk Adım A.Ş.'nin **tescil talebine itiraz etmiştir.**
5. İtiraz, Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi tarafından incelenmiştir.
6. Bu itiraz 03.05.2022 tarih ve 2022-M-6935 sayılı kararı ile **kısmen reddedilerek** 10.05.2022 tarihinde vekil eden Değerli A.Ş.'ye tebliğ edilmiştir.
7. Davalı İlk Adım A.Ş.'nin tescil başvurusu ise yalnızca 39. Sınıfta tescil edilerek kabul edilmiştir. Bunun üzerine davalı İlk Adım A.Ş. sadece 39. Sınıftan tescil edilmenin yeterli olacağını düşünerek karara karşı başka bir girişimde bulunmamıştır.
8. Bu itiraz kararına istinaden müvekkil Değerli A.Ş adına Ankara 8. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesine başvurarak Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun kısmen kabul kararının iptalini ve söz konusu markanın hükümsüzlüğünü dava ve talep etmekteyiz.

**USULE İLİŞKİN AÇIKLAMALARIMIZ:**

1- Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesinin 03.05.2022 tarihli 2022-M-6935 sayılı kararının tarafımıza tebliğ edildiği tarih 10.05.2022'dir. Karar üzerine yapmış bulunduğumuz iptal başvurusu süresindedir.

Bu husus **Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi Kurulları Yönetmeliği m.8/3'te** açıkça belirtilmiştir:

**“Kurulun nihai kararlarına karşı, kararın ve varsa maddi hataların düzeltilmesine ilişkin kararın bildiriminden itibaren iki ay içinde Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde dava açılabilir”**

2- Söz konusu olan 03.05.2022 tarihli 2022-M-6935 sayılı karar üzerine açmış olduğumuz davada Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi görev ve yetkilidir.

**SMK 156/2'ye** göre:

**“Kurumun bu Kanun hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve Kurumun kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Kurum aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkeme, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesidir.”**

**ESASA İLİŞKİN İTİRAZLARIMIZ:****A-DAVALININ MARKASININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE KARAR VERİLMESİNE İLİŞKİN TALEBİMİZ HAKKINDA:**

- 1- Müvekkil Değerli A.Ş. 'ye ait **BROCCOLI&MORE** markasının bilinirlik oranının davalı İlk Adım A.Ş. tarafından bilinmiyor oluşu imkansızdır, şöyle ki;
- 2- Vekil eden Değerli A.Ş. 1996 yılında tescil edilmiş olan **BROCCOLI&MORE** markasıyla 1997 yılından beri Ankara'da yiyecek ve restoran alanında hizmet vermektedir.
- 3- Vekil edenin restorandaki müşterilerine kestiği ve üzerinde tescilli markalarının olduğu faturalar, 2012-2022 tarihleri arasında Değerli A.Ş. adıyla müşterilere kestiği faturalar ve 2012-2022 yılları arasında restoranlarının tanıtım faaliyetlerinde kullandığı el broşürleri ve üzerinde tescilli markaların yer aldığı

restoran menüleri ile markasını **BİLİNEN VE SEKTÖRÜNDE TANINAN BİR MARKA** haline getirmiştir. Uzun yıllardır faaliyet gösteren sektörde ve tüketici nezdinde yerleşik ve itibarlı bir firma olan müvekkil firmanın hiçbir maddi ve manevi özveriden kaçınmayarak yoğun bir şekilde tanıttığı **BROCCOLI&MORE** markasını **müvekkil firma ile tamamen özdeşleşmiştir.**

- 4- Bunlara ek olarak vekil edenin faaliyet gösterdikleri Ankara merkez ilçe sınırları içinde yapılan anketlerde restoranlarının bilinirlik oranı %75 olarak ölçülmüştür. Bu oran Ankara'nın ülkemizin başkenti olması, kalabalık nüfusu ve popülasyonun çeşitliliği nedeniyle ülkemizi temsil eder niteliktedir. "*Bilinirlik: firmanın hedef grup tarafından ne kadar tanınmış olduğunu belirten bir derece olarak değerlendirilebilir. Marka bilinirliği en basit tanımla müşteri bilinci demektir.*" Dolayısıyla Ankara nüfusunun 3/4'ünün **BROCCOLI&MORE** markasını bilmesi markanın bilinirliği açısından göz ardı edilemeyecek kadar büyük bir orandır.
- 5- Bu nedenle davalı İlk Adım A.Ş.'nin **BIRAK-KOLİ** markasını tescil ettirirken yapmak zorunda olduğu araştırmada %75'lik oranı bilmediklerini iddia etmeleri mümkün gözükmemektedir ve açıkça kötü niyet teşkil etmektedir. Çünkü İlk Adım A.Ş, **TTK m.18/2'de** belirtildiği üzere "*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*" hükmüne aykırı davranmıştır. Basiretli bir tacir doktrinde ise "*Geleceği gören, sezgisi yüksek, dikkatli ve yapacaklarının nereye varacağını bilen, işletmesini en iyi şekilde yöneterek geleceğe artan değerlerle taşıyabilen kişi*" olarak tanımlanmıştır. Ancak İlk Adım A.Ş. görüldüğü üzere **açık kanun hükmü ve doktrine göre yüküm ve sorumluluklarını ihlal etmiştir.**
- 6- Diğer yandan İlk Adım A.Ş. 'nin iyi niyetli olmaması hususuna değinmek gerekirse, "*İyiniyet; Bir hukuki etkinin, sonucun meydana gelmesinde, gereken tüm özen gösterildiği halde, buna ait bir engeli bilmemeyi ve bilebilecek durumda olmamayı ifade eder. Hukuki eksikliklere rağmen, bu eksikliklerin farkında olmamak*" şeklinde doktrinde tanımlanmıştır.

**7- MK m. 3/2’ye göre ise; “Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.”**

8- Yapılan açıklamalar doğrultusunda İlk Adım A.Ş.’nin **BROCCOLI&MORE** markasını bilebilecek durumda olduğu veya basiretli bir tacir olmasından dolayı bilmesi gerektiği aşıkardır. Bu nedenle davalının iyi niyetinden bahsedebilmek imkânsız olacaktır. Davalı İlk Adım A.Ş.’nin **müvekkile ait söz konusu markayı bilmiyormuş gibi hareket ederek tescil**

**talebinde bulunması** ve 39. Sınıftan tescil alması ise açıklanan nedenler dolayısıyla hukuki olarak kabul edilemez.

**SMK 6/9 : “Kötü niyetle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir.”**

*“...Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetildiğinde; davalı markasının kötü niyetle tescil ettirildiğinin anlaşılmasına göre, MK’nın 2. maddesi hükmünün uygulanması suretiyle dava konusu markanın hükümsüz kılınmasına ilişkin yerel mahkemenin direnme kararı yerinde görüldüğünden kararın onanması gerekmiştir.”<sup>5</sup>*

9- Davalı İlk Adım A.Ş. ’ye ait BIRAK-KOLİ markası davacı müvekkil Değerli A.Ş. ’ye ait 96-002775 tescil numaralı **BROCCOLI&MORE** markasının ayırt ediciliğini zedelemektedir.

Müvekkilimiz Değerli A.Ş.’nin sahip olduğu **BROCCOLI&MORE** markası ayırt edicilik unsurlarını tam anlamıyla karşılamaktadır.

Ayırt ediciliğe **SMK m.4’te** değinilmesine rağmen net bir tanım yapılmamıştır. Ancak ayırt edicilik düzeyine bağlı olarak markanın koruma kapsamının değiştiği haller öğretide tartışılmıştır.

Ayırt edicilik düzeyine bağlı olarak markanın koruma kapsamını genişleten

<sup>5</sup> YHGK., E. 2008/501 K. 2008/507 T. 16.07.2008.

hâller, karıştırılma ihtimalinin yükseldiği hâllerdir. Bu hâller, özgün marka ve tanınmış marka olarak belirtilmektedir. **Tanınmış marka:** markanın, mal veya hizmetin alıcı çevresi dışında kalan çok daha geniş çevrelerce biliniyor olması anlamına gelmekte iken; **özgün marka** ise tüketiciler nezdinde kullanıldığı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, çoğu halde yaratıcı bir fikrin ürünü olarak, işaretin belli bir işletmeyle ilişkilendirilmesini sağlayan bir özelliği ifade etmektedir<sup>6</sup>.

Hemen yukarıda atıf yaptığımız üzere, müvekkilimiz Değerli A.Ş.'nin sahip olduğu **BROCCOLI&MORE** markası ticari hayatta veya günlük dilde sıklıkla kullanılan sözcükleri marka olarak seçmemiş olması sebebiyle **özgün bir marka olup** ayırt edicilik kapsamında korunması gerekmektedir. Ayrıca müvekkilimiz Değerli A.Ş.'nin markası tüketiciler tarafından yaygın olarak bilindiğinden **tanınmış marka statüsünü karşılamaktadır.**

Davalı İlk Adım A.Ş.'nin sahip olduğu **BIRAK-KOLİ** markası, müvekkilimizin 1996 yılında tescil edilmiş olan **BROCCOLI&MORE** markasına gerek fonetik olarak benzemesi açısından gerekse faaliyet alanlarının aynı olması bakımından ve de ayırt edilemeyecek derecede benzer bir logo kullanması bakımından önemli derecede benzerlik taşımaktadır.

Dolayısıyla **BIRAK-KOLİ** markası mutlak ret nedenlerini içeren **SMK m. 5/1-b** kapsamında yukarıda açıkladığımız sebeplere dayanarak ayırt edicilik unsuru taşımadığından markanın **29 ve 35. Sınıflardan reddedildiği gibi 39. Sınıf kapsamında da hükümsüzlüğüne karar verilmelidir.**

<sup>6</sup> BALIK, İfakat/ BEKTAŞ, İbrahim: "Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi Ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 5, Sayı 1, s. 4.)

**B- DAVALI İLK ADIM A.Ş.’NİN SAHİP OLDUĞU BIRAK-KOLİ MARKASININ MÜVEKKİLİMİZ DEĞERLİ A.Ş.’NİN SAHİP OLDUĞU BROCCOLI&MORE MARKASINA KARŞI SMK M.6/1 KAPSAMINDA OLUŞTURDUĞU HÜKÜMSÜZLÜK HAKKINDA:**

**SMK m.6/1: “Tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir.”**

Yukarıda atıf yapılan kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu **İHTİMAL kelimesini özenle seçmiştir.** Sadece ilişkilendirilme ihtimali dahi davalı İlk Adım A.Ş.’nin marka başvurusunun reddi için yeterlidir.

**1-** *Davalının itiraza konu BIRAK-KOLİ markasının müvekkilimize ait **BROCCOLI&MORE** markasıyla aynılığı ya da benzerliği nedeniyle nispi ret sebeplerine dayanarak BIRAK- KOLİ markasının hükümsüzlüğü ve YİDD Kararının iptali gerekmektedir.*

Şöyle ki müvekkilimize ait **BROCCOLI&MORE** markası işletme adıdır. Bu ada ait **BROCCOLI** kelimesi işletme adının yani markamızın esaslı unsurunu teşkil etmektedir. Müvekkilimiz Türkçe karşılığı “**brokoli**” olan bu kelimeye ait görseli logoda da kullanmıştır. Bu da **BROCCOLI** kelimesinin esaslı unsur olduğunu kanıtlar niteliktedir.

Davalı İlk Adım A.Ş.’nin itiraza konu **BIRAK-KOLİ** markasında kullanılan logo müvekkilimiz markasının esaslı unsuruyla aynılık ve benzerlik taşıması nedeniyle haksızlık oluşturmaktadır. Bu durum **SMK 6/6’da** açıkça düzenlendiği şekilde **nispi ret sebeplerindedir.** Bu konuda açık bir hüküm varken davalı tarafından göz göre göre markasını tescil ettirmesi **hukuka açıkça aykırılık oluşturur ve kabul edilemez.**



**2-** Davalı İlk Adım A.Ş.'nin BIRAK-KOLİ markasının müvekkilimize ait **BROCCOLI&MORE** markasıyla kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle nispi ret sebeplerine dayanarak davaya konu markanın hükümsüzlüğü ve YİDD Kararının iptali gerekmektedir.

Müvekkilimiz Değerli A.Ş. **BROCCOLI&MORE** markasını 1996 yılında 29,35,39. Sınıflarda tescil ettirmiş ve 1997 yılından beri bu marka ile faaliyetlerine bilfiil devam etmektedir. Buna karşılık davalı İlk Adım A.Ş. 2017 yılından itibaren tescilsiz olarak kullandığı BIRAK- KOLİ markasını 2021 yılında 29,35,39. Sınıflardan tescil ettirmek için tescil talebinde bulunmuş ancak 29 ve 35. Sınıflardan talebi haklı olarak reddedilmiş tescil yalnızca 39. Sınıfta gerçekleşmiştir.

Davacı müvekkilimiz 25 yıldır aynı sınıftan tescilli olup söz konusu sınıflarda faaliyetlerini sürdürmektedir. Davalı markasını 29 ve 35. Sınıflardan tescil alamaması davaya konu iki markanın hizmet alanlarının aynı ya da benzer olduğuna kanıttır. **BIRAK-KOLİ** markası adına yapılan **39. Sınıftaki tescilin de aynı sebebe dayanarak hükümsüzlüğü gerekmektedir.**

**3-** İtiraza konu markanın müvekkilimize ait **BROCCOLI&MORE** markası ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunması nedeniyle nispi ret sebeplerine dayanarak BIRAK-KOLİ markasının hükümsüzlüğü ve YİDD Kararının iptali gerekmektedir.

**Marka hukukuna göre iltibas;** tescilli marka ile karıştırılma ihtimaline sebebiyet vererek iki markanın birbirinden ayırt edilemeyecek kadar benzer olmasına neden olmaktadır.

Vekil edene ait marka <i>-tablo 1</i>	İtiraza konu marka <i>-tablo 2</i>
 <p>96-002775</p>	 <p>2021-1598</p>

Yukarıda *tablo 1* ve *tablo 2*'de söz konusu iki markanın birbirine hem fonetik hem de şekil itibariyle benzediği ve halk tarafından karıştırılabileceği açıkça görülmektedir.

Somut olayda var olan bu benzerlik **ortalama tüketici tarafından karıştırılabilecek niteliktedir.** Ortalama tüketicinin bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple bağlantı kurması karıştırılma ihtimali için yeterlidir.

Özetle, kullanılan brokoli şekillerinin birbirine fazlasıyla benzemesi ve markaların isimlerinin sessel olarak birbirini çağırıştırması iltibasa yol açar.

Yargıtay, “HONDAY 55” VE “HYUNDAI” markaları arasında işitsel, telaffuz ve anlamsal bakımdan benzerlik bulunduğu, davalı markasında yer alan 55 ibaresinin farklılaştırmaya elverişli bulunmadığına hükmetmiştir<sup>7</sup>.

Doktrinde de tüketicilerin genelde karıştırılan markaları yan yana koyarak aynı anda görme imkanından uzak olduğu, daha önceden gördüğü markanın zihninde kalan ve çok net olmayan hatırlanma etkisi ile hareket ettiği kabul edilmektedir<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Y.11.HD. 2017/3179 E. 2019/363 K. 16.1.2019 T.

<sup>8</sup> SULUK, Cahit/ KARASU, Rauf/ NAL, Temel: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.



*Benzerlik hususuna değinmek gerekirse;*

Öncelikle; uyuşmazlığa konu olan markaların birbirine sessel olarak benzediği inkar edilemez. Daha önce de değindiğimiz üzere müvekkilimiz markası **BROCCOLI&MORE**'un esas unsuru **BROCCOLI**'dir. Söz konusu marka "brokoli" olarak telaffuz edilmektedir. Davalı markası **BIRAK-KOLİ**'ye geldiğindeyse okunuşunun "birakkoli" olduğu görülmektedir. Bunun günlük dilde ve halk arasında brokoli olarak anlaşılması ise çok yüksek ihtimaldir. **İki markada kullanılan harflerin büyük çoğunluğunun aynı olması** da halk tarafından karıştırılma ihtimalinin yüksek olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Öte yandan müvekkilimiz markasının esas unsurunun **BROCCOLI** olması ve markasında da brokoli görseli kullanması halk arasında brokoli denince akla **BROCCOLI&MORE** markasının gelmesini sağlar. Buna ek olarak logoda kullanılan görsel halk tarafından göze ilk çarpan unsurdur. Bu yüzden kullanılan logo halkın markayı tercih etmesinde büyük önem taşır. **BIRAK-KOLİ** markasının markasında aynı logoyu kullanması davacı müvekkilimizin çıkarlarına ters düşmektedir. Ayrıca bu durum uzun yıllardır **BROCCOLI&MORE** markasıyla faaliyetlerine devam eden müvekkilimizin **açıkça namından ve bilinirliğinden faydalanmaktadır.**

**Doktrinde de değinildiği üzere,** tanınmış markalara ait bir işaret ile karşılaşan tüketici bu işaretin tanınmış markanın sadece bir unsurunu içermesi halinde dahi aralarında düşünsel bir bağlantı kurabilmektedir. Tanınmış markayı oluşturan ibareler tüketici zihnine yerleşmiş olduğundan, tüketici sonraki markayı gördüğünde bu markadaki bazı farklılıkları gözden kaçırarak tanınmış marka ile bağlantı kurabilir<sup>9</sup>. Yukarıda da müvekkilimiz markasının tanınmışlığına ilişkin verileri paylaştığımız üzere ortalama bir tüketicinin davalı markası ile müvekkilimizin **BROCCOLI&MORE** markasını karıştırma ihtimali oldukça yüksektir.

Bu husus SMK m.6/5'te "Tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yarar sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici

<sup>9</sup> SULUK, Cahit/ KARASU, Rauf/ NAL, Temel: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

*karacterinin zedelenebileceği hâllerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, haklı bir sebebe dayanma hâli saklı kalmak kaydıyla, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.” şeklinde düzenlenerek markanın bilinirliğinin önemi üzerinde durulmuştur.*

*Bu sebeple BIRAK-KOLİ markasının aynı ya da benzer nitelikteki bir logoyu kullanarak tescil alması kabul edilemez.*

Tüm bunlara rağmen **BIRAK-KOLİ** markasının 39. Sınıftan tescil edilmesi **ticari hayatın güvenliğinin ve hukuk düzeninin sarsılmasına yol açar.** Açıkladığımız bu nedenlerden dolayı davalı İlk Adım A.Ş.’nin sahip olduğu **BIRAK-KOLİ** markası müvekkilimiz Değerli A.Ş. markasının **çıklarlarına zarar vermekte ve itibarını zedelemektedir.**

Dolayısıyla, **SMK 5/1, SMK 6/1-3-5-6 hükümleri gereğince dava konusu YİDD Kararının iptali ve 2021/1598 sayılı BIRAK-KOLİ markasının hükümsüzlüğüne karar verilmelidir.**

**HUKUKİ NEDENLER:** 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması ve sair ilgili mevzuat.

**HUKUKİ DELİLLER:** **1-** Vekil eden adına tescilli Marka Tescil Belgeleri

**2-** Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu’nun 03.05.2022 tarihli ve 2022-M-6935 Sayılı YİDK Kararı

**3-** Yargıtay İçtihatları ve Yargı Kararları

**4-** Doktrin Görüşleri

**5-** Bilirkişi, uzman görüşü

**6-** Tanık

**7-** Karşı tarafın sunacağı delillere karşı delil sunma hakkımız saklı kalmak üzere her türlü yasal delil.

**SONUÇ VE İSTEM** : Yukarıda izah ettiğimiz ve sayın mahkemece re'sen dikkate

alınacak nedenler ile; Fazlaya ilişkin her türlü talep ve dava hakkımız saklı kalmak üzere;

- 1- **DAVAMIZIN KABULÜNE** ve Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun 03.05.2022 tarihli ve **2022-M-6935 SAYILI YİDK KARARININ İPTALİNE**,
- 2- 2021/1598 Başvuru Numaralı "BIRAK-KOLİ" ibareli **MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE**,
- 3- **SMK 149/1-g hükmü uyarınca** gerekçeli kararın hüküm fıkrasının ülke çapında yayın yapan bir gazetede masrafları davalıya ait olmak üzere **İLANINA**,
- 4- Vekâlet ücreti ve tüm yargılama giderlerinin karşı taraflara yükletilmesine, **HÜKMEDİLMESİNİ BİLVEKALE ARZ VE TALEP EDERİZ.**

*Davacı Değerli A.Ş. Vekilleri*

### **III. CEVAP DİLEKÇESİ VE DEĞERLENDİRMELER**

#### **ANKARA 8. FİKRİ VE SINAİ HAKLAR HUKUK MAHKEMESİNE**

##### **CEVAP VEREN DAVALI**

**KARŞI DAVACI** : İlk Adım A.Ş. (Adres) -Mersis Adresi-

**DAVALI VEKİLLERİ** : AV. \*\*\*\* (Adres)

**DİĞER DAVALI** : TÜRK PATENT VE MARKA KURUMU  
(Adres)

**VEKİLİ** : AV. \*\*\*\* (Adres)

##### **DAVACI**

**KARŞI DAVALI** : Değerli A.Ş. (Adres) -Mersis Adresi-

**DAVACI VEKİLİ** : AV. \*\*\*\* (Adres)

**DAVA KONUSU** : Davacı Değerli A.Ş. tarafından sunulan dava dilekçesine karşı cevaplarımızı ve karşı dava dilekçemizi içerir.

## ACIKLAMALAR

1) Vekil eden İlk Adım A.Ş. uzun yıllardan beri **BIRAK-KOLİ** markası ile Ankara'da restoran sektöründe faaliyet göstermektedir. Müvekkil, konsept bir işletme olan **BIRAK- KOLİ** markası altındaki restoranlarında, uzunca bir süredir devam eden, “**bir koli kitap getiren herkese ücretsiz yemek yeme**” kampanyası yürütmektedir.

2) Müvekkil İlk Adım A.Ş.’nin; yürütmekte olduğu şirkete ait kesilmiş faturalar, **BIRAK- KOLİ** markasının yer aldığı restoran menüleri, 12.12.2017 tarihli Hürriyet Gazetesi Ankara ekinde reklamları bulunmaktadır. Ayrıca yürüttükleri “**bir koli kitap getiren herkese ücretsiz yemek yeme**” kampanyası tüm Türkiye’de ses getirdiğinden aynı gazetenin Ankara ekinde 23.07.2019 tarihli röportajı da yer almaktadır.

3) Vekil eden İlk Adım A.Ş. teknolojinin getirdiği gelişmelere ayak uydurmak ve kargoculuk sektörünün git gide genişlemesi sebebiyle bu sektöre girmeye karar vermiştir. Bu amaçla müvekkil, uzun yıllardır restoranlarında kullanmakta olduğu işareti bir tasarımcı yardımıyla logoya dönüştürerek aynı işareti kargoculuk hizmetinde de kullanmak üzere **19.04.2021’de tescil talebinde bulunmuştur.**

4) Müvekkil İlk Adım A.Ş.’nin tescil talebi söz konusu logoya ek olarak kargo şirketini kurmaya da yöneliktir. Yapılan tescil talebi, Türk Patent ve Marka Kurumunun 29, 35 ve 39. Marka sınıflarına ilişkindir.

5) Vekil edenin bu talebi 03.05.2022 tarih ve **2022-M-6935 sayılı karar ile 29 ve 35. sınıflardan reddedilse de 39. Sınıftan kabul edilerek tescil alınmıştır.**

### ***ASIL DAVAYA İLİŞKİN CEVAPLARIMIZ:***

***A- SMK 19/2’YE DAYANARAK DAVACI DEĞERLİ A.Ş.’NİN 39. SINIFTAN KARGOCULUK HİZMETLERİ ALANINDA KULLANIM İSPATI SUNMASI TALEBİMİZ BULUNMAKTADIR.***

Davacı Değerli A.Ş.’nin **BROCCOLI&MORE** markası bakımından **SMK 19/2’ye** dayanarak, 39. Sınıftaki kargoculuk hizmetleri bakımından **kullanım ispatı sunmasını** talep etmekteyiz.

**SMK 19/2:** “6 ncı maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılan itirazlarda, itiraz gerekçesi markanın itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de en az beş yıldır tescilli olması şartıyla, başvuru sahibinin talebi üzerine, itiraz sahibinden, itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içinde itiraz gerekçesi markasını itirazına dayanak gösterdiği mal veya hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunması talep edilir. İtiraz sahibi tarafından bu hususların ispatlanamaması durumunda itiraz reddedilir. İtiraz gerekçesi markanın, tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı için kullanıldığının ispatlanması hâlinde itiraz, sadece kullanımı ispatlanan mal veya hizmetler esas alınarak incelenir.”

**SMK 19/2’ de** hüküm altına alındığı üzere 5 yıldan daha uzun süredir tescilli markalara dayalı yapılan itirazlarda, itiraz gerekçesi markalarının kullanıldığının ispat edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca **SMK 6/I** kapsamında yapılan itirazlarda, itiraza konu başvurunun itiraz gerekçesi markasını itirazına dayanak gösterdiği mal veya hizmetler bakımından **Türkiye’de ciddi biçimde kullanmakta olduğunu ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunması gerekmektedir.**

Bu hükme ilaveten, ***Türk Patent ve Marka Kurumu’nun Kullanım İspatı Kılavuzunda*** da ifade ettiği üzere;

“Markanın ciddi kullanımı, markanın fiilen kullanımını gerektirmektedir. Dolayısıyla, tek amacı markadan kaynaklanan hakları sürdürmek olan simgesel kullanım ciddi kullanım olarak kabul edilemez.”

Bahsedilen hususlar doğrultusunda, Değerli A.Ş. **BROCCOLI&MORE** markası altında kargoculuk faaliyetini Türkiye’de ciddi biçimde sürdürdüğünü **ispat etmekte yükümlüdür.**

**B- DAVACININ, YİDD KARARININ İPTALİ VE MÜVEKKİLİN DAVA KONUSU MARKASININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE İLİŞKİN TALEPLERİ HAKSIZDIR, KABUL EDİLEMEZ.**

**1-** Davacı Değerli A.Ş.’nin sahip olduğu **BROCCOLI&MORE** markasının bilinirliği Ankara merkez ilçesinde yapılan anketlere göre %75 olarak ölçülmüştür. Davacı taraf bu veriyi altı doldurulamayacak nedenlerle Türkiye genelinde elde edilmiş bir veri gibi lanse etmiştir. Bu durum davacı Değerli A.Ş. tarafından **algı yaratmaya çalışmaktan başka bir sey değildir.** Kaldı ki, bahsedilen anketleri hangi kişinin veya kurumun yaptığı muallaktır ayrıca anketlerin hedef kitlesine dair bir veri de sunmamışlardır. Bu belirsiz verilere dayanan anket baz alınarak **bir çıkarım yapmak haksızlık olacaktır.**

**SMK m.6/5’in gerekçesinde** markanın tanınma derecesinin tespiti hususunda, markanın hitap ettiği toplumun ilgili kesiminin dikkate alınacağı üzerinde durulmuştur. **Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 11.04.2017 tarihli kararı "ADVANTAGE"** markasını **"GAP Avantaj"** markasına karşı, düşük tanınırlık düzeyi dolayısıyla ilgili markanın kötü niyetli olamayacağı gerekçesiyle koruma kapsamı dışında bırakmıştır.

Bu açıklamalarımızdan hareketle müvekkilimiz İlk Adım A.Ş.’nin davacı Değerli A.Ş.’ye ait markayı bilmiyor olması hayatın olağan akışına uygundur ve söz konusu markanın bilinirliğinden yararlanmadığının kanıtıdır. Dolayısıyla somut olayda müvekkile karşı **kötü niyet iddiasında bulunulamaz.**

**2-** Davalı müvekkilimiz İlk Adım A.Ş.’nin sahip olduğu **BİRÄK-KOLİ** markası gerek yazı

stili bakımından gerekse kullandığı logodaki şekil ve ismin bütünlüğü bakımından ayırt edici özelliğe sahiptir ve **BROCCOLI&MORE** markasından ayrılmaktadır.

Davacı tarafın dilekçesinde **bizzat** belirttiği üzere “ ***Özgün marka; tüketiciler nezdinde kullandığı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, çoğu halde yaratıcı bir fikrin ürünü olarak, işaretin belli bir işletmeyle ilişkilendirilmesini sağlayan bir özelliği ifade etmektedir.*** ”

**BİRÄK-KOLİ** markası müvekkil İlk Adım A.Ş.’nin uzun yıllar emek sarf ederek oluşturduğu özgün bir markadır. Hemen yukarıdaki tanımdan da hareketle “**bir koli kitap getiren herkese ücretsiz yemek yeme**” imkânı sunulmasının yaratıcı bir fikrin ürünü olduğu açıkça söylenebilir. Buna ek olarak,

**BIRAK-KOLİ** ismi konseptini tam olarak karşılamaktadır. Söz konusu isim; “**koliyi bırak, yemeğini al**” düşüncesinden yola çıkılarak oluşturulmuştur. “**Koli**” kelimesi kampanyadaki kitap kolisine, “**bırak**” kelimesi ise bahsedilen kitap kolisinin restorana getirilmesine yapılan atıftır.

Yukarıda belirtilen hususlardan da anlaşılacağı üzere, vekil eden İlk Adım A.Ş.’nin **BIRAK-KOLİ** markası **özgün marka kriterlerini karşılamaktadır ve ayırt edici özelliği haizdir.** Aynı hususları davacı Değerli A.Ş.’nin **BROCCOLI&MORE** markası için ise söylemek mümkün olamayacaktır.

*“...Her iki taraf da markasını yaratırken İstanbul ilinden esinlenmiş ise de, davacı “blue” ibaresini “İstan” ibaresine ekleyerek özgün bir marka yaratmış, davalı da “İstanbul” ibaresinin önüne “212” sayısını ekleyerek markasını farklılaştırmıştır. Bu haliyle İstanbul kelimesinin ayırt ediciliği zayıf bir kelime olması nedeniyle markaların ek unsurları ile farklılaştığı ve benzer olmadıkları sonuca varmak gerekir...”<sup>10</sup>*

C- DAVACI TARAFINDAN SUNULAN NİSPİ RET SEBEPLERİNE DAYANAN MARKAMIZIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE YİDD KARARININ İPTALİ TALEPLERİ KABUL EDİLEMEZ.

**1-** Müvekkilimiz İlk Adım A.Ş.’ye ait **BIRAK-KOLİ** markasının davacı firmaya ait markayla aynı ya da benzer olması durumu söz konusu değildir.

Marka bir bütündür ve ayrılamaz. Davacı tarafın savunduğu gibi tescil alınan **marka adının esaslı unsurunun bölünerek belirlenmesi hukuki dayanaktan yoksundur.** Söz konusu marka **BROCCOLI&MORE** adıyla tescil almıştır ve tek bir unsur içermektedir. Davacı tarafın yaptığı gibi esaslı unsurun **BROCCOLI** olarak lanse edilmesi ilgililer aleyhine bir algı oluşturmaya çalışmaktan başka bir şey değildir.

*Yerleşik Yargıtay İçtihatlarına göre; “Marka birden çok unsur ihtiva ediyorsa, asıl unsuru, markanın bütünü ile bıraktığı izlenim, tümüne hâkim olan görünüş ve ayrıcalığını vurgulayan imaj” da aramak gerekir. Buradan da anlaşılacağı*

<sup>10</sup> Y. 11. H.D. 2015/12744 E. , 2017/835 K.

üzere **BROCCOLI&MORE** markasının ayrıcalığını teşkil eden unsur **BROKOLİ** kelimesinde aramak yerinde bir değerlendirme olmayacaktır. Markanın bütünü ile bıraktığı izlenim açısından değerlendirdiğimizde, markanın esaslı unsurunu **BROCCOLI&MORE** olarak tanımlamak gerekmektedir.

*Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2015/12692 Esas ve 2017/728 Karar sayılı kararı* mevcut durumu destekler niteliktedir. İlgili karara göre; “...başvurunun kompozisyon biçimleri, yazı karakterleri ve renklerinin markaları ilk bakışta bıraktıkları izlenim ile redde gerekçe gösterilen markaların ayniyet ya da benzerlik içermediği, dolayısıyla davalı vekilinin bulunmuş olduğu tüm temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün onanmasına karar verilmiştir.”

Markayı iki unsur olarak algılamak mümkün değildir. Bundan yola çıkarak markayı unsurlara bölmek ve bu unsurlardan yalnızca birine yönelik logo kullanmak markayı tam anlamıyla tanımlamaz. **BROCCOLI&MORE** markası, davacı tarafın dilekçesinde belirttiği şekilde ve sürede kullanılmakta olduğundan bu isimle bilinmektedir. Söz konusu markayı unsurlara ayırmak yukarıda yapılan açıklama doğrultusunda yanlış bir yaklaşım olacaktır. Davacı tarafın bizzat bahsettiği gibi esaslı unsur olan **brokoli** logosunu müvekkilimizin markasında kullanmasına karşı yapmış oldukları itirazlarını ise esaslı unsur hususuna dayandırmak yersizlik teşkil edecektir. Dolayısıyla **BROCCOLI&MORE** markasını ayırlamaz bir bütün olarak değerlendirdiğimizde müvekkilimizin **BİRİK-KOLİ** markası ile aynı ya da benzer olduğunu kabul etmemiz olanaksızdır.

2- Müvekkilimiz İlk Adım A.Ş.'ye ait **BİRİK-KOLİ** markasının davacı markasıyla kapsadığı hizmetlerin aynı ya da benzer olduğunu kabul edemeyiz.

Kabul anlamına gelmemek kaydıyla uyuşmazlıkta bahsi geçen markaların ikisi de 39. Sınıftan tescil almıştır. Buna göre müvekkilimiz markası **BİRİK-KOLİ**'nin tescil edildiği 39. Sınıf şu şekildedir: Kara, deniz ve hava taşımacılığı hizmetleri ve kara, deniz ve hava taşıtlarının kiralanması hizmetleri, tur düzenleme, seyahat için yer ayarlama, seyahat ile ilgili bilet sağlama, kurye hizmetleri. Araba



parkları hizmetleri, garaj kiralama hizmetleri. Tekne barındırma hizmetleri. Boru hattı ile taşıma hizmetleri. Elektrik dağıtım hizmetleri. Su temin hizmetleri. Taşıt ve malları kurtarma hizmetleri. Malların depolanması, paketlenmesi ve sandıklanması hizmetleri. Çöplerin depolanması ve taşınması hizmetleri, atıkların toplanması ve taşınması hizmetleri.

Buna karşılık davacı Değerli A.Ş.'nin **BROCCOLI&MORE** markası ise **sadece** Çöplerin depolanması ve taşınması hizmetleri, atıkların toplanması ve taşınması hizmetleri kapsamında tescillidir. Bu hususa aşağıda detaylıca değinilmiştir. Müvekkilimiz İlk Adım A.Ş. uzun bir süredir yeme içme ve restoran alanında faaliyet gösteren **BIRAK-KOLI** markasına sahiptir. Müvekkilimiz her tacirin yapabileceği ve yapması gerektiği gibi fırsatları değerlendirmek durumundadır. *TTK'de* de koruma altına alındığı gibi ticari hayatın özgürlüğü kapsamında hareket etmek her tacirin hakkıdır. Vekil eden İlk Adım A.Ş. bundan hareketle günümüz gelişmelerine ayak uydurmak ve markasını büyütme amacıyla farklı faaliyet alanlarına yönelmek istemiştir. Müvekkilimiz bu kapsamda kargoculuk alanına da yönelmiştir. Böylece hali hazırda farklı bir hizmet alanında faaliyet gösteren ve belli bir tanınımlığa ulaşan **BIRAK-KOLI** markasını yeni faaliyet göstereceği kargoculuk hizmetlerinde de kullanmaya karar vermiştir. Müvekkilimiz İlk Adım A.Ş. kargo alanında çalışacağından 39. Sınıf kapsamında tescil talebinde bulunmuştur ve haklı olarak bu sınıftan tescilini kargoculuk faaliyetleri de dahil olmak üzere almıştır. Buna karşılık davacı Değerli A.Ş. ise yalnızca yiyecek ve restoran hizmetleri sunduğu işletmesinde 39. Sınıftan tescilini **sadece çöplerin ve atıkların toplanması ve taşınması hizmetleri** için almıştır.

Görüldüğü üzere her ne kadar söz konusu iki marka da 39. Sınıftan tescilli olsa da **alt sınıfları farklıdır**. Vekil eden İlk Adım A.Ş. faaliyet göstereceği kargoculuk alanına uygun olarak tescilini almış, davacı Değerli A.Ş. ise tescilini faaliyetinde bile bulunmadığı bir alandan almıştır. Bu bakımdan **aynı hizmet sınıftan tescil aldıklarını iddia etmek hukuki dayanaktan yoksundur ve ivi niyetli olduğu söylenemez**.

3- Müvekkilimiz İlk Adım A.Ş.’ye ait **BIRAK-KOLİ** markasının davacı Değerli A.Ş.’ye ait **BROCCOLI&MORE** markası ile halk tarafından ilişkilendirme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunmamaktadır.

Davacıya ait marka	Davalı müvekkile ait marka
<p data-bbox="216 487 284 515">-tablo 1</p>  <p data-bbox="349 860 473 888">96-002775</p>	<p data-bbox="628 487 696 515">-tablo 2</p>  <p data-bbox="770 902 895 930">2021-1598</p>

**Markaların iltibas**, önceki marka ile aynıyet ya da benzerlik yaratılarak tüketicilerin markaları karıştırmasına yol açmaktır<sup>11</sup>.

Tablolardan da hareketle davacı müvekkil İlk Adım A.Ş. ve davalı Değerli A.Ş.’ye ait markalar arasında **görsel açıdan herhangi bir benzerlik bulunmamaktadır.** Yukarıda da bahsettiğimiz üzere davalı vekilimizin markası **BIRAK-KOLİ**’nin davacı markasıyla aynı veya benzer olması hususunda esas unsur olarak **BROCCOLI&MORE** ifadesinin bütünüyle değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan iddia edilen **fonetik benzerliği de kabul etmemiz mümkün değildir.** Davacı Değerli A.Ş.’nin **BROCCOLI&MORE** markası İngilizce yazıldığından ve

<sup>11</sup> TOKGÖZ, Yeşim: “Markaların Karıştırılma Tehlikesi ve İltibas”, 2018, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/markalarin-karistirilma-tehlikesi-ve-iltibas> (E.T.: 31.08.2023).

Türkçe’de ‘*brokoliemor*’ şeklinde okunduğundan **BİRAK- KOLİ** markasıyla fonetik olarak benzediğini iddia etmek açıkça kötü niyet teşkil eder.

Fonetik açıdan benzememelerine ek olarak farklı dillerde yazılmaları sebebiyle **ifade ettikleri anlam bakımından da benzerlik taşımamaktadır.** Davalı tarafın markası “*brokoli ve daha fazlası*” anlamına gelmekte, davacı müvekkilimizin markası ise yukarıda değinmiş bulunduğumuz üzere “*bırak*” ve “*koli*” kelimelerinden üretilmiştir. Dolayısıyla söz konusu iki marka arasında gerek fonetik gerekse anlamsal açıdan da bir benzerlik yoktur. Tüm bu anlattıklarımızdan yola çıkarak **halk tarafından ilişkilendirme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimalinin de bulunmadığı** rahatlıkla söylenebilir.

Bunlara ekleyeceğimiz diğer bir husus ise; müvekkilimiz İlk Adım A.Ş.’nin ve davacı Değerli A.Ş.’nin markalarının tescil edilen **hizmet sınıflarının farklı olması sebebiyle hitap ettikleri hedef tüketici kitleleri de farklılık göstermektedir.** Ayrıca bu durum da iki markanın halk tarafından karıştırılma ihtimalinin ortadan kalktığını kanıtlamaktadır.




Şöyle ki, müvekkilimiz İlk Adım A.Ş.’nin **BİRAK-KOLİ** markasını 39. Sınıftan tescil ettirmesinin sebebi, internet üzerinden alışverişin yaygınlaşmasıyla kargo şirketi de kurmaya karar vermesidir. Buna dayanarak müvekkilimiz İlk Adım A.Ş.’nin markasını 39. Sınıftan tescil ettirmesi hitap ettiği kitlenin kurye hizmetlerine yönelik olduğunu açıkça göstermektedir. Buna karşın, davacı Değerli A.Ş.’nin markasının yalnızca restoran ve yeme- içme hizmeti sunması, **hitap ettiği kitlenin kargoculuk hizmetlerinden çok farklı olduğunu kanıtlar niteliktedir.** Kaldı ki, Değerli A.Ş.’nin markasının 39. Sınıftan tescilinin içeriğini sadece çöplerin toplanması ve taşınması hizmetleri oluşturmaktadır, davalı müvekkilimizin sahip olduğu kargoculuk alanında tescili ise bulunmamaktadır. Buna göre davacı Değerli A.Ş.’nin dilekçesinde ileri sürdüğü üzere, iki marka arasında halk tarafından karıştırılma ihtimali, hitap ettikleri kitlelerin ve hizmet sınıflarının farklı olması nedeniyle mümkün gözükmemektedir.

**Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15.11.2011 tarihli kararında**, elektronik ürünler sektöründe tanınmış olan "Next" markasına rağmen "Nexter" markasının 18 ve 25. sınıftaki giyim ürünlerinde tescil edilebileceğine karar vermiştir.

**C) DAVACI DEĞERLİ A.Ş. SÖZ KONUSU DAVA DIŞI GÜVEN A.Ş. 'YE AİT KARGOCULUK ALANINDA FAALİYET GÖSTEREN BIRAK-KOLİ MARKASINA UZUN SÜRE SESSİZ KALMASI VE AKABİNDE DAVALI MÜVEKKİLİMİZE İŞBU DAVAYI YÖNELTMEŞİ NEDENİYLE KÖTÜ NİYETLİ OLDUĞUNU VE BU DAVAYI AÇMAKTA HAKSIZ OLDUĞUNU KANITLAMAKTADIR.**

Dava dışı Güven A.Ş. Azerbaycan'da yatırımlar yapan Türkiye'de kurulmuş bir şirket olup 15.11.2018 tarihinde tescil edilmiş olan **Birak-Koli** markası ile uluslararası bir kargoculuk şirketiyle de Azerbaycan'da faaliyet göstermektedir. Azerbaycan'da en büyük kargo şirketi haline gelmiş, yine Azerbaycan halkı tarafından %90, Türkiye'de ise %60 bilinirliğe ulaşan **söz konusu bu markanın davacı Değerli A.Ş. tarafından bilinmiyor**

**oluşu imkânsızdır.** Davacı Değerli A.Ş.'nin müvekkilimiz markası **BIRAK-KOLİ**'ye itirazda bulunduğu tescil sınıfı ile dava dışı Güven A.Ş.'nin **Birak-Koli**'nin hizmet sınıfının aynı olup kargoculuk hizmetlerine yönelik olduğu görülmektedir. Ayrıca Güven A.Ş.'ye ait bu markanın davacı Değerli A.Ş.'nin ileri sürdüğü nispi ret sebepleri olan; söz konusu marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği ve halk tarafından ilişkilendirme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimalini de içerdiği açıkça görülmektedir.

Dava Dışı Güven A.Ş.'ye Ait Marka	Davalı Müvekkil İlk Adım A.Ş.'ye Ait Marka	Davacıya Ait Marka
		
	2021-1598	96-002775

Yukarıdaki tablodan da anlaşılacağı üzere dava dışı Güven A.Ş.'nin markası **Bırak Koli** ile müvekkilimiz İlk Adım A.Ş.'ye ait **BİRAK-KOLİ** markasının benzerlikleri yadsınamaz bir gerçektir. Gerek yazılışları gerek okunuşları açısından aynıdırlar. Buna rağmen davacı Değerli A.Ş.'nin **SMK 25/6'da** belirtilen **5 yıllık hak düşürücü süre** boyunca **Güven A.Ş.'ye sessiz kalması** buna karşın tescilinin bile bulunmadığı ve fiili olarak kullanmadığı bir sınıftan **söz konusu davayı müvekkilimize yönelmesi açıkca kötü niyet göstergesidir.**

**SMK 25/6:** “Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötü niyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.”

**Sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesi**, kişinin uzun süre kullanmadığı hakkını daha sonra kullanmaya kalkması halinde zarar göreceği iyi niyetli üçüncü kişileri ve onların mevcut duruma duydukları güveni korumak için kabul edilmiştir. Buna dayanarak, davacı Değerli A.Ş.'nin dava dışı Güven AŞ.'ye sessiz kalıp müvekkilimiz İlk Adım AŞ.'ye aynı konu üzerinden itirazda bulunması kabul edilemez. Ayrıca davacı Değerli A.Ş.'nin bu davranışı **dürüstlük kuralına aykırıdır ve basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünün ihlalini** teşkil etmektedir. Bu davranışı hukuk düzeni tarafından korunmamalıdır.

**KARŞI DAVAYA İLİŞKİN TALEBİMİZ:**

Davacı Değerli A.Ş. yukarıda açıkladığımız kullanma ispatı hususunu ispat edemediği takdirde söz konusu firmaya ait **BROCCOLI&MORE** markasının iptalini talep ediyoruz.

**SMK 9/1** : “ Tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir. “SMK 9/1 hükmü açıktır ve **5 yıldır ilgili sınıfta kullanılmayan markanın iptaline karar verilmesi gerekmektedir.** Kullanım ispatı ise davacının üzerindedir. Buna göre davacı Değerli A.Ş. söz konusu 39. Sınıftaki kargoculuk hizmetinden kullanım ispatı sunmadığı takdirde müvekkilimiz İlk Adım A.Ş. markası **BIRAK-KOLİ** ile aynı sınıftan tescilinin söz konusu olmadığı görülecektir. Dolayısıyla davacının itiraz talebinin hukuki dayanaktan yoksun olduğu anlaşılacaktır.

Kaldı ki, davacı Değerli A.Ş.’nin zaten **kargoculuk alanına ilişkin bir tescili bile bulunmamaktadır.** Yukarıda da değindiğimiz üzere **davacı tarafın tescili sadece çöplerin depolanması ve taşınması hizmetleri, atıkların toplanması ve taşınması hizmetlerine yöneliktir.** Bu sebeple tescili olmayan bir alandan kullanım ispatı istemek mantıklı olmasa da hak kaybı olmaması açısından markanın iptalini talep etmekteyiz. “*Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davalı adına 14.6.1996 tarihinde tescil edilen SUTEN ve 16.6.1996 tarihinde tescil edilen ÇBS SUTEN markalı malları tescil tarihinden itibaren ürettiği ve piyasaya sunduğuna dair davalı tarafın kanıt sunmadığı, tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde haklı bir neden olmadan davalının adı geçen markaları kullanmadığı gerekçesiyle, davalı adına kayıtlı SUTEN ve ÇBS SUTEN markalarının 556 sayılı KHK’nın 14. maddesi gereğince hükümsüz olduğunun tespitine ve sicilden terkinine karar verilmiştir.*<sup>12</sup>”.

<sup>12</sup> Y.11. HD. E. 2003/9332, K. 2004/4315, T. 20.4.2004.

Tüm bu anlatılanlara ek olarak davacı Değerli A.Ş.'nin bahsedilen 39. Sınıftan tescili bile bulunmamasına rağmen söz konusu **BROCCOLI&MORE markasını bu sınıftan kullanıyormuş gibi göstermesi** ve tarafımıza işbu davayı yöneltmesi kötü niyetlidir ve açıkça haksızlık teşkil etmektedir.

**SMK 26'da** iptal halleri sayılmıştır ve **SMK 9/1** de bu hallerden biri olarak gösterilmiştir. Bu nedenle davacı Değerli A.Ş.'ye ait **BROCCOLI&MORE** markası SMK 9/1'deki hükmü tam olarak karşıladığından **söz konusu markanın SMK 26 ve SMK 9/1 uyarınca iptali gerekmektedir.**

**HUKUKİ NEDENLER** : 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması ve sair ilgili mevzuat.

**HUKUKİ DELİLLER** :

- 1- Vekil eden adına tescilli Marka Tescil Belgeleri
- 2- Yargıtay İçtihatları ve Yargı Kararları
- 3- Doktrin Görüşleri
- 4- Bilirkişi, uzman görüşü
- 5- Tanık
- 6- Karşı tarafın sunacağı delillere karşı delil sunma hakkımız saklı kalmak üzere her türlü yasal delil.

**NETİCE VE İSTEM:**

**Yukarıda sayılmış bulunan ve re'sen nazara alınacak sebepler dolayısıyla;**

Davacı Değerli A.Ş. tarafından sunulan dava dilekçesinde ileri sürülen iddia ve taleplerin **REDDİNE,**

Karşı davamızın **KABULÜNE** ve davacı Değerli A.Ş. adına tescilli markanın kullanmama nedeniyle **İPTALİNE,**

Vekâlet ücreti ve tüm yargılama giderlerinin karşı taraflara yükletilmesine, Karar verilmesini vekaleten arz ve talep ederiz. Saygılarımızla.

*Davalı İlk Adım A.Ş. Vekilleri*

Bu bölümde;

**Eskişehir Barosu, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Akademisi Kulübü, Türkiye Bilişim Derneği ve Ankara Üniversitesi** paydaşlığında hazırlanan ve 5 Mayıs 2023 Cuma günü Eskişehir Barosu Hizmet Binası Av. Cemre Parmaksız Konferans Salonunda gerçekleştirilen **Teknoloji ve Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu'nda** sunulan bildirilerin özetlerine yer verilmiştir.



## Yapay Zekâ Destekli Akıllı Sözleşmeler ve Yeni Hukuki Sorunlar

**Doç. Dr. Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY\***

Akıllı sözleşmelerdeki "akıllı" kelimesi, yapay zekayı (AI) ifade etmez. Bununla birlikte, Yapay zekâ ve Web 3.0'ın ortaya çıkmasıyla birlikte, akıllı sözleşmelerin daha çok yapay zeka ile çalışması beklenmektedir. Yapay zekâ ve blockchain birbirini tamamlayan teknolojilerdir. Yapay zekâ uygulamaları, karmaşık akıllı sözleşmeler oluşturabilecek ve yürütebilecektir. Mesela yapay zekâ akıllı sözleşmenin içeriğine ilişkin tavsiyelerde bulunabilir. Yapay zekâ ayrıca önceki akıllı sözleşmelerin iş akışını analiz edebilecek ve daha iyi alternatifler sunabilecektir. Böylece, akıllı sözleşmeleri daha işlevsel hale getirecektir. Yapay zekâ ile geliştirilmiş akıllı sözleşmelerin faydalarına rağmen, akıllı sözleşmelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi, yorumlanması, şekli ve geçerliliği, genel işlem şartı kontrolleri ve akıllı sözleşmelerin sona erdirilmesi gibi birçok zorluk devam etmektedir. Özellikle tüketicilerin taraf olduğu akıllı sözleşmelere özgü ek zorluklar vardır.

---

\* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

## Yapay Zekânın Ürettiği Fikrî Ürünlerden Doğan Hukuki Sorumluluk

**Doç. Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN\***

Yapay zekânın, günümüzde, hayatın içinde geniş ve önemli bir yet tuttuğu artık kabul edilen bir olgudur. Yapay zekâ teknolojileri, birkaç sert kışım ardından, bugün, konunun uzmanı olan ve olmayan tüm herkesin ilgisini çekmektedir. Herkesin gündeminde olan yapay zekâ ne anlama gelmektedir?

Yapay zekâ kavramı, ilk duyulduğunda, genellikle fütüristik temalar düşünülmektedir. Mesela, insan dostu androidler veya katil robotlar gibi bilim kurgu tasvirleri akıllara gelmektedir. Fakat yapay zekâ, “belirli bir çevrede var olan, hareket eden ve algılayan öznelere incelendiği” bir alan olarak görüldüğü takdirde, çok daha geniş bir bilim ve teknoloji alanı olarak kabul etmek ve bununla beraber gündelik hayatımıza tesir eden birçok uygulamadan bahsetmek mümkün olmaktadır. Apple’ın Siri’sinden Tesla’nın sürücüsüz arabasına, güvenlik kameralarına yerleştirilen yüz tanıma sistemlerinden Amazon’un Alexa’sına, Netflix’in film tavsiye eden sistemlerinden Google’ın arama motoruna kadar uzanan yapay zekâ taşıyan araçlarla donatılmış bir dünyada yaşandığı artık bilinmektedir.

Yapay zekâ ile çalışan teknolojinin varlığı, hayatı giderek artan bir şekilde kolaylaştırmaktadır. Yapay zekâ, aynı zamanda sunduğu teknolojik yeniliklerle, ekonomiyi ve insan refahını şekillendirmektedir. Bu teknolojiler, üretim verimliliğini artırıcı ve aynı zamanda maliyeti azaltıcı araçlar olarak kullanılmaktadır. Bu özelliği sebebiyle, yapay zekâ destekli ticari sektörler gittikçe daha da yaygınlaşmaktadır. Tanı tıbbı, taşıma, yatırım, terapi, istihbarat toplama, alternatif uyuşmazlık çözme, sözleşme hazırlama, millî savunma, bankacılık ve daha birçok benzer alanda yapay zekânın giderek artan bir rol oynadığını görmek mümkündür. Hatta bu sistemlerin gelişimine ekonomik anlamda ciddi kabul edilebilecek yatırımlar yapılmaktadır.

\* Hâkim, Dış İlişkiler Dairesi Başkanı, Türkiye Adalet Akademisi, Fikrî Mülkiyet Hukuku Doçenti, hkytekin@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1050-4272.

Yaratıcı endüstriler, yapay zekâdan en çok etkilenen alanlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde yapay zekâ teknolojileri, fikrî hakları hukukunun önemli bir konusunu olabilecek birçok fikrî ürün meydana getirebilmektedir. Mesela, fabl, roman veya şiir yazabilmektedir. Haber metni, hazırlayabilmektedir. Müzik, besteleyebilmektedir. Bilgisayar oyununa yeni bölümler yazabilmekte veya bilgisayar programının kendisini üretebilmektedir. Sinema eseri, meydana getirebilmektedir. Moda tasarımı ve resim yapabilmektedir. Hatta, sözleri, müzikleri ve hikâye akışıyla müzikal besteleyebilmektedir. Bu örnekleri, çoğaltmak mümkündür.

Yapay zekâ ile oluşturulan fikrî ürünlerden bahsedildiğinde, genellikle meydana getirdiği ürünlerin hukukî sonuçları göz ardı edilmektedir. Bir yapay zekânın fikrî bir ürün yaratmadaki kapasitesi ve kabiliyeti, meydana getirdiği fikrî ürünlerin başkasının eserlerine saldırı teşkil etmesi hâlinde kimin sorumlu olacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Yapay zekâ taşıyan cihaz programcısıyla sözleşme yapan kişi mi sorumlu olacaktır? Programcı mı olacaktır? Yoksa yapay zekâ cihazının kendisi mi olacaktır? Veya o fikrî ürün ortak bir saldırı mı teşkil edecektir?

Bu çalışmada, yapay zekâ tarafından meydana getirilen fikrî ürünlerin yol açtığı saldırı hâllerinde kimlerin sorumlu olacağı konusu AB ve Türk fikir ve sanat eserleri hukuku bağlamında ele alacaktır. Çalışmada özellikle, yapay zekâ tarafından meydana getirilen fikrî ürünlerde, bu teknolojiler etrafındaki ilgili “insan” aktörlerden kimlerin sorumlu olabileceklerini dair öneriler getirilmektedir.

## Kişisel Verilerin Çerezler Yoluyla İşlenmesi

**Doç. Dr. Hüseyin Can AKSOY\***

Çerezler, Avrupa Birliği'nde 2002/58/EC sayılı Direktif (E-Gizlilik Direktifi) ile özel olarak düzenlenmekteyse de, Türk hukukunda tüm çerez uygulamaları bakımından doğrudan doğruya uygulanabilir bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, ülkemizde çerezlerin tabi olduğu kurallara ilişkin bir belirsizlik söz konusudur. Bu çerçevede, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu da münhasıran çerezlerin tabi olacağı hukuki rejimi düzenlemek amacıyla kaleme alınmadığından, güncel soru ve ihtiyaçlara yanıt verememektedir. Bu çalışmada, Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun Haziran 2022'de yayımladığı "Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber" ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun, Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Limited Şirketi hakkındaki başvuru ile ilgili olarak verdiği 27/02/2020 tarihli ve 2020/173 sayılı karar uyarınca Türk Hukukunda kişisel verilerin çerezler yoluyla işlenmesi ele alınacaktır.

---

\* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi, hcaksoy@bilkent.edu.tr.

## Geleneksel Ürün Adlarının Korunması ve Sicilin Geleneksel Ürün Adları Bakımından Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Selin ÖZDEN MERHACI\*

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) yürürlüğe girmesiyle birlikte geleneksel ürün adları, bu Kanun kapsamında korunmaya başlamıştır. Böylelikle, geleneksel şekilde üretilen ürünlere ilişkin özelliklerin devamlılığının sağlanması ve tüketicinin belirli standartları taşıyan ürünlere ulaşmasının sağlanması amaçlanmıştır. Buna karşılık SMK, geleneksel ürün adları üzerinde doğan hakkı bir sınai mülkiyet hakkı olarak nitelendirmemiştir (SMK md. 2/1-1). Geleneksel ürün adlarının sınai mülkiyet hakları içerisinde değerlendirilmemiş olması; korumanın coğrafi işaretlerle birlikte düzenlenmiş olması ve coğrafi işaretlere oldukça benzer hükümler içermesi de dikkate alınarak eleştiriye açıktır.

SMK'da bir adın, geleneksel ürün adı olarak tescil edilebilmesinin üç şarta bağlandığı anlaşılmaktadır. Menşe adı veya mahreç işareti kapsamına girmeyen bir ürün, eğer geleneksel üretim/işleme yönteminden veya geleneksel bileşimden kaynaklanmış ya da geleneksel hammadde veya malzemeden üretilmiş ise ve bu ad, en az otuz yıldır bu ürünü tarif etmek için kullanılmaktaysa, geleneksel ürün adı olarak Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) tarafından tutulan sicile kaydedilebilecektir.

SMK md. 46'ya göre; geleneksel ürün adı, sicilde belirtilen şartlara uygun olan ürünlerin üretimi veya pazarlamasında faaliyet gösterenler tarafından kullanılabilir. Yine aynı madde "*Geleneksel ürün adının amblemsiz kullanımı bu Kanun hükümlerine tabi değildir*" düzenlemesiyle adın, amblemsiz olarak kullanımına izin vermiştir. Dolayısıyla üründe, geleneksel ürün adlarına ilişkin TÜRKPATENT tarafından oluşturulan amblem kullanılmıyorsa, o ürünün SMK kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacak, bu halde talepler, şartları varsa

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, FİSAUM Müdür Yardımcısı, sozden@law.ankara.edu.tr.

genel hükümlere dayandırılacaktır. SMK'nın geleneksel ürün adlarının amblemsiz kullanımı hallerini kapsam içinde değerlendirmemesinin, diğer tescilli sınai mülkiyet haklarıyla ve özellikle coğrafi işaretlerle karşılaştırıldığında önemli bir farklılık doğurduğu görülmektedir.

TÜRKPATENT veri tabanında 31.01.2023 tarihi itibarıyla toplam 30 adet geleneksel ürün adı başvurusu bulunduğu, bunların 6'sının tescil edilmiş olduğu tespit edilmiştir<sup>1</sup>. Tescil edilmiş geleneksel ürün adları ezo gelin çorbası, döner, Denizli tandır kebabı, Ayvalık tostu, şevket-i bostan ve Çakallı menemenidir. Buna karşılık sıcak şarap veya tohato gibi kültürümüzle özdeşleştirilmesi güç bir takım başvuruların da bulunduğu görülmektedir.

*“Geleneksel üretime ilişkin yöntemlerin ve kültürümüze ait öğelerin nesilden nesile aktarılması ve standart üretim prosedürlerinin belirlenerek garanti altına alınması”<sup>2</sup> amacının gerçekleştirilmesi hedefiyle tescil edilmesi öngörülen geleneksel ürün adlarının, ülkemizin zengin kültürü ve geleneksel üretim yöntemlerinin çeşitliliği de dikkate alındığında büyük önem taşıdığı düşünülmektedir. Buna karşılık geleneksel ürün adları sicilinde bakıldığında, belirtilen amacı taşımayan başvuruların da bulunduğu görülmektedir.*

Bu sunumda, öncelikle geleneksel ürün adlarının SMK'da nasıl ele alındığı kısaca değerlendirildikten sonra, sicilde yer alan tescilli adlar ile hali hazırda başvuru aşamasında olan adların değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

<sup>1</sup> <https://ci.turkpatent.gov.tr/veri-tabani> (E.T.: 31.01.2023).

<sup>2</sup> SMK Madde Gerekçeleri, md. 33;

<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf> (E.T.: 31.02.2023).

## Akıllı Sözleşmelerde Medeni Usul Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Birtakım Meseleler

**Dr. Öğr. Üyesi Mükerrerem Onur BAŞAR\***

Akıllı sözleşme, bilgisayar yazılım dilinde kaleme alınmış, ifanın blokzincir teknolojisi yardımı ile kendiliğinden gerçekleştirildiği ve işlemlerin merkezi olmayan birden fazla dijital ortamda kayıt altına alındığı bir sözleşme şeklidir. Bu bağlamda, akıllı sözleşmenin yabancılik unsuru içerdiği bir durumda uygulanacak hukukun tespitinde sorunlar yaşanabilecektir. Taraflar akıllı sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırılabilirler. Akıllı sözleşmelere uygulanacak hukukun kararlaştırılmadığı bir ihtimalde şayet akıllı sözleşme ile kurulan hukuki ilişki Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (bundan böyle "CISG" olarak anılacaktır) tabi uyumsuzluk ise bu milletlerarası sözleşmenin öngörmüş olduğu maddi hukuk hükümleri tahtında akıllı sözleşmeden doğan uyumsuzluklar çözümlenecektir. Şayet akıllı sözleşme ile oluşturulan hukuki ilişki CISG veya benzeri bir milletlerarası düzenlemeye tabi değilse, MÖHUK madde 24/f.4 uyarınca en sıkı ilişkili hukukun tayin ve tespit edilmesi gerekecektir. Bununla birlikte akıllı sözleşmeler özelinde en sıkı ilişkili hukukun tespiti kolay bir iş olmayacaktır. Zira, akıllı sözleşmeler tahtında karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutata meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde ise karakteristik edim borçlusunun işyeri gibi bağlama noktalarını tespit etmek, akıllı sözleşmenin dijital mimarisi dikkate alındığında, çözümü kolay bir meseleyi oluşturmayacaktır.

Akıllı sözleşmeler tahtında HMK'nın birtakım hükümlerinin uygulaması da güçlükler arz edebilir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 389 "*Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi*

\* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

*hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.”* düzenlemesini öngörmektedir. İhtiyati tedbir, asıl hukuki korumanın niteliği itibariyle zaman alması ve ayrıntılı bir incelemeyi gerekli kılması sebebiyle oldukça önem arz eden bir geçici hukuki koruma türüdür. Bununla birlikte, ihtiyati tedbirlerin akıllı sözleşmelerin konusu oluşturan edimler bakımından fiilen uygulanamaması şeklinde bir sorun da ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; akıllı sözleşmelerin var olduğu bir durumda görevli ve yetkili mahkeme tarafından akıllı sözleşmenin konusunu oluşturan edim hakkında bir ihtiyati tedbir kararı verildiğinde; (örneğin, sözleşme konusu edimin ifasının geçici olarak durdurulmasına karar verilmesi durumunda), ilgili ihtiyati tedbirin uygulanması mümkün görünmemektedir. Zira, blokzincir üzerine kaydolun akıllı sözleşmeler bakımından herhangi bir değişikliğin yapılması fiilen mümkün olmamaktadır.



## Haczedilen Sınaî Mülkiyet Haklarının Kıymet Takdirinin Bilirkişi Raporları Kapsamında Değerlendirilmesi

**Dr. Öğr. Üyesi Cansu KORKMAZ\***

Sınaî mülkiyet haklarının, malvarlığına ilişkin devredilebilen haklardan olması sebebiyle haciz işlemine konu olması mümkündür. Cebrî icra prosedürü kapsamında, haczedilen sınaî mülkiyet haklarının kıymetinin takdir edilmesi gerekmektedir. Kıymet takdiri, takip konusu olan alacaktan fazla değerde malvarlığı unsurunun haczedilmemesine ve alacağın tam olarak karşılanmasına hizmet etmektedir. Bu yönüyle, sınaî mülkiyet haklarının kıymet takdiri alacaklının ve borçlunun menfaatlerini doğrudan ilgilendirmesi sebebiyle önem arz etmektedir.

Kıymet takdirinin önemi sebebiyle, 7343 sayılı Kanun ile birlikte İcra ve İflâs Kanunu'nun 87'nci maddesi değiştirilmiş ve sicile kayıtlı olan malların kıymet takdirinin bilirkişilere yaptırılması öngörülmüştür. Sınaî mülkiyet hakları da sicile kayıtlı malvarlığı değerlerinden olduğu için bu hakların kıymetinin bilirkişilerce yapılması gerekmektedir. Söz konusu değişikliğin yanında, sınaî mülkiyet haklarının uzmanlık gerektirmesi de kıymet takdiri için bilirkişiye başvurulmasını gerekli kılmaktadır. Ancak uygulamada sınaî mülkiyet haklarının kıymet takdiri için genel kabul görmüş bir yöntemin olmadığı, kullanılan ölçütlerin ve yöntemlerin bilirkişi raporlarında belirtilmediği, bilgi ve belge eksikliği tamamlanmaksızın kıymet takdirinin yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla bu çalışmayla, sınaî mülkiyet haklarına dair kıymet takdirinin icra dosyalarına sunulan örnek bilirkişi raporları kapsamında değerlendirilmesi ve uygulamaya dikkat çekilmesi amaçlanmaktadır.

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, cansukorkmaz001@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3362-1703.

## **Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-148/21 Sayılı "Louboutin V. Amazon" Kararı Işığında Yer Sağlayıcıların Marka İhlallerinden "Mütecaviz Olarak" Sorumluluğu**

**Araş. Gör. Ahunur AÇIKGÖZ\***

WEB 2.0 teknolojisinin sağladığı imkanlar sayesinde internetin temel iletişim ve pazarlama araçlarından biri haline gelmesi birtakım hukuki sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu sorunlardan en önemlilerinden birisi de kuşkusuz ki fikrî mülkiyet hakkına konu unsurların hak sahibinin rızası olmaksızın internette çeşitli kullanımlara konu edilmesidir. Fikrî mülkiyet hakkının internet üzerinden ihlal edilmesi durumunda tecavüz şeklinde ortaya çıkan fiili bizzat gerçekleştiren kişi içerik sağlayıcıdır<sup>3</sup>. Dolayısıyla bu kişiler fikrî mülkiyet hakkı ihlalden doğrudan sorumlu kişilerdir. Ancak bu ihlalin gerçekleştirilmesinde içerik sağlayıcı dışında başka bir aktöre daha rastlanmaktadır. Bu aktörler, içerik sağlayıcıların fiillerini gerçekleştirmesini teknik anlamda kolaylaştıran, içerik sağlayıcıya hak ihlaline konu unsurun internette yer alabilmesi için gerekli depolama alanını sunan yer sağlayıcılarıdır<sup>4</sup>.

İnternet aracılığıyla gerçekleştirilebilecek ihlal eylemine konu olmaya en elverişli fikrî mülkiyet haklarından birisi kuşkusuz ki marka hakkıdır. Özellikle taklit markalı ürünlerin hak sahibinin rızası olmaksızın e-ticaret siteleri üzerinden satışa sunulmasına sıklıkla rastlanmaktadır. Marka hakkına tecavüz ile sonuçlanan bu nitelikteki satışlar ve satışlarla ilgili diğer eylemler bakımından site işleticileri, ihlale katkılarının seviyesine göre farklı sınıflara sahip olabilmektedirler. Buna göre, site

---

\* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikrî Mülkiyet Hukuku ABD Araştırma Görevlisi, ORCID: 0000-0002-8301-7072, acikgozahu@gmail.com.

<sup>3</sup> 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 2/1-f'ye göre içerik sağlayıcı, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişilerdir.

<sup>4</sup> 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 2/1-m'ye göre yer sağlayıcı, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişilerdir.

işleticileri; yalnızca “yer sağlayıcı” sıfatına, “içerik sağlayıcının fiiline yardım eden” sıfatına veya içerik sağlayıcıyla beraber “mütecaviz” sıfatına sahip olabileceklerdir. Ne var ki, e-ticaret sitesi işleticilerinin ihlale katkısının seviyesinin ve bu katkının, e-ticaret sitesinin ihlal eyleminden sorumluluğunu hangi noktaya taşıyacağıın tespit edilmesi kolay değildir. Özellikle, günümüzde e-ticaret sitelerinin gerek satıcı gerekse alıcıya sunduğu hizmetlerin çeşitlenmesi, site işleticisi olan yer sağlayıcıların marka hakkının ihlaline katkısının hangi seviyede olduğunun belirlenmesini oldukça zorlaştırmaktadır.

Marka hakkının üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi halinde, yer sağlayıcıların da 2015/2436 sayılı Marka Yönergesi<sup>5</sup> ve 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü<sup>6</sup>’ne göre mütecaviz sıfatına sahip, başka bir deyişle tecavüz eylemini bizzat gerçekleştiren (markayı kullanan) kişi olup olmadığı çeşitli kullanım şekilleri bakımından ABAD’ın önüne gelmiştir. ABAD 22 Aralık 2022 tarihli ve C-148/21 sayılı, *Amazon v. Louboutin* kararına<sup>7</sup> kadar markanın internette ihlal edilmesi halinde içerik sağlayıcının ilgili düzenlemelerdeki fiilleri bizzat gerçekleştiren kişi olduğuna ve yer sağlayıcıların marka ihlalinden mütecaviz olarak sorumlu olmayacağına karar vermiştir. Zira Mahkeme’ye göre markanın içerik sağlayıcı tarafından kullanılması halinde yer sağlayıcıların yer sağlayıcılık faaliyeti nedeniyle markayı “kullanmaları” kendi ticari iletişimleri (“*own commercial communication*”) için değildir<sup>8</sup>. Bununla beraber ABAD, tebliğ konusu *Amazon v. Louboutin* kararında e-ticaret sitesi işleticisi Amazon’un, sitenin kullanıcısı olan üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen taklit markalı ürünlerin tanıtımı eyleminden mütecaviz olarak sorumlu olduğuna karar vermiştir. Esasında, Amazon tarafından ihlal oluşturan kullanımla bağlantılı olarak gerçekleştirilen eylemlerin hepsi daha önce ABAD kararlarına konu olmuştur. Hatta

<sup>5</sup> Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks [2015] OJ L336/1.

<sup>6</sup> Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark [2017] OJ L154/1.

<sup>7</sup> Judgement of the Court (Grand Chamber), 22. 12. 2022, Case C-148/21 C/184/21, *Christian Louboutin and Amazon*.

<sup>8</sup> Judgement of the Court (Grand Chamber), 23. 03. 2010, Case C-236/08 to C/238/08, *Google France and Google*, para. 55-56; Judgement of the Court (Grand Chamber), 12. 07. 2011, Case C-324/09, *L’Oréal and others*, para. 102-103; Judgement of the Court (Fifth Chamber), 02. 04. 2020, Case C-567/18, *Coty and Amazon*, para. 46-47.

doktrinde de, *Amazon v. Louboutin* kararı henüz yayımlanmadan önce, somut uyuşmazlığın ABAD'ı eski içtihatlarından ayrılacak bir sonuca götürmeyeceği dile getirilmiştir. ABAD'ı, önceki tarihli içtihatlarından farklı sonuca ulaştıran husus ise, diğer kararlardaki yer sağlayıcıların aksine Amazon'un site üzerinden hem kendi ürünlerini hem de üçüncü kişilere ait ürünleri pazarlaması olmuştur. Mahkeme, bu anlamda hibrit bir işletici olan Amazon'un markayı kullanıp kullanmadığı bakımından, karıştırılma ihtimali incelemesinde referans alınan "ortalama tüketiciye" benzer bir şekilde, sitenin "makul düzeyde bilgili ve gözlemci kullanıcılarının" algısından hareket etmiştir. Bu itibarla ABAD, esasen *markanın kullanımı konusunda bir uyuşmazlığın olmaması* halinde tecavüzün şartlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesinde dikkate alınan bir kriteri, bu defa markanın kullanımının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde dikkate almıştır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Tebliğ'de öncelikle, yer sağlayıcıların marka ihlallerinden hangi sıfatla sorumlu olabilecekleri netleştirilecektir. Bu açıdan yer sağlayıcının marka ihlalden "mütecaviz" olarak sorumlu olmamasının, sağlayıcının ihlal eyleminden hiçbir şekilde sorumlu olmayacağı anlamına gelmediğinin tespiti oldukça önemlidir. Bu tespitin ardından sunumda, ABAD'ın *Amazon v. Louboutin* kararına konu olay özetlenecek, olayda Amazon'a atfedilebilir ihlal eylemleri netleştirilecek ve özellikle bu eylemler çerçevesinde Mahkeme'nin önceki tarihli içtihatlarına değinilecektir. Nihayet, tebliğ konusu karara konu eylemlerin önceki tarihli kararlara konu eylemlerle aynı olmasına rağmen Mahkeme'yi önceki tarihli içtihatlarından farklı sonuca ulaştıran argümanların neler olduğu anlatılacak ve bu argümanlara ilişkin birtakım eleştirilerle sunum sonlandırılacaktır. Kanaatimizce, internet kullanıcılarının algısından hareketle yer sağlayıcının kullanım fiilini gerçekleştirdiği kabulü Türk hukukuna doğrudan aktarılmamalı, yer sağlayıcının (aynı zamanda içerik sağlayıcı olmadığı durumlarda) sorumluluğu yardım eden sıfatına sahip olup olmadığına göre belirlenmelidir.

## Döngüsel Ekonominin Önünde Bir Engel Olarak Patent Hakları

Dr. Öğr. Üyesi Osman Buğra BEYDOĞAN\*

Doğal kaynakların hızla tükenmesi, ekosistemdeki atık yükünün artması, iklim krizi gibi çevresel kaygılara ek olarak, özellikle pandemi sonrası müşahede edilen hammadde ve enerji krizi, sürdürülebilirliğin önemini vurgulayarak doğrusal ekonomik modelden<sup>9</sup> döngüsel modele<sup>10</sup> geçişi artık bir tercihten ziyade bir zorunluluk olarak dünya ülkelerinin politik ajandasına yerleştirmiştir<sup>11</sup>. Ne var ki bu popüler politika başlığının yalnızca bir niyet beyanı olmaktan çıkıp icraî bir hal alması, üretim ve tüketim modellerinin revize edilmesinin yanı sıra mevzuat çerçevesinin ve hukuk uygulamasının yeniden inşasını ya da -en iyi ihtimalde- geleneksel olmayan bir yorumunu gerektirecektir.

Genel itibariyle fikri mülkiyet hukukunun ve özelde ise patent hukukunun döngüsel ekonomiye geçiş yolunda hassas bir noktada durduğu ve bu iki sistem arasındaki korelasyonun hem olumlu hem de olumsuz görünümü olduğu söylenebilir. Bir yandan temel paradigması itibariyle patent hukuku -yeşil, sürdürülebilir ve döngüsel teknoloji dahil olmak üzere- teknik alandaki yenilik sağlayan buluşları, bunların üzerinde muvakkat ve tekeli haklar tesis ederek buluşçunun ödüllendirilmesi suretiyle teşvik eder. Öte yandan, mal ve hizmet piyasalarına bir şekilde temas eden hemen her hukuk alanı gibi fikrî mülkiyet hukukunun da doğrusal ekonomi tasavvuru üzerine kurgulandığı görülmektedir<sup>12</sup>. Buluşun üzerinde tecessüm ettiği malların bir kez ticaret sahasına getirildikten sonraki

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Fikrî Mülkiyet Hukuku ABD Öğr. Üyesi, obbeydogan@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0720-2353.

<sup>9</sup> Geleneksel olarak “*al – kullan – at*” motifini benimseyen doğrusal (ya da lineer) üretim ve tüketim modelini ifade etmek üzere kullanılmıştır.

<sup>10</sup> Birçok tanıma konu olmakla birlikte genel olarak, üretim ve tüketim süreçlerine yeni hammadde girdisini ve atık çıktısını azaltan, kaynaklar ile ürünlerin yeniden kullanımını, geri dönüşümünü ve ileri dönüşümünü, böylelikle üretim döngüsü içerisinde olabildiğince uzun kalmasını öngören üretim ve tüketim ekonomisi modelini ifade eder.

<sup>11</sup> Örneğin Avrupa Birliği, Aralık 2015 itibariyle *Döngüsel Ekonomi Eylem Planı*’nı yürürlüğe sokarak çok adımlı bir yol haritası doğrultusunda bunun tatbikine geçmiştir. Bkz. [https://environment.ec.europa.eu/strategy/circular-economy-action-plan\\_en](https://environment.ec.europa.eu/strategy/circular-economy-action-plan_en)

<sup>12</sup> Pihlajarinne, T., & Ballardini, R. M. (2020). *Paving the way for the environment: channelling 'strong' sustainability into the European IP system*. 42(4) European Intellectual Property Review;

ticari veya hususi serbest dolaşımı<sup>13</sup> hakların tükenmesi ilkesiyle temin edilmiştir. Ancak bu ilke, kural olarak söz konusu eşyanın orijinal haliyle el değiştirmesini temel almakta, yani eşya üzerinde yapılacak değiştirme<sup>14</sup>, kötüleştirme ya da tamir sınırını aşacak mahiyette ihya etme<sup>15</sup> fiilleri hakların tükenmesi sonucunu ortadan kaldırmaktadır. Bu açıdan, döngüsel ekonominin merkezinde olan *tekrar kullanım*, *geri dönüşüm* ve *ileri dönüşüm* hareketlerinin ticaret sahasında, patentli buluşu ihtiva eden mallar açısından tatbiki patent sahibinin rızasını gerektirecektir.

Bildiriye konu çalışma, benzer durumun diğer fikri mülkiyet hakları açısından da farklı görünümde ortaya çıktığı ve çıkabileceği ön kabulü ile, döngüsel ekonomi ve patent hakları korelasyonunun negatif kısmını ele almaktadır. Çalışma, yukarıda özetlenen temel problem ile yine patent hukukuyla ilişkilendirilebilir yan sorunları<sup>16</sup> tespit ettikten sonra bunların çözümüne ilişkin iki ana akım seçeneği tartışmaktadır. Sürdürülebilirlik ve döngüsel ekonomiye ilişkin argümanların ülkemiz fikri mülkiyet hukuku açısından henüz bir gündem maddesi olmadığı gözlemiyle, ilk ve daha keskin bir seçenek olarak, döngüsel ekonomi lehine münferit istisna / tahdit hallerinin pozitif hukuka empoze edilmesini değerlendirmekte ve bunun mülkiyet hakkının tahdidi anlamına gelebileceğini, böylelikle anayasal düzlemde tartışılabilir olabileceğini ortaya koymaktadır. Çalışma, ikinci ve daha esnek bir seçenek olarak, yorumsal araçlarla, sürdürülebilir ekonomiye ilişkin argümanların hakların tükenmesi ilkesi kapsamına dahil edilmesini değerlendirmektedir. İkinci seçenek açısından, patent hukuku anlamında *tamir* ile *yeniden yapma* arasındaki farkın son derece önemli olmasına rağmen bu iki kavram arasındaki sınırın belirsizlik ortaya konmuş ve bu sınırın tespitindeki farklı yorum ve referans noktaları, diğer hukuk sistemlerinden örneklerle tartışılmıştır. Bu bağlamda mutad ürün ömrü olgusu, planlı yaşlandırma

<sup>13</sup> Yahut da başka bir deyişle fikri mülkiyetin ürününün üzerinde tecessüm ettiği malların kaderini fikri mülkiyet haklarının kaderinden ve böylelikle fikri mülkiyet hakkı sahibinin mutlak tekel alanından ayırık tutulması.

<sup>14</sup> Burada belirtmek gerekir ki, salt değiştirme eyleminin patent hakların tükenmesi açısından akıbeti tartışılmalıdır. Bu konuda bkz. Çolak, U. (2022). *Türk Patent Hukuku*, Adalet Yayınevi, s. 1130-33.

<sup>15</sup> Bu durumda buluş konusu ürünün üretilmesi söz konusu olacak ve münhasıran patent sahibine atfedilen bu hak ihlâl edilmiş olacaktır.

<sup>16</sup> Ürünün olağan tamerini güçleştirecek mahiyette yapılan tasarımlar ya da olağan tamirde kullanılacak hususi ekipmanın da paten korumasıyla tekelleştirilmesi bunlara örnek gösterilebilir.

gerçeği, tamirat için gereken özel ekipmanın sağlanmaması ya da patentle korunması, dizayn tercihleriyle tamiri zor ürünlerin vücuda getirilmesi gibi hususlar tartışılmıştır.

Tüm bunların üzerinde ise patent haklarından ileri gelebilecek engellerin, her bir döngüsel ekonomi hareketi (geri dönüşüm, ileri dönüşüm vb.) özelinde, bunların niteliği itibariyle farklılaşacağı mütalaa edilmiştir. Son olarak, eldeki problemin çözümünde hem döngüsel ekonominin gereklerini hem de patent sahibinin makul ekonomik menfaatini temin edecek üçüncü bir yolun (örneğin *sui generis* bir lisans düzenlemesinin) mümkün olup olmayacağı tartışılmıştır.

## Zorunlu Patent Lisansı ve İlaça Erişim Hakkı: Yetim İlaçlar

Av. Elif İlayda İLERİ\*

İnsan olmanın en temel ayrıcalığı, sağlık hakkı ve bunun getirdiği temel ilaçlara erişim hakkıdır. Ülkesi, ekonomik durumu, ırkı veya cinsiyeti ne olursa olsun herkesin bu haklardan tam ve eşit olarak yararlanma hakkı vardır. Sağlık hakkı ve ilaca erişim hakkı, insan temelli tüm ilkeler kapsamında, kişinin yaşamını eksiksiz olarak devam ettirebilmesi ve diğer hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesi için sağlanması gereken temel haklar arasındadır. Ancak geçmişten günümüze sağlık hakkı ve ilaca erişim konusunda ülkelerin gelişmişlik düzeyi ve ortaya çıkan hastalıklar açısından ayrımcılık yapılmış ve bu haklar eşit olarak uygulanamamıştır.

Sağlık hakkının ve ilaca erişim hakkının temeli olan “ilaç” ve “ilaca erişim” eksikliği, özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde kaos yaratmış ve bu durum gelişmiş ülkeler ve büyük ilaç firmaları tarafından görmezden gelinmiş, belirli hastalıklar için temel ilaçlar üretilmemiştir. Özellikle geçmişten bu yana toplumda görülme sıklığı düşük olan ve dolayısıyla azınlık olarak nitelendirilebilecek bir kesimi ilgilendiren nadir hastalıklara yönelik ilaçlar, karlı görülmediği için ilaç firmaları tarafından üretilmemekte veya üretilen ilaçlar çok yüksek fiyatlara piyasaya sunulmaktadır. Aynı şekilde gelişmekte olan ülkelerde nadir olmayan ve çok yaygın olan HIV/AIDS, tüberküloz ve sıtma gibi hastalıklar için de yeterli ilaç üretilmemekte veya üretilen ilaçlar gelişmiş ülkelerde yaygınlığının düşük olması nedeniyle çok yüksek maliyetlerle piyasaya arz edilmektedir.

Üretilen ilaçların üretim maliyetinin çok üzerinde fiyatlarla piyasaya sunulması, söz konusu üretimin Ar-Ge ve yatırım maliyetlerinin karşılanması ve kar maksimizasyonu amacına dayanmaktadır. Bu amaç, patent koruması ve bundan doğan hakları esas almaktadır. Buluşların korunması için hak sahibine verilen bir belge olan patent ile patent sahibi, buluşu üzerinde tekel hakkı elde etmektedir. Bu hak sayesinde buluşu üzerinde istediği fiyat politikasını uygulayabilme ve belirli bir süre için

---

\* Avukat.



buluşunu üçüncü kişilerin kullanmasına, yapmasına veya satmasına engel olabileme hakkında sahip olmaktadır.

Yüksek ilaç fiyatlarının düşürülmesi ve ilaç üretiminin artırılması yoluyla ilaca erişimin sağlanması için çeşitli esneklikler getirilmiş olup, bunların en önemlisi zorunlu lisanslamadır. Zorunlu lisans, temel olarak, belirli şartların yerine getirilmesi sonucunda üçüncü bir kişinin kamu otoritesi kararıyla patentli bir buluş üzerinde lisans sahibi olma hakkıdır. Bu lisans ile buluş toplumun ihtiyaçları doğrultusunda kullanılır. Ruhsat ile özellikle ilaç patentleri kapsamında, patent koruması nedeniyle belirli bir süre üçüncü şahıslar tarafından kullanılamayan ilaçların jeneriklerinin üretilerek ilaç fiyatlarının düşürülmesi ve ilaca erişimin artırılması amaçlanmaktadır.

Bu tebliğin amacı, nadir hastalıklar için geliştirilen yetim ilaçlar kapsamında zorunlu lisans kullanımının sağlık hakkı ve ilaca erişim açısından etkilerinin özellikle en az gelişmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkelerde, ilaca erişimde rol oynayan hastalar ve ilaç şirketleri nezdinde analiz edilmesi, zorunlu lisans sistemine alternatif mekanizmaların değerlendirilmesidir.

## NFT Platformları Fikri Hak İhlallerinden Sorumlu Mudur?

**Dr. Öğr. Üyesi Zehra ÖZKAN ÜNER\***

Non-Fungible Tokens (Gayri-Misli Jetonlar) Mart 2021'den beri yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Bu tartışmalar ilk etapta NFT'lerin eser olup olmadığı, başkalarına ait eserlerin NFT'ye dönüştürülmesinin fikri hak ihlali olup olmadığı veya NFT alım satımlarında elde edilen haklar noktasında toplanmıştı. Benzer bir şekilde NFT'lerin fikri haklar yönetiminde etkili bir araç olup olamayacağı da gündemi epey meşgul etmişti. Ancak NFT ekosisteminin vazgeçilmez bir unsuru olan NFT platformları ve onların fikri hak ihlallerinden doğan sorumluluğu da ele alınması gereken konulardan biridir.

NFT alım satımlarının gerçekleştiği NFT platformlarını tek bir kategoride değerlendirmek mümkün değildir. NFT'lerin çok çeşitli kullanım alanları olduğundan, bu platformlar da çeşitlilik arz etmektedir. Bored Ape Yacht Club gibi bazı platformlar, sadece kendi geliştirdikleri NFT koleksiyonlarını satmaktadır. Bu platformlarda kullanıcılara kendi NFT'lerini oluşturma imkânı tanınmamaktadır. OpenSea platformu gibi bazı platformlar hem kullanıcılarının NFT oluşturmalarına izin vermekte hem de alıcı ve satıcıları bir araya getirerek pazaryeri işlevi görmektedir. Bu çeşitlilik nedeniyle sorumluluk incelenirken, genelleme yapmaktan kaçınılmalıdır. Bunu yerine platformlar kategorilere ayrılıp incelenmeli ve hatta somut olay nezdinde bir değerlendirme yapılmalıdır.

NFT platformları NFT alıcısı ve satıcısını bir araya getirmek suretiyle, elektronik ticarete aracılık etmektedir. Bu platformların sorumluluğu değerlendirilirken, elektronik ticarete ilişkin düzenlemeler ile ABD hukukunda Dijital Milenyum Kanunu gündeme gelecektir. Bu kapsamda da NFT platformlarının, güvenli liman muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı sorusuna yanıt aranacaktır. Ancak bunun ayrıntısına geçmeden önce AB hukuku bakımından geçerli bir tartışmaya değinilmelidir. NFT platformları, Dijital Tek Pazar Direktifi m.17 kapsamında online içerik paylaşım hizmeti sağlayıcı (OIHPS) olarak nitelendirilecek

---

\* Ankara Üniversitesi Fikri Mülkiyet Hukuku ABD Öğretim Üyesi ve FISAUM Müdür Yardımcısı

midir? Eğer nitelendirilecekse, NFT pazaryerlerine DSM m.17'deki rejim uygulanacaktır. DSM m.2 OİHPS'leri tanımlamış ve çevrimiçi pazaryerlerini OİHPS kapsamı dışında bırakmıştır. Peki NFT platformları, çevrimiçi pazaryeri midir? İşte bu sorunun yanıtı literatürde tartışmalıdır. NFT platformları bir taraftan çevrimiçi pazaryeridir, bu nedenle OİPHS olmadıkları ifade edilmektedir. Ancak kimi hallerde telif haklarının korunmakta olan içeriklere erişim sağladıkları ileri sürülerek, muafiyetten yararlanmaları konusundaki tereddütler sıralanmaktadır.

Hukuk düzenleri güvenli liman muafiyetinden yararlanmayı en genel anlamıyla hukuka aykırı içerikten haberdar olma/somut bir bilgiye sahip olma, uyar/kaldır mekanizması ve son olarak da internet aracısının aktif/pasif rol oynaması kriterlerine göre tespit etmektedir. Bunlardan biri ya da birkaçı göz önünde bulundurularak internet aracısının sorumluluğuna gidilip gidilmeyeceği değerlendirilmektedir. Bu noktada da NFT platformlarını sıradan elektronik ticaret hizmeti sunanlardan ayıran hususlar gündeme gelmektedir. Bunlardan en önemlisi pek çok NFT platformunun, kullanıcılarına, aynı zamanda NFT oluşturma hizmeti de sunmasıdır. NFT oluşturma hizmeti sunma, kimi zaman dijital içeriğin depolanmasına izin verme işlemleri aktif bir katkı olarak değerlendirilebilir mi? Çin'in Hangzhou İnternet Mahkemesi'nin görece erken tarihli bir kararı NFT ekosistemi aktörlerinin dikkatini çekmiştir. Mahkeme, Bigverse platformunun ücret karşılığında NFT hizmeti sunduğunu da göz önünde bulundurarak ihlali aktif bir katkı olarak değerlendirmiş ve NFT platformunu doğrudan sorumlu tutmuştur.

Çin'de verilen bu karar dışında henüz bir yargı kararı bulunmamaktadır. NFT platformlarının NFT oluşturma hizmeti sunma başta olmak üzere kendilerine özgü birtakım farklılıklar içermesi, fikri hak ihlallerinden dolayı bu platformların sorumlu olup olamayacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Çalışmada da platformların kendilerine özgü özellikleri tespit edilerek, tartışmalı noktalar tespit edilecektir.

## 3 Boyutlu Yazıcılar: Telif Hakları ve Tasarım Hakkı Korumasının Sınırları

Araş. Gör. Koray GÜVEN\*

3 boyutlu yazıcı teknolojisinin başat özelliği dijital bir tasarım dosyasının bir fiziksel nesneye dönüşümü sağlamasıdır. Bu bakımdan bu teknolojinin çarpıcı tarafı, iki evrenin, bir başka deyişle 2 boyutlu evren (dijital dosya) ve 3 boyutlu evrenin (fiziksel nesne) iç içe geçmesine neden olmasıdır. Geçmişte seri üretim teknolojisine bağlı üretimin teknolojik sınırlaması nedeniyle ayrı evrenler olarak kodlanan 2 boyutlu ve 3 boyutlu evrenler arasında artık kolayca geçiş yapılabilmesi, fikri mülkiyet hukuku açısından da çeşitli soruları beraberinde getirmektedir. Bu iç içeliğin özellikle telif hakları ve tasarım hukuku bakımından nasıl ele alındığı konusu son yıllarda daha da önemli hale gelmiştir. Zira Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'ın yakın tarihli kararları telif hakları ve tasarım hakkının sınırlarını daha belirsiz hale sokmuş, bu iki korumanın gittikçe daha fazla çakışacağı beklentisini beraberinde getirmiştir. ABAD'ın bu kararlarının Türkiye'de de izlenmesi gerektiğine dair ifade edilen görüşler karşısında, telif hakları ve tasarım hukukunun sınırlarının belirlenmesi ülkemiz açısından da elzem görünmektedir. 3 boyutlu yazıcı teknolojisi bağlamında fikri mülkiyete ilişkin olarak genellikle haklara getirilen sınırlama ve istisnalar tartışılmaktadır. Ancak istisna ve sınırlamalardan da önce, hakların kapsamı konusu genellikle dikkatten kaçmaktadır. Bu bildiride, telif hakları ve tasarım hukuku bakımından korumanın hangi boyuta uzanacağı, bir başka deyişle dijital dosyaya ilişkin korumanın 3 boyutlu dosyaya genişletilip genişletilemeyeceği, veya tersine 3 boyutlu dosyaya ilişkin korumanın dijital dosyayı da kapsayıp kapsamayacağı sorusu üzerine durulacaktır. Bu noktada tasarım koruması bakımından tablo görece daha netken, telif hakları bakımından farklı eser türleri için getirilen farklı kapsamdaki korumalar problemi karmaşık hale getirmektedir. İncelemeye Türk, Alman ve İngiliz hukukları dahil edilecek; bu üç hukuk düzeni arasında ve ayrıca telif hakları ile tasarım hukuku koruması arasında bir orta yol bulunup bulunamayacağı tartışılacaktır.

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk ABD Araştırma Görevlisi.

## NFT Bağlantılı Dijital Eserler Hakkında İlk Satış Doktrinin (Tükenme İlkesinin) Uygulanabilirliği

Doç. Dr. Pelin KARAASLAN\*

FSEK m. 57'ye göre bir eserin tecessüm ettiği şeyin mülkiyeti bir başkasına devredildiğinde, eser sahipliğinden doğan haklar da birlikte devredilmiş olmaz. Bu haklar eser sahibinde ya da eser sahipliğinden doğan hakları kullanmaya yetkili kişilerde kalmaya devam eder. Dolayısıyla malik, eser sahibine ait işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim haklarını kullanmak istediğinde, söz konusu hakların kullanımı konusunda FSEK m. 52'ye uygun bir şekilde eser sahibinden izin alma zorunluluğu devam eder. Ancak eser sahibinin FSEK m. 23'te düzenlenen "yayma hakkı" konusunda bu kuralın bir istisnası bulunmaktadır. Mali haklar arasında düzenlenen "yayma" hakkı, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkının münhasıran eser sahibine ait olması demektir (FSEK m. 23). Kuralın istisnası ise FSEK m. 23/2'de yer almaktadır. Buna göre; *"kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez."* Eser sahibinin yayma hakkı dışındaki diğer mali hakları açısından tükenme ilkesi uygulanmaz. Bu durum, cismani varlığa sahip olan eserler ile dijital eserler açısından önemli bir fark yaratır. Yayma hakkı, eserin "fiziki" aslı ve nüshaları için geçerli bir haktır. Zira kiralamak, ödünç vermek, gibi fiiller eşyalar için söz konusudur. Dijital ortamdaki paylaşımlar ise "yayma" değil, "umuma iletim" niteliğindedir. FSEK m. 25'te düzenlenen "umuma iletim" hakkının konusu, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması, yayınlanan eserlerin bu kuruluşların

\* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fikri Mülkiyet Hukuku ABD Öğretim Üyesi, pelin.karaaslan@ogu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5695-192X.

yayınlardan alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması ve kişilerin, esere seçtikleri yer ve zamanda erişimlerinin mümkün kılınması fiilleridir. O halde dijital ortamda paylaşılan dijital eserler açısından kural olarak tükenme ilkesi uygulanmaz.

Tebliğin amacı, yukarıda yapılan açıklamanın, NFT bağlantılı eserler için geçerli olup olmadığını tartışmaktır. NFT, Non-Fungible Token'ın kısaltması olup, blok zincirde belirli bir değeri temsil eden, kriptografik olarak benzersiz, yeri doldurulamaz, bölünemez ve kesin olarak doğrulanabilir bir jeton (token) anlamına gelir. Para benzeri işlev gören klasik jetonlar olan bitcoin'lerin aksine, NFT'ler benzersizdir; bu nedenle değiştirilemez ve ikame edilemezler. NFT'nin pek çok kullanım alanı olmakla birlikte fikir ve sanat eserleri bakımından NFT, eser sahibine ilişkin bilgiler ile eser ile ilgili diğer bilgilerin, merkeziyetiz bir yapı olan ve bilgilerin kriptografik yolla şifrelendiği bir blok zincirde saklandığı ve böylece bilgilerin değiştirilemezliğinin ve manipüle edilmezliğinin garanti altına alındığı bir uygulama olarak kendini gösterir. Bu bağlamda NFT'yi, eserin benzersiz bir dijital belirteci olarak ifade etmek mümkündür.

Öğretide bir görüş, FSEK m. 23'ün yalnızca, NFT'nin temsil ettiği eserin CD, flash bellek gibi bir vasıta içerisinde depolandığı ve bu şekilde karşı tarafa devredildiği durumlarda uygulanabileceğini ileri sürerken, bir başka görüş ise NFT'nin temsil ettiği eserin blok zincir içerisinde depolanıp depolanmadığına göre bir ayırım yapmaktadır. Bu tebliğde, her iki bakış açısından farklı şekilde bir değerlendirme yapılmış ve bu bağlamda FSEK m. 23 açısından *ratio legis* dikkate alınmıştır. Nitekim FSEK m. 23, iki farklı ekonomik değerın bir varlık üzerinde bir araya gelmesi halinde tabiri caizse “ortaya yol” bulmaya ilişkin bir düzenlemedir. Mülkiyet hakkının içerdiği tasarruf yetkisi, sahip olunan eşyayı satmak, kiralamak, ödünç vermek gibi fiiller yoluyla o eşyadan ekonomik olarak yararlanmak yetkisini de içerir. Eser sahibinin, her bir satışta fikri haklarını ileri sürerek kendisinden izin alınmasını istemesi, eşya mülkiyeti üzerindeki tasarruf yetkisini pratikte kullanılmaz hale getirir; ticaret hayatını durdurur. Kanun koyucunun, yayma hakkını tükenebilir bir hak getirmesinin temel sebebi budur. Bu bağlamda eserin kendisi değil, eserin

tecessüm ettiği somut nesne üzerindeki yayma hakkı tükenmektedir. Sıradan dijital eserler üzerindeki tek ekonomik değer, eser üzerindeki mali haklardır. Eser sahibi bu hakları devretmediği sürece, eseri kullanım iznine sahip kişilerin bu eseri üçüncü kişilere devretmek hususunda sahip oldukları meşru bir ekonomik menfaatleri yoktur. Bu nedenle dijital eserlerin internet ortamında yayılan kopyaları üzerindeki iletim hakkı tükenmez.

Buna karşın tıpkı bir resmin tecessüm ettiği yağlı boya tablo ya da bir müzik eserini içeren plak ya da CD gibi NFT’li eser için para ödeyen bir kişi de (eser üzerindeki mali hakları ayrıca devralmasa dahi) belirli, sınırlı, hâkimiyet altına alınabilir bir değer için yatırım yapmış olur. NFT’nin ekonomik değeri, tartışmasız bir şekilde oldukça büyüktür. Dolayısıyla bu yatırımdan doğan ekonomik menfaatlerinin, eser sahibine karşı da belirli ölçüde korunması gerekir. Bu bakımdan NFT’li eserin sahibinin izniyle gerçekleşen ilk satışında kararlaştırılmamış dahi olsa, sonraki satışları mümkün olmalıdır (sonraki satışlar üzerindeki hak tükenmiş olmalıdır). Bu da ancak NFT’li eserin internette yayılmasının “yayma hakkı” kapsamında değerlendirilmesi ile mümkün olabilir. Öte yandan belirtelim ki NFT’li eserin devralınması, hak sahibine, eserin sonraki satışlarını serbestçe gerçekleştirebilmek dışında bir hak vermez; dolayısıyla aksinin kararlaştırıldığı bir sözleşme mevcut olmadıkça, NFT’yi devralan, eser sahipliğinden doğan hakları devralmış sayılmaz. Zira FSEK m. 23’ün NFT’li eserler hakkında uygulanması, ilgili düzenlemeye dayanak teşkil eden ve FSEK m. 57’de yer alan “*Asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, fikri hakların devrini ihtiva etmez.*” ilkesinin de uygulanmasını gerektirir.

## Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tükenme İlkesi Çerçevesinde İkinci El Yazılımlarının Satışının Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ\*

Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda ulusal tükenme ilkesi kabul edilmiştir. Ancak mali hakların tümü değil yalnızca yayma hakkı tükenir. Yayma hakkı, bir eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının kiralınması, ödünç verilmesi, satışa çıkarılması veya diğer yollarla dağıtmak gibi çeşitli yollarla kullanılabilir. Buna göre, yayma hakkının eserin piyasaya sunulması olarak ifade edilmesi yanlış olmayacaktır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. 23/2'nin son cümlesine göre, "...Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ilke sınırları içerisinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez". Buna göre, yayma hakkı kapsamında yer alan kiralama ve kamuya ödünç verme hakları da eser sahibinin diğer mali hakları gibi tükenmez. Diğer bir ifadeyle, tükenme ilkesinin kapsamı yayma hakkının kapsamına göre daha dardır<sup>17</sup>. Bir örnekle açıklamak gerekirse, eser sahibi tarafından piyasaya sürülen bir kitabın daha sonra tekrar satılması durumunda tükenme ilkesi gereği yayma hakkının ihlali söz konusu olmaz. Buna karşılık, bu kitabın kiralınması veya kamuya ödünç verilmesi durumunda eser sahibinin yayma hakkı ihlal edilmiş olur. Zira kamuya ödünç verme ve kiralama hakkı FSEK m. 23/2 ile tükenme ilkesinin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku kapsamında hakkın tükenmesin için her şeyden önce yayma hakkının söz konusu olması gerekir. Bu çerçevede, tebliğin ilk bölümünde, ikinci el yazılım satışlarının FSEK m. 23/2 kapsamında olması için bulunması gereken şartlar değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bunun için ikinci el satışa konu olan yazılımın hak sahibinin yayma hakkını kullanması suretiyle elde edilmiş

---

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

<sup>17</sup> Aksu, Mustafa, İnternet Üzerinde Yayınlanan Eserlerde Tükenme İlkesi? (Dijital Tükenme İlkesi?), TFM 2016/1, s. 4.



olması gerekir. Bu kapsamda yayma hakkının kapsamının tespit edilmesi oldukça önemlidir.

Tebliğ'in ikinci bölümünde ise FSEK m. 23/2 kapsamında olmayan ikinci el yazılım satışlarına ilişkin değerlendirme yapılacaktır. Bu çerçevede özellikle, internet üzerinden ücreti ödenerek indirilen yazılımların yeniden satılmasının tükenme ilkesi kapsamında kabul edilip edilemeyeceği bu konudaki güncel gelişmeler de göz önünde bulundurularak tartışılacaktır. Tartışma, esasen internette indirme işleminin yayma hakkının değil, çoğaltma hakkının kapsamında olmasından kaynaklanmaktadır. Bilgisayarla birlikte satın alınan yazılımın yeniden satımı FSEK m. 23/2 kapsamında tükenme ilkesi kapsamında olacakken, ücreti ödenerek internette indirilen yazılımın ikinci el olarak satılmasının telif ihlali kabul edilmesi tartışmaların odak noktasını oluşturmaktadır.

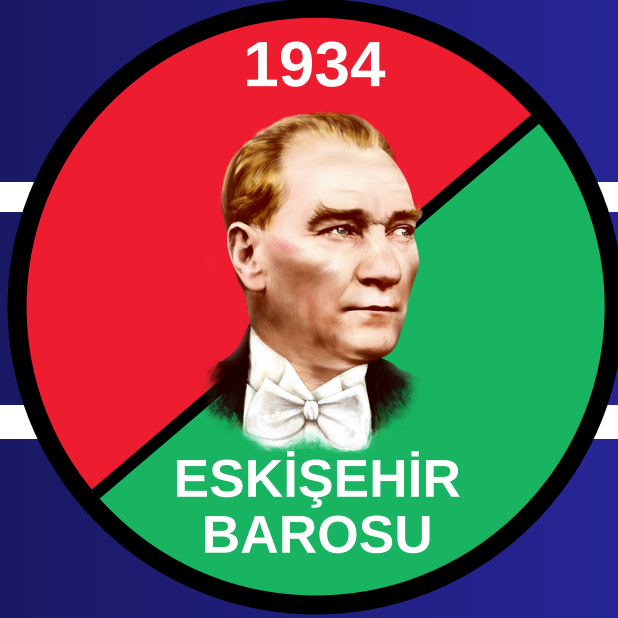
Bu çerçevede tebliğ ile FSEK m. 23/2 kapsamında olan ve olmayan ikinci el yazılım satışları güncel gelişmeler, karşılaştırmalı hukuk ve mahkeme kararları göz önünde bulundurularak olan ve olması gereken hukuk çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hak İhlaline Yönelik Şikayet Usulünde Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yetkisinin Kapsamı ve Sorumluluğu**

**Dr. Bahar ŞİMŞEK**

Türk hukukunda dijital ortamda gerçekleşen fikrî mülkiyet hak ihlallerini ve bu ihallere ilişkin sorumluluğu düzenleyen ilk olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ("FSEK") ek madde 4/3'te yer verilmiştir. Bu hükümde, dijital yolla bu Kanunda tanınmış hakların ihlâli hâlinde, hak sahibine önce "bilgi içerik sağlayıcısı"na başvurarak ihlale konu içeriğin kaldırılmasını talep etme, bir sonuç alamaması halinde ise cumhuriyet savcısı aracılığıyla "servis sağlayıcı"dan "bilgi içerik sağlayıcısı"na verilen hizmetin durdurulmasını talep etme hakkı tanınmıştır. Elektronik ticaret bağlamında hak ihlalinde benzer düzenleme ise Elektronik Ticaretin Korunması Hakkında Kanunu'nun ("ETKHK") 9. Maddesi ile getirilmiştir. ETKHK'da fikri ve sınai mülkiyet hak ihlalleri düzenlenmiş ve hak ihlalinin varlığına dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyet üzerine ürünün yayımının kaldırılacağı ve şikâyete konu ürünün yayımdan kaldırılmasından sonra buna itiraz yapılırsa "Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı" ("ETAHS")'nin şikâyete konu içeriği yeniden yayıma çıkaracağı düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanması konusu, 29.12.2022 tarihinde yayımlanan Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik'te ("Yönetmelik" diye anılacaktır) kapsamlı olarak ele alınmıştır. Bu düzenlemeler ile fikri ve sınai hakların ihlali olduğunda dava gibi yollarına gitmeksizin doğrudan ETAHS'ye şikâyet yapılması konusunda hakkı ihlal edilenlere şikâyet hakkı, ürünün yayımının kaldırılması konusunda da ETAHS'lere aktif bir rol verilmiştir. Böylelikle fikri ve sınai hakların korunmasında etkin ve hızlı sonuç alınması sağlanmak istenmiştir. Ancak bu imkân, elbette ilgililerin diğer hukuki yollara başvurmalarına engel teşkil etmemektedir. Bu usul ile FSEK'te olduğu gibi muhtemel fikri ve sınai mülkiyet hak kayıplarına uğranılmasının önlenmesi öngörülmektedir. Yönetmelik'te bu usulün nasıl olacağına ilişkin esaslar getirilmiştir.

Sempozyum'da Türk hukukunda dijital ortamda gerçekleşen fikrî mülkiyet ihlallerine uygulanan mevcut sorumluluk rejimi ile Avrupa Birliği müktesebatında yer alan sorumluluk rejimi karşılaştırılarak, Türk hukukunda fikri mülkiyet haklarının ihlaline ilişkin öngörülen şikâyet usulünün incelenmesi ve özellikle uygulamada yaratabileceği olumlu olumsuz etkileri ve fikri mülkiyet haklarının korunmasındaki işlevselliğine değinilmesi planlanmaktadır. ETAHS'lere esasında önemli bir yetki verilmektedir ve bunun doğru kullanılmaması önemli hak kayıplarına yol açabilecek niteliktedir. Hâlihazırda ETAHS'lerin uygulamadaki bu şekilde hak ihlallerine yönelik itirazlara verdiği cevaplar ve uyguladığı süreç konusunda bir yeknesaklık bulunmamaktaydı. Bu bağlamda özellikle uygulamada ETAHS'lerin fikri hak ihlallerinin ispatında marka tescil belgesi dışındaki diğer belgeleri göz ardı etmesinden kaynaklı sorunlar irdelenerek yeni çıkarılan Yönetmelik ile birlikte, şikâyet eden tarafından sunulan belgelerin inceleme yetkisinin kapsamı ve sınırı üzerinde konu ele alınacaktır. Bu bağlamda hâlihazırda ETAHS'lerin uygulamadaki eğilimleri ile anılan düzenlemelerin bu eğilimdeki yeri, AB düzenlemeleri ve Türk hukukundaki düzenlemelerin gerçekte ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı, özellikle itiraz edilirken sunulacak belgelerin sınırlı olup olmayacağı ve ETAHS'lerin inceleme yetkisinin içeriği ve inceleme sürecinin gereği gibi yürütülmediği takdirde oluşacak zarardan ETAHS'lerin sorumlu olup olmayacağı gibi hususlar ele alınacaktır.



CUMHURİYETİMİZİN 100. YILI

**KUTLU OLSUN**

Adres ve İletişim: Kurtuluş Mahallesi Yargı Sokak No:20  
Odunpazarı/ESKİŞEHİR · 0 222 240 14 00 · bilgi@eskisehirbarosu.org.tr.