

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt 8, Mart, Sayı 2
Vol. 8, September, No. 2

İstanbul
Eylül 2023

Dergiye yapılan atıflarda “İMHFĐ” kısaltması kullanılmalıdır.

“İMHFĐ” abbreviation should be used in reference to the journal.

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.



Copyright © 2023

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN’ın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik vesair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law and Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Yayın Sahibi

İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi adına
Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Caner TAŞATAN

Editör Yardımcıları
Öğr. Gör. Dr. Ayşe İrem Kıraç FAVRE FELİX
Arş. Gör. Yusuf Sinan CANATAR
Arş. Gör. Büşra İZCİ
Arş. Gör. Emre KÖPRÜCÜ
Arş. Gör. Kadirhan MAVİŞ
Arş. Gör. Melike ERGÜN TOPCU
Arş. Gör. Ebuzer ZENGİN

Yayın Kurulu
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Talat CANBOLAT
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeniyet Law Review
Publisher

On behalf of Istanbul Medeniyet University
Faculty of Law
Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN

Responsible Manager
Asst. Prof. Dr. Dilek AYDEMİR

Editor
Asst. Prof. Dr. Caner TAŞATAN

Editor Assistants
Lect. Dr. Ayşe İrem Kıraç FAVRE FELİX
Res. Asst. Yusuf Sinan CANATAR
Res. Asst. Büşra İZCİ
Res. Asst. Emre KÖPRÜCÜ
Res. Asst. Kadirhan MAVİŞ
Res. Asst. Melike ERGÜN TOPCU
Res. Asst. Ebuzer ZENGİN

Editorial Board
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN
İstanbul Medeniyet University Faculty of Law
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul University
Prof. Dr. Talat CANBOLAT
Marmara University Faculty of Law
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Ankara Sosyal Bilimler University
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER
Selçuk University Faculty of Law
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli University
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ
İstanbul Medeniyet University Faculty of Law

Dil Editörleri*İngilizce*

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK

Almanca

Öğr. Gör. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Arş. Gör. Dr. Kübra TUNÇ

Fransızca

Doç. Dr. Halil ALTINDAĞ

Language Editors*English*

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Asst. Prof. Dr. Ekrem SOLAK

German

Lect. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Res. Asst. Dr. Kübra TUNÇ

French

Assoc. Prof. Dr. Halil ALTINDAĞ

Yayımcının Adı

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Name of Publishing Company

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Basımcının Adı

Renk Matbaası

Printed by

Renk Matbaası

Yönetim Yeri

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

Place of Management

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

Yayın Türü

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK - ULAKBİM TR

Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi

statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı

olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.

Type of Publication

Medeniyet Law Review is a peer reviewed

national law journal, published bi-annually, in

March and September and cited in the

TUBITAK ULAKBİM TR Index Legal

Database.

ISSN: 2757-7082**Basım Tarihi: Mart 2023**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah. Ünalın Sok.

D-100 Karayolu Yanyol 34700 Üsküdar/İstanbul

E-mail: hukukdergi@medeniyet.edu.tr**URL:** https://hukukdergi.medeniyet.edu.tr/tr**DergiPark:** https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Abdurrahman EREN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Can TUNCAY	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan TUĞ	<i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi E.</i>
Prof. Dr. A. Hamdi TOPAL	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet KOÇ	<i>İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali GÜZEL	<i>Kadir Has Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali PASLI	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY	<i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Arslan KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ayhan DÖNER	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Celal ERBAY	<i>İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cem BAYGIN	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. C. İlhan GÜNAY	<i>Hasan Kalyoncu Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Emre ESEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. E. Murat ENGİN	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	<i>MEF Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi DEMİR	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fuat BAYRAM	<i>Kocaeli Sağlık ve Teknoloji Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Füsün NOMER ERTAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil AKKANAT	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil KALABALIK	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU	<i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan HACAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. İbrahim SARIOĞLU	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. Nuri YAŞAR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	<i>Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İsmail KAYAR	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kadir ARICI	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Levent AKIN	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KABAKÇI	<i>İstanbul Teknik Üniversitesi</i>

Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Akif AYDIN	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Deniz YENER	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Erdem ÖZDEMİR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet AKMAN	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	<i>Yeditepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Nusret BEDÜK	<i>Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Zeki AYDIN	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Melikşah YASİN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat BALCI	<i>Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat YAVAŞ	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ALP	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. N. Binnur TULUKCU	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY	<i>İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nihat BULUT	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ÖZKAN	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Rauf KARASU	<i>Hacettepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sabahattin YÜREKLİ	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Saim OCAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Süleyman BAŞTERZİ	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şafak NARBAY	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şahin AKINCI	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Tankut CENTEL	<i>Koç Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ümit GEZDER	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yavuz ATAR	<i>İbn Haldun Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yücel OĞURLU	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Zekerriya ARI	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>

YAYIN POLİTİKASI

1. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK - ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, açık erişim ilkesini benimsediği için derginin tüm içeriğini okurlara ücretsiz olarak sunar. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almaksızın dergide bulunan makalelerin tam metnini okuyabilir, makaleleri kopyalayabilir, indirebilir, arayabilir ve bunlara bağlantı sağlayabilir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan Öz, Özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce veya Türkçe öz eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı, ORCID numarası ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça Chicago atıf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.
12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
 - a. **Kitap atıflarında:**
 - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.
 - bb. **Sonraki atıflarda:**

ŞANLI, s. 24.
 - b. **Makale atıflarında:**
 - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m.448-460)” **MÜHF – HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.
 - bb. **Sonraki atıflarda:**

TOPUZ, s. 298.

c. Elektronik kaynakların atıflarında:**aa. Metin içindeki ilk atıflarda:**

GÖZLER, Kemal, “Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.

bb. Sonraki atıflarda:

GÖZLER, s. 8.

d. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

GÖZLER, **Anayasa Hukukunun...**, s. 76.

e. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.

f. Mahkeme kararı: Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).**g. T. C. Resmi Gazete:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a peer-reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK ULAK-BIM TR Index Legal Database.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. Medeniyet Law Review, embracing open access policy, provides all content of the review to the readers free of charge. Readers, except for commercial use may read, copy, download, search, and make connection to all the articles in the journal without the permission of the writer or the publisher.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200-250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English or Turkish shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation, ORCID number and e mail address.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.

9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page. Bibliography and references should be arranged in accordance with the Chicago Manual of Style.
12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Footnotes should be arranged as follows:
 - a. **For books:**
 - aa. **For the first footnote:**

BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**

BORN, p. 62.
 - b. **For papers:**
 - aa. **For the first footnote:**

WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**

WRIGHT, p. 298.
 - c. **For web pages:**
 - aa. **For the first footnote:**

LORCHER, Torsten, "Arbitration in Germany",
https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.

- bb. For following footnotes of the same work:**
LORCHER, p. 9.
- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author's other studies.**
CHEMERINSKY, *Constitutional Law...*, p. 76.
CHEMERINSKY, *Criminal Procedure...*, p. 35.
- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**
aa. For the first footnote:
MILLER, Angharad / OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 25.
Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.
bb. For following footnotes of the same work:
MILLER / OATS, s. 145.
- f. Citing a court case:** Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).
- g. Official Gazette of the Republic of Turkey:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

DERGİMİZİN AMACI

TÜBİTAK - ULAKBİM TR Hukuk Dizini'nde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukukun yardımcı kaynağı olarak kabul edilen hukuk alanındaki bilim insanlarının görüş, düşünce ve kanaatlerinden oluşan hukuk doktrinine alanlarında uzman kişilerin hakemliklerinden geçmiş makaleler ulaştırmayı hedeflemektedir.

Derginin danışma kurulunu farklı alanlardan ve farklı ülkelerden bilim insanları oluşturmaktadır. Akademik alandaki çeşitli görüş ve değerlendirmeler öncelikle akademik alanda çalışan bilim insanlarına katkı sağlayacak olup, hukuk alanında öğrenim gören lisans ve lisansüstü seviyesindeki öğrenciler ile mesleğini icra eden avukat, hâkim ve savcılara da uygulamada değerlendirebilecekleri ve yararlanabilecekleri farklı kanaatler sunacaktır.

Bunun yanında, dergimizde yer alacak bilimsel eserler ile ülkemizin uluslararası alanda üretilen fikirler ile entegre olmasına yardımcı olması, akademisyenlerin, araştırmacıların ve öğrencilerin yararlanmasına açık olması, üniversitemizin ve fakültemizin tanınırlığı ve başarılarını artmasına hizmet etmesi amaçlanmaktadır.

SUNUŞ

TÜBİTAK - ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yeni sayısını sizlerle buluşturmanın sevincini yaşıyoruz.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 8 S. 2 olarak sizlere sunduğumuz bu sayıda, Mustafa BOZOKLU'nun "*Özgürlük ve Hukuk: Anayasacılığın Yitik Kavramları Üzerine Bir İnceleme*" başlıklı makalesi; Ünal GENÇTÜRK ve Hakan KOLÇAK'ın "*Yapısal Sorunların Çözümünde Somut Norm Denetimi Yolunun İşlevsel Kılınması Üzerine Bir Değerlendirme*" başlıklı makalesi; Salim ORHAN'ın "*Suriye'de Barış İnşası İçin Muhtemel Bir Anayasal Tasarım*" başlıklı makalesi; Ali PEHLİVAN'ın "*Bağlılık Kuralı Kapsamında Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi*" başlıklı makalesi; Hatice Sümeyye TAÇAR'ın "*Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarında Unutulma Hakkı ve Basın Özgürlüğü*" başlıklı makalesi; Harun YILMAZ'ın "*Milli Parkların Planlanması: Uzun Devreli Gelişme Planlarının İşlevi ve Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme*" başlıklı makalesi; Elif Beyza AKKANAT-ÖZTÜRK ve Halil AKKANAT'ın "*Muhtelif Yönleriyle Dört Duvar Kirası Sözleşmesi*" başlıklı makalesi; Barış DEMİRSATAN'ın "*Sportif Ardılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk*" başlıklı makalesi; Beşir Fatih DOĞAN'ın "*Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bağlamında Spor Etkinliklerinin Değerlendirilmesi*" başlıklı makalesi; Berrak GENÇ-GELGEÇ'in "*TMK md.169 Gereğince Boşanma veya Ayrılık Davası Süresince Alınabilecek Geçici Önlemler*" başlıklı makalesi; Pelin KARAASLAN'ın "*Haber İçeriklerinin Özel Hukuk Kapsamında Korunması*" başlıklı makalesi; Artür KARADEMİR'ın "*İş Hukuku Boyutuyla Eğitim Karşılığı Çalışma Taahhüdü, Eğitim Giderini İade Borcu ve Ceza Koşulu*" başlıklı makalesi; Ayşe KILINÇ'ın "*Borçtan Kurtulma Davasının Menfi Tespit Davasına Dönüşmesi*" başlıklı makalesi; Melda TAŞKIN'ın "*“Owners’ Responsibilities” Clause of GENCON 2022: An Assessment under the Hague / Visby Rules, Gencon 94 Charter Party and the Turkish Commercial Code*" başlıklı makalesi; Hüseyin TOKAT'ın "*İsviçre Medenî Kanunu'ndaki Miras Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Türk Hukukuna Yansımalarının Değerlendirilmesi*" başlıklı makalesi olmak üzere on beş özgün araştırma makalesi ve Melik KARTAL'ın "*Karar Analizi: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.02.2019 Tarihli, 2015/1-705 Esas ve 2019/59 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi (Kasten Öldürme/Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama, Meşru Savunma/Meşru Savunma-*

da Sınırın Mazur Görülebilecek Bir Heyecan, Korku ve Telaşla Aşılması/Haksız Tahrik)” başlıklı karar incelemesi yer almaktadır.

Dergimizin bu sayısına katkı veren yazarlarımıza ve incelemelerini titizlikle yapan hakemlerimize teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Editörler Kurulu

DERGİMİZ HAKKINDA / ABOUT OUR JOURNAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK - ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisidir. Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde yazılmış olan hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi, kitap incelemesi ve çeviriler hakem denetiminden geçerek yayınlanmaktadır.

Medeniyet Law Review is a peer reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database. Articles, case notes, and comments, discussions of legislative development, book reviews, and another similar type of papers, which are written in Turkish, English, German and French, are published after peer-review.

DERGİMİZİN TARİHÇESİ / HISTORY OF OUR JOURNAL

Dergimiz, Temmuz 2016 -Temmuz 2019 tarihleri arasında Medeniyet Law Review (MLR) adıyla ve ISSN-2458-7958 numarası ile yayımlanmıştır. Ocak 2020 sayısından itibaren İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İM HFD) adını, Mart 2021 sayısından itibaren ise ISSN-2757-7082 numarasını kullanmaktadır. Dergimiz, Mart 2021 sayısı itibarıyla TÜBİTAK - ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranmaktadır.

Our journal was published under the name Medeniyet Law Review (MLR) and numbered ISSN-2458-7958 between July 2016 and July 2019. Since January 2020 issue, the Journal of Medeniyet Law Review (MLR) has been using as the name of the journal and since the March 2021 issue, the number ISSN-2757-7082 has been using. Our journal has been cited in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database since March 2021 Issue.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

Kamu Hukuku / Public Law

Araştırma Makalesi / Research Article

Özgürlük ve Hukuk: Anayasacılığın Yitik Kavramları Üzerine Bir İnceleme

Freedom and the Law: An Analysis on the Lost Concepts of Constitutionalism

Mustafa BOZOKLU453

Araştırma Makalesi / Research Article

Yapısal Sorunların Çözümünde Somut Norm Denetimi Yolunun İşlevsel Kılınması Üzerine Bir Değerlendirme

An Evaluation on Operationalising the Way of Concrete Review in the Resolution of Constitutive Issues

Ünal GENÇTÜRK - Hakan KOLÇAK493

Araştırma Makalesi / Research Article

Suriye’de Barış İnşası İçin Muhtemel Bir Anayasal Tasarım

A Possible Constitutional Design for Peacebuilding in Syria

Salim ORHAN.....523

Araştırma Makalesi / Research Article

Bağlılık Kuralı Kapsamında Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi

The Effect of Qualified Cases on Accomplices within the Scope of the Dependency Rule

Ali PEHLİVAN573

Araştırma Makalesi / Research Article

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarında Unutulma Hakkı ve Basın Özgürlüğü

Right to be Forgotten and Freedom of the Press in the Decisions of the Constitutional Court and the Court of Cassation

Hatice Sümeyye TAÇAR.....609

Araştırma Makalesi / Research Article

Milli Parkların Planlanması: Uzun Devreli Gelişme Planlarının İşlevi ve Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme

Planning of National Parks: An Investigation on the Function and Legal Nature of Long-Term Development Plans

Harun YILMAZ.....635

Özel Hukuk / Private Law

Araştırma Makalesi / Research Article

Muhtelif Yönleriyle Dört Duvar Kirası Sözleşmesi

Rough-Construction Lease Contract

Elif Beyza AKKANAT-ÖZTÜRK - Halil AKKANAT 665

Araştırma Makalesi / Research Article

Sportif Ardılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk

Liability Arising out of Sporting Succession

Barış DEMİRSATAN 695

Araştırma Makalesi / Research Article

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bağlamında Spor Etkinliklerinin Değerlendirilmesi

Evaluation of Sports Activities in the Context of the Law of Intellectual and Artistic Works

Beşir Fatih DOĞAN 723

Araştırma Makalesi / Research Article

TMK md.169 Gereğince Boşanma veya Ayrılık Davası Süresince Alınabilecek Geçici Önlemler

The Interim Measures that Could be Granted During Divorce and Separation Proceedings as Per Art.169 of TCC

Berrak GENÇ-GELGEÇ 771

Araştırma Makalesi / Research Article

Haber İçeriklerinin Özel Hukuk Kapsamında Korunması

Civil Law Protection of News Contents

Pelin KARAASLAN 801

Araştırma Makalesi / Research Article

İş Hukuku Boyutuyla Eğitim Karşılığı Çalışma Taahhüdü, Eğitim Giderini İade Borcu ve Ceza Koşulu

Commitment to Work for a Fixed Period in Exchange for Training, Reimbursement of Training Expenses and Contractual Penalty under the Perspective of Labour Law

Artür KARADEMİR 831

Araştırma Makalesi / Research Article

Borçtan Kurtulma Davasının Menfi Tespit Davasına Dönüşmesi

Conversion of the Action in Denial of Debt Into a Negative Declaratory Action

Ayşe KILINÇ 865

Araştırma Makalesi / Research Article

“Owners’ Responsibilities” Clause of GENCON 2022: An Assessment under the Hague / Visby Rules, GENCON 94 Charter Party and the Turkish Commercial Code

GENCON 2022 “Owners’ Responsibilities” Klozu: Lahey / Visby Kuralları, GENCON 94 Çarter Partisi ve Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme

Melda TAŞKIN 887

Araştırma Makalesi / *Research Article*

İsviçre Medenî Kanunu'ndaki Miras Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Türk Hukukuna Yansımalarının Değerlendirilmesi

Evaluation of the Reflections of the Amendments Related to Inheritance Law in the Swiss Civil Code to Turkish Law

Hüseyin TOKAT 909

Karar İncelemesi / *Decision Review*

Karar Analizi: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.02.2019 Tarihli, 2015/1-705 Esas ve 2019/59 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi

(Kasten Öldürme/Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama, Meşru Savunma/Meşru Savunmada Sınırın Mazur Görülebilecek Bir Heyecan, Korku ve Telaşla Aşılması/Haksız Tahrik)

Decision Analysis: Evaluation of the Decision of Criminal General Assembly of the Court of Cassation Dated 05.02.2019, Merits No. 2015/1-705 and Decision No. 2019/59

(Intentional Killing/The Injury Aggravated by the Consequence, Self-defense/Exceeding the Limit in Self-Defense with Excusable Excitement, Fear and Haste/Unjustified Provocation)

Melik KARTAL..... 955

Kamu Hukuku

Public Law

Özgürlük ve Hukuk: Anayasacılığın Yitik Kavramları Üzerine Bir İnceleme^(*)

Freedom and the Law: An Analysis on the Lost Concepts of Constitutionalism

Mustafa BOZOKLU^(**)

Öz:

İnsanı ve dolayısıyla yaşamı merkezine almayan bütün düşünce sistemleri yanılısma olarak algılanır. Özgürlük hakkında da salt spekülasyon olmayan yaklaşımların ortaya koyulabilmesi için öncelikle yaşam olgusunun çözümlemesi yapılmalıdır. Bu bakımdan araştırmamız öncelikle; özgürlüğün konusunu, yani insanın içerisinde uyandığı yaşam olgusu içerisinde gerçekleştirdiği fiillerini, Hannah Arendt'in kavramsallaştırmasıyla "insanlık durumunu", başka bir ifadeyle insani varoluşu anlamaya yöneliktir. Ancak içerisinde bulunduğumuz neoliberal iklimin yarattığı çözümlerle birlikte Arendt'in "emek", "iş" ve "eylem" olarak tasnif ettiği insani etkinliklerde ortaya çıkan sapmalar, klasik yapısal yaklaşımlarla özgürlüğün imkanlarını aramamıza izin vermiyor. Bu nedenle neoliberalizmle birlikte iktisadileşmenin birey, toplum ve devlet düzeyinde yarattığı kendine özgü krizlerin kavram haritasını çıkarmak zorundayız. Bu değerlendirmelerin eşliğinde özgürlüğün yaşam içerisindeki yegane imkanı olarak hukukun mahiyetini, toplumsal biradalık halinin bir *kendi*'lik bilinci inşası için gerekliliğini, iktidarın kuruluşunu ve nihayetinde bütün bu başlıkların yekünü olarak yurttaşlık kimliğini, kamusal alan inşasını ve anayasal mimariyi tartışabiliriz. Aksi bir yaklaşım çalışmamızın son bölümünde ele alacak olduğumuz Türkiye'de söz konusudur ki hukukun bu altyapı kurumları olmaksızın özgürlük üzerine yalnızca söylem üretilebilmektedir. Sonuç olarak çalışmamız bir anlamda devrimci anlarda yıkıcı bir surette ortaya çıkan özgürleşmeyi değil, zamana yayılan ve insani varoluşa istikrar kazandıran özgürlüğün inşasının imkanlarını arama çabasıdır.

Anahtar Kelimeler:

Hukuk, Özgürlük, Neoliberalizm, Kamusal Alan, Yurttaşlık, İktidar, İnsanlık Durumu.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.03.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 20.07.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1357938>

Bu makaleye atıf için: BOZOKLU, Mustafa, "Özgürlük ve Hukuk: Anayasacılığın Yitik Kavramları Üzerine Bir İnceleme", *İMİHFD*, C. 8, S. 2, 2023, s. 453-491

^(**) Arş. Gör., Marmara Üniversitesi, İktisat Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: mustafabozoklu@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3674-8945>

Abstract:

All thought systems that do not center human and life are perceived as illusions. In order to reveal approaches that are not purely speculation about freedom, first of all, the phenomenon of life should be analyzed. In this respect, this study aims to understand the subject of freedom, that is, the actions of the human being in the phenomenon of life in which he awakens, the “human condition” as conceptualized by Hannah Arendt, in other words, the human existence. However, with the disintegration created by the neoliberal climate we are in, the deviations that arise in human activities that Arendt classifies as “labor”, “work” and “action” do not allow us to seek the possibilities of freedom with classical structural approaches. For this reason, we have to map out the unique crises created by the economization at the level of the individual, society and the state, together with neoliberalism. Accompanied by these evaluations, we can discuss the nature of law as the only possibility of freedom in life, the necessity of social unity for the construction of a self-consciousness, the establishment of power, and finally, the civic identity, the construction of public space and constitutional architecture as the sum of all these titles. An opposite approach is in question in Turkey, which we will discuss in the last part of our study, and without these infrastructure institutions of law, only discourse on freedom can be produced. As a result, our study is an effort to seek possibilities for the construction of freedom, which extends over time and stabilizes human existence, not the liberation that emerges in a destructive way in revolutionary moments.

Keywords:

Law, Freedom, Neoliberalism, Public Space, Citizenship, Power, Human Condition.

GİRİŞ

Özgürlükten bahsettiğimizde genellikle özgürlüğün kendisini değil, bir şeylerden özgür olmayı tasvir ederiz. Bunun en önemli sebebi insanın, bir canlı olarak anne rahminde varlık bulduğu o andan yaşamın ölümle sonlanmasına kadar geçen süre içerisinde içsel ve dışsal pek çok zorunlulukla kayıtlanmış olmasıdır. Başta anne rahminde anneye olan bağımlılık olmak üzere yaşamın bütün safhalarında mikro düzeyde bedenimiz, makro düzeyde ise doğaya karşı bağımlılıklar bizi takip eder. Öte yandan içerisine doğduğumuz toplumsal yapı da dil, tarih, kimlik, kültür ve hatta inanç bakımından bize önemli sınırlar tayin eder. İnsanlık tarihi bir açıdan bu kayıtlanmaları aşma çabasının hikayesidir.

Özgür olmama hali somut, hissedilebilir, gözlemlenebilir ve üzerine konuşulabilir olmakla birlikte doğrudan özgürlüğün kendisini tanımlamak kolay değildir. Ancak özgür olmama halinden yola çıkarak kavramın kendisine ulaşabiliriz. O halde en yalın haliyle özgürlük; zorunluluklardan, bağımlılıklardan, kayıtlardan ve koşullardan azade olmayı ifade eder. Bu tanımlı esas alırsak mutlak anlamdan bu zorunlulukları aşmak mümkün olmadığına göre özgürlüğün üzerine neden düşünüyoruz? Bu sınırlar karşısında özgürlük spekülasyondan mı ibarettir? Hiçbir insanın varolmadan önce kendi koşullarını tayin etme şansı olmadığına göre özgürlüğün imkanı var mıdır? Varsa bu imkanları nerede aramalıyız?

Bu sorulara yanıt bulabilmek için çalışmanın birinci bölümünde de inceleneceği üzere öncelikle özgürlüğün konusunu, yani insanın içerisine uyandığı yaşam olgusu içerisinde gerçekleştirdiği fiillerini, davranışlarını, hareketlerini; Hannah Arendt'in kavramsallaştırmasıyla "insanlık durumunu", başka bir ifadeyle insani varoluşu doğru kavramalıyız. Arendt'e göre yaşamın insani varoluşa uygun bir şekilde sürdürülebilmesi için gerçekleştirilen etkinlikler (*Vita Activa*) başlıca üç başlıkta toplanır: emek (*labor*), iş (*work*) ve eylem (*action*). Yazarın tasnifine sadık kalarak bu etkinlikler, J. Patocka'nın insan varoluşunun üç hareketi teorisi ile paralel olarak incelenecek ve insanlık durumunun genel hatları çizilmeye çalışılacaktır.

İkinci bölümde, halihazırda içerisinde bulunduğumuz neoliberal iklimin yarattığı çözümlerle birlikte insani etkinliklerde ortaya çıkan sapmalar ele alınacaktır. Başlangıç noktası olarak Foucault'un "biyopolitika" yaklaşımının yetersizliğini, bu yetersizliğe neden olan neoliberalizmin kaygan zeminini ve iktisadi dönüşümlerin yarattığı yeni birey, toplum ve iktidar tipolojisini incelemek için Byung-Chul Han, Maurizio Lazzarato ve Wendy Brown gibi yazarların "borçlandırılmış insan", "psikopolitika" veya "halkın çözülüşü" olarak kavramsallaştırabileceğimiz okumalarına başvurulacaktır. Bu bakımdan Judith N. Shklar'ın adaletsizliğin veya haksızlığın da bağımsız fenomenler olarak incelenebileceği düşüncesinden hareketle özgürlüğün hukuk zemininde imkanlarını tartışabilmek için öncelikle insanlık durumunun özgürlük aleyhine değişen koşulları ortaya koyulacaktır.

Çalışmamızın son iki bölümü ise, özgürlüğün aleyhine ortaya çıkan karamsar şartları değiştirebilmenin hukuki imkanları üzerine yürütülen bir dizi tartışmayı içermektedir. Bu noktada özgürlüğün varolabileceği tek etkinlik türü olarak eylem yeniden insan yaşamındaki asli konuma geri gelmelidir. Fakat insanlık, eylemin belirsizliği, sınırsızlığı ve öngörülemezliği karşısında kendi kendini yok etmesinin önüne geçebilmek ve özgürlük alanını genişletmek için hukuka gereksinim duyacaktır. Bu bağlamda öncelikle bireyin kendilik bilincini inşa ettiği sözleşme olgusu, devamında bu sözleşmenin bir ürünü ve hukukun ontolojik olarak ön gerekliliği olan iktidar ile onun iliştiğinde cumhuriyetçi yurttaşlık kurumu ve nihayetinde bunların topyekün bir mimarisi olarak anayasacılık ekseninde kamusal alan inşası ele alınacaktır. Yalnızca bu zemin içerisinde, özgürlüğün varlığı salt bir spekülasyon olmaktan çıkarak insani varoluş içerisinde gerçeklik kazanabilir.

Aksi bir durum Türkiye'de söz konusudur ki hukukun bu altyapı kurumları olmaksızın özgürlük üzerine yalnızca söylem üretilebilmektedir. Türkiye, modernleşme tecrübesinin yarattığı çarpıklıklara meydan okuma tecrübesini dahi

henüz tam olarak kazanamamışken neoliberal paradigma var olan tecrübenin de irtifa kaybetmesine neden olmuştur. Murat Önderman'ın "paranoid ethos" kavramı etrafında yaptığı sosyolojik incelemeler, J. Balkin'in ortaya attığı "anayasal çürüme" yaklaşımıyla örtüşmekte ve ülkemizin tarihi ve aktüel bu çıkmazlarını kısmen de olsa açıklamaktadır.

I. YAŞAMIN VEÇHELERİ

Özgürlük, düşünce özgürlüğü, irade/tercih özgürlüğü veya eylem özgürlüğü gibi ele aldığımız disipline göre farklı gönderimlere sahip olabilir. Ancak konusu ne olursa olsun bütün gönderimlerinde kayıtlardan kurtulma içeriği ön plana çıkar. Bu bakımdan özgürlüğün tartışma konusu yapıldığı disiplinler başta ilahiyat olmak üzere hukuk, felsefe ve siyaset bilimi gibi geniş bir yelpazedir.

Her ne kadar bizim çalışmamız insanlık durumunun siyasallığına odaklansa da özgürlüğün de bir ontolojisi ve dolayısıyla inanca bakan tarafının olduğu unutulmamalıdır. Nitekim inanç, bir mükellefiyetin yüklenilmesidir. Başka bir ifadeyle inanç açısından yaşam, tercihlerimizle öbür dünyamızı şekillendirdiğimiz bir sorumluluk sahasıdır. Bu bakımdan mükellef insan olmanın en tabii gerekliliği ise öncelikle özgür olabilmektir.¹ Ancak doğaya ve topluma ilişkin bağımlılıkların insana çizdiği katı sınırları da göz önünde bulundurduğumuzda özgürlüğe ayrılan alanın ne kadar sınırlı olduğunu düşünmekten kendimizi alamıyoruz. Dolayısıyla saf/mutlak özgürlüğün yalnızca Tanrısal bir olgu ve mükellefiyetin de daha farklı bir zemine ait olduğunun altını çizmeliyiz.²

Özgürlüğün kendisini hayattaki karşıtlarını düşünmeden tözsel olarak tasavvur etmek beşeri sınırları zorlayan bir çabadır. O halde bakış açımızı dini mükellefiyetin de vaz edildiği yer olan yaşamın kendisine yöneltmeliyiz. Yaşam geçmiş, şimdi ve geleceğin iç içe geçtiği zaman kürelerinden oluşur. İnsan her anında bu üç kürenin de keşişiminde bulunarak bir tercih, yöneliş, eylem halindedir. Geçmiş ve şimdi daima gerçekleşmiş ve kayıtlanmış bulunduğu göre özgürlük, yüzü geleceğe dönük olmayı gerektirir. Fazlıoğlu'nun ifadesiyle "*geleceğe her yöneldiğimizde bir ucu açıklık, bir serbestiyet seziyoruz.*"³ Gelecek tam belirlenmiş olsaydı o noktada artık insanın mutlak bir kayıt altında olma halinden bahsedebilirdik ki böyle bir halin de yalnızca bunalıma neden olacağı

¹ Kalam düşünce geleneğinde çokça tartışma konusu olan irade ve teklif kavramları için bkz. SİNANOĞLU, Mustafa, "Teklif", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, <https://islamansiklopedisi.org.tr/teklif> (E.T. 10.03.2023).

² ADUGİT, Yavuz, "Özgürlüğün Kısa Tarihi", **Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi**, 2013, S. 16, s. 70.

³ FAZLIOĞLU, İhsan, "Özgürlük" - Açık Oturum, **Teklif**, 2022, S. 3, s. 17.

açıktır. Ancak tam belirlenmemiş bir gelecek tercihlili özgür eyleme alan açar ki bu da korku, kaygı, merak, hırs gibi insani olanın vücuda geldiği zemindir. Arendt de insani etkinlikleri incelerken insanlık durumunu bir yönüyle doğaya uyum sağlama, yaşamı sürdürme ve temel bağımlılıkları biteviye sürdürme olarak ele alır. Diğer yönüyle ise geleceğin belirsizliğe atılan özgür adımların izini sürer. Yaşamın veçhelerini bu belirlilik ve belirsizliğin med cezirinde anlamak gerekir. Nitekim bu med cezirin yarattığı istikrarsızlık ve karmaşa hali de yeni bir olguyla bizi karşı karşıya getirir: hukuk.⁴ O halde özgürlüğün hukuk zemininde imkanlarını anlamak için yaşamın veçhelerini incelemekle başlamalıyız.

A. Yaşamın Zorunluluklarına Boyun Eğdirmek: Emek (*Labor*)

Patocka'nın insan varoluşunun üç hareketi teorisine göre insanın "sığınma" veya "kök salma hareketi" olarak da ifade edilebilecek olan en ilkel ve davranışlarına yön veren motivasyonu güvenlik ihtiyacını gidermektir. Güvenlik, salt fiziki saldırılardan korunmayı değil biyolojik bir varlık olarak insanı yaşamda tutacak beslenme, barınma veya sağlık gibi temel ihtiyaçları da içerir.⁵ Güvenlik ihtiyacı Özel'in şu cümlelerinde daha çarpıcı bir şekilde hissedilebilir:

*"Dünyaya gelmek bir saldırıya uğramaktır. (...) Soğuk saldırır bize, sıcak saldırır. Açlığın, hastalığın, korkunun saldırılarını savuşturma yoluyla yaşarsınız, hayatta kalırsınız. Yaşıyor olmak savaşıyor olmaktan başka bir şey değildir."*⁶

Belirli bir topluluğun içerisine doğumu ve devamında bu topluluğa kabulü de ifade eden "sığınma" bireyin varoluşsal ihtiyaçlarına gösterdiği en büyük reflektir. Öncelikle anne olmak üzere başkalarına olan bu bağımlılık biyolojik gereksinimlerle birlikte aynı zamanda belirli bir geçmişe dahil olma açısından toplumsaldır. Doğduğumuzda bize sunulan anlam dünyası verili olduğu ve sornsallaştırılmadığı için özgürlüğün en sınırlı hali, bir topluluğa dahil olarak dünyayı anlama yani bu kök salma anıdır.⁷

Arendt'e göre insan, bu varoluş savaşını emek etkinliğiyle verir. Emek, yaşamın döngüselliğine katılarak tüketim nesnelere ortaya koyar ki bizler bu ürünleri tüketerek yaşamdaki varlığımızı sürdürürüz. Ancak insanın yemek yese dahi belirli bir süre sonra tekrar acıkmasında olduğu gibi emek ile tüketim biyolojik

⁴ FAZLIOĞLU, İhsan, *Kendini Aramak*, Paparsense Yayınları, İstanbul, 2016, s. 106.

⁵ PATOCKA, Jan, *Body, Community, Language, World*, (İng. Çev. Erazim Kohak), Open Court, Illinois, 1998, s. 156.

⁶ ÖZEL, İsmet, *Waldo Sen Neden Burada Değilsin?*, Risale Yayınları, İstanbul, 1998, s. 9.

⁷ PATOCKA, *Body, Community, Language, World*, s. 157.

yaşamın yinelenen döngüsündeki sonsuz tekrarlardır. Yaşamın devam etmesini istiyorsak saldırılara karşı “bitimsiz birer tekrar halinde” savunma yapmak zorundayız. Başka bir ifadeyle acı verici bir etkinlik olarak emeğin ürünleri tüketilmekle “kendilerini üretmiş olan hareketin devamını” sağlarlar.⁸

B. İnsana Ait Bir Dünya Yaratmak: İş (Work)

Bireyin ikinci varoluş hareketi yaşamı sürdürmek için yapılan “çalışmaya” ilişkindir. Doğanın dayatmaları karşısında emek, amaçları ve sonuçları itibariyle insani olmaktan daha çok hayvanlarla birlikte canlılar aleminin müşterek etkinliğidir ve bu nedenle insani bir dünya kurmak konusunda etkisizdir. Patocka, ikinci varoluş hareketinde içgüdülerin yerini ilgiye bıraktığını ifade eder.⁹ Bu doğrultuda Arendt’in tasnifine göre özellikle kullanım nesnelere meydana getirerek insana ait maddi (yapay) bir dünya kuran etkinlik “iş”tir.

Emek etkinliği zorunluluk, iş ise fayda saikiyle gerçekleştirilir. *Vita Activa*’nın bu türünde bedensel performansın ötesinde öznel yetenekler, hayal gücü, tasarım ve zanaatkarlık ön plana çıkar. Elimizin işi olan ürünler bize üretici kimliğimizi kazandırır ve pazar olarak adlandırılan bir kamusal alanda mübadele yoluyla insanlar arası etkileşime imkan tanır. Ancak iş etkinliği sonucunda yalnızca ürettiğimiz nesnelere üzerine bir hakimiyet kurarız ve bu açıdan iletişimsel yönümüz üretici yeteneklerimizin sınırlarıyla çizilmiştir. Diğer bir deyişle, pazar alanında varlık gösteren biz değil ürettiğimiz nesnelereyiz. Öyle ki ürün mübadelesinin tek kamusal etkinlik olduğu pazar ortamında emekçiler bile “kendi emek güçlerinin sahipleri” olarak varlık gösterirler.¹⁰

İş dediğimizde esasında imalat faaliyeti sonucunda tüketmekle kısa sürede yok olmayan ve dayanıklılığı ön plana çıkan aletleri, makinaları, araçları kastediyoruz. Fakat Sanayi Devrimi ile birlikte hayatımızın şekillenmesinde çok daha etkin olan makinalar söz konusu olduğunda iş etkinliğinin (imalatın) niteliğinde de önemli bir değişiklik yaşanmıştır. Bu değişikliği en fazla üretim faaliyetine hizmet etmesi için araç olarak tasarlanan şeylerin bir süre sonra insan davranışlarının kendilerine göre düzenlendiği asli öğeler/amaçlar haline geldiği şeklindeki şikayetlerden anlarız.¹¹ Patocka da paralel olarak iş etkinliğinin söz konusu

⁸ ARENDT, Hannah, **İnsanlık Durumu**, (Çev. Bahadır Sina Şener), 10. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021, s. 153 vd.

⁹ PATOCKA, **Body, Community, Language, World**, s. 158.

¹⁰ ARENDT, **İnsanlık Durumu**, s. 238-239.

¹¹ ARENDT, **İnsanlık Durumu**, s. 217.

olduğu alanlarda temel meselenin bu yabancılaşmayla mücadele etmek olduğunu vurgular.¹²

İş etkinliğinin insan yaşamındaki bu yer değişikliği özünde söz konusu araçların emek etkinliği bünyesinde -yaşamın zorunluluklarını gidermek için-kullanılması sonucu gerçekleşmiştir. Zira makinaların çalışma şekli doğanın döngüsellliğini takip eden emek etkinliğiyle birleşerek “devamlılık arz eden bir süreç” haline dönüşmüştür.¹³ Otomasyon olarak da ifade edilen bu süreç emek etkinliğinin doğasında (yaşamsal zaruretlerin kendini biteviye yinelemesi) halihazırda var olan bir durumdu. Bunun yanında elektrik üretimi veya buharlı makinada kömür kullanımında olduğu gibi iş etkinliğinin “beslendiği doğal süreçler onu giderek biyolojik süreçle irtibatlandırır”, doğal faktörler doğrudan imalat sürecinde belirleyici bileşenler haline gelir ve bu sırada “doğanın sebep olduğu zorunluluklar” da yaşama daha fazla aktarılmış olur.¹⁴

C. İnsani Varoluşun Duyumsandığı An: Eylem (*Action*)

Patocka'nın, “siyasal bir topluluk inşası” olarak ele aldığı üçüncü varoluş hareketi, Arendt'in insanın kendiliğini ortaya koyabildiği yegane an olarak tanımladığı “eylem” ile örtüşür. Her ne kadar Arendt, eylemek ve konuşmayı farklı zeminlerde ele alsada bana göre bu ayırım hatalıdır.¹⁵ Konuşmak da insanın eyleme biçimlerinden birisi ve hatta eylemin en önce gelen halidir. Öyle ki bir inanç sistemine dahil olarak ibadet etmek bile iradeyi gerektirdiği ve tercihlerle şekillendiği için eylem alanına dahildir.

İnsanlık durumunun diğer etkinliklerinden farklı olarak yalnızca eylemek için “insanların biraradalığı” mecburi koşuldur. Eylem, doğaya veya yeteneğe ihtiyaç duyulmadan salt insani olandır. Toplumsal biraradalık hali olmadan, farklı olanla temasa geçmeden, insanlar arasındaki sonsuz ilişkisellik dairesine dahil olmadan insani varoluşu gerçekleştirebilmenin, *kim*'liği ortaya koyabilmenin imkanı yoktur. Ve bu imkan yalnızca biraradalık halinde belirir. Varoluşumuzu yalnızca insan ilişkilerine dahil olarak duyumsarız.¹⁶ Her insan birbirine karşı yankı/akis işlevi görür.

¹² PATOCKA, *Body, Community, Language, World*, s. 158-159.

¹³ ARENDT, *İnsanlık Durumu*, s. 222.

¹⁴ ARENDT, *İnsanlık Durumu*, s. 226.

¹⁵ ARENDT, *İnsanlık Durumu*, s. 258 vd.

¹⁶ ARENDT, *İnsanlık Durumu*, s. 276.

İlk iki varoluş hareketinin baskısını, eşitsizliklerini, tahakkümünü kesintiye uğratan ve insan yaşamını siyasallaştıran üçüncü evrede rızaya dayalı insani bir topluluk kurmanın imkanlarının başladığını ifade eden Patocka'ya göre, bu aşamada insanların biraradalığı ortak düşmandan başka bağlarla tesis edilir.¹⁷ Bu bağımlılıkların ve zorunlulukların değil belirsizlikler ve tercihlerin sınırında olduğumuzun tasviridir. Şan'ın da vurguladığı gibi ilk iki hareketin bünyesinde de idari kurumsallaşmalar gözlenebilir ancak siyasal olan yalnızca üçüncü varoluş hareketine özgüdür.¹⁸ Sadece bu siyasallaşmanın başladığı noktada özgürlüğü duyumsarız. Bireyler arası ilişki, iletişim, etkileşim süreçlerine dahil oldukça *ben*'liğimizi inşa ederiz.

Eylemin mahiyetinin tam olarak anlaşılabilmesi için *Polis*'in toplumsal tasarımına göz atılabilir. Antik Yunan'da hor görülen emek ve iş etkinliğinin kölelere veya köylülere bırakılmasının gayesi özgürlüğün alanı olarak eyleme insan yaşamında yer açabilmektir. *Polis* dediğimiz politik birim esasında sadece insanların özgürce eylediği yeri ifade eder. İnsanların eylem ve sözlerinin oluşturduğu ağ tüm veçheleriyle siyasal/kamusal alandır. Bu nedenle Antik Yunan yurttaşları hane yaşamına dahil gördüğü işleri yaparken, uyurken, yemek yerken, çalışırken, ticaret yaparken değil yalnızca *agora* da özgürce yaşadığını hissederek.¹⁹ Özgürlüğün belirli bir refahı ve yaşam standartlarını elde etmek olarak algılandığı günümüzde Aristoteles'in *homo-oeconomicus*'u neden insani açıdan "doğadışı ve sapkın bir yaratık" olarak tanımladığını anlamak zor olsa gerek.²⁰

Kamusal alanda varlık bulan eylem, ilişkiler ağında bıraktığı etkilerin toplamında bir hikayeye dönüşür ve insani varoluşun ispatı ölümden sonra dahi arkamızda bıraktığımız tüketime açık olmayan bu hikayelerdir.²¹ Her hikaye, aynı zamanda bir olaydır. Olay ise "*önceden verili bir bağlamı olmadığı için an-arşıktir, nedensel bir arkeolojiye izin vermez, ortaya koyduğu anlam hep bir fazlalık içerir.*"²² Bu fazlalık bizim zorunluluklardan tercihlere geçiş yaptığımız özgürlük anıdır. Geleceğin bilinmezliğine atılan bir adım, zorunluluk levhasının

¹⁷ PATOCKA, Jan, *Heretical Essays in the Philosophy of History*, (İng. Çev. Erasmiz Kohak), Open Court, Illionis, 1996, s. 149.

¹⁸ ŞAN, Emre, "Dayanışma ve Topluluk Sorusu", *Cogito*, 2021, (102), s. 28.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen, *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*, (Çev. Tanıl Bora ve Mithat Sancar), İletişim Yayınları, İstanbul, 2021, s. 60.

²⁰ BROWN, Wendy, *Halkın Çözülüşü- Neoliberalizmin Sinsi Devrimi*, (Çev. Barış Engin Aksoy), 2. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2021, s. 105.

²¹ ARENDT, *İnsanlık Durumu*, s. 283.

²² ŞAN, s. 25.

kırılımından sızan ve daima geleceği kuran bir ışık hüzmesidir. Şairin Tanrı'ya "Hata yapmak fırsatını Adem'e veren sendin" seslenişindeki özgürlük çağrısıdır.²³

II. NEOLİBERAL ÇÖZÜLMELER

Vita Activita, insani varoluşu teorik olarak sınıflandırmanın ve hangi etkinlik türünün ne tür yapısal dönüşümler geçirerek öne çıktığı analiz edilerek tarihin devinimini açıklamanın iyi bir aracı olabilir. Zira tarihin tüm safhalarında kamusal alan-özel alan ayrımlarının içeriğinin veya anayasal mimarinin de büyük ölçüde bu etkinliklerin durumuna göre şekillendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin; yaşamın doğanın döngüselliğini biteviye tekrar eden bir etkinliğe hapsedilmesi Antik Yunan'da kölelik olarak tanımlanan hayat biçimiydi.²⁴ Onlara göre yaşamın zorunluluklarına boyun eğdirmenin insani yolu kölelerin efendisi olmaktan geçiyordu. Başka bir ifadeyle yaşamın kendisi köleliği gerektiriyordu. Kölelere duyulan küçümseme esasında onlara karşı değil -ki köleler de pekala erdem sahibi insanlar olabilirdi- üstlendikleri emek etkinliğine karşıydı. Zorunluluğu gidermek için yapılan bir etkinlik (emek yoğun işler), özgürlüğü içerisinde barındıramazdı. Özgürlük için ilk ve en temel şart bu zorunlulukların, insanın yaşamsal ihtiyaçlarının giderilmesiydi.²⁵ Emeğin bu doğası nedeniyle emeğe dayalı üretim faaliyeti ve bu faaliyete dahil olan mülkiyetin bütün konuları (ve en başta köleler) büyük ölçüde ailenin (hanenin) özel alanında kalıyorlardı. Aristo'nun ifadesiyle "Mülk ailenin, mülk edinme de aile ekonomisinin bir parçasıdır; çünkü belirli bir düzeyde servet sahibi olmadan ne yaşamın kendisi ne de iyi yaşam" mümkün olabilirdi.²⁶ Aile türün devamı için evleviyetle gerçekleştirilmesi gereken tüm faaliyetlerin merkezi olduğu için bu özel alana zorunluluk hakimdi. *Polis*'in "özgürlüğünün koşulu, hanede yaşamın zorunluluklarına hakim (efendi) olmaktan" geçiyordu.²⁷

İnançların kamusal açıdan görkemli olduğu zamanlarda karanlığa çekilen Antik düşünce Hristiyan dünyasından beraberinde *Vita Activita*'yı da götürdü. Bu sırada yalnızca emek ve iş değil eylem de özgürlüğe ilişik anlamını yitirdi ve

²³ ÖZEL, İsmet, "Münacaat", **Bir Yusuf Masalı** içinde, Şule Yayınları, İstanbul, 2000, s. 12.

²⁴ Yunanlıların kölelik kurumunu ele alış biçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SCHLAIFER, Robert, "Greek Theories of Slavery from Homer to Aristotle", **Harvard Studies in Classical Philology**, 1936, S. 47, s. 165-204.

²⁵ HABERMAS, **Kamusalın Yapısal Dönüşümü**, s. 60.

²⁶ ARİSTOTELES, **Politika**, (Çev. Mete Tunçay), 4. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 12.

²⁷ ARENDT, **İnsanlık Durumu**, s. 68.

dünya meseleleriyle her türden meşguliyet yaşamın zorunlulukları arasına dahil oldu. Geriye özgür yegane yaşam formu olarak *Vita Contemplative*, yani temaşa kaldı. Temaşa, Tanrı veya hakikat karşısında duyulan metafizik ürpertidir. Bu dünya karşısında öte-dünyayı merkeze aldığı için bir tür eylemsizlik halini değerli bulur. Başka bir ifadeyle, siyasal alan topyekûn insani varoluşun özel alanı haline dönüşmüştür.²⁸

Çalışmamız açısından da önemli olan kapitalist üretim biçiminin filizlenmeye başlaması modern anlamıyla özel ve kamusal alan ayrımının ortaya çıkmasına işaret eder. Monarşinin temsili, gösteriye dayalı, kendi mimarisi içinde devinen, halktan kaynaklanmayan ancak halkın önünde olan kamusalılığı yerini merkantilist aşamada bujuvazinin özgürleşen ticaret şehirleriyle birlikte iletişime ve çıkar ilişkisine dayalı, devletten bağımsız bir iktidar alanına bıraktı.²⁹ Bu minvalde, verginin temsiliyet şartına bağlanması özel alanın bağımsızlık çabalarının; bürokratikleşme ve hukuk sistemlerindeki değişim devleti nesnelleştirme girişimlerinin bir ürünüdür.³⁰ Sanayi Devrimi ile birlikte emek ve iş etkinliğindeki devrimci dönüşüm, kamusal alana yönelik ilişki biçimlerinin iktisadi konularla sınırlanmasıyla birlikte geleneksel efendi-hizmetkar kategorilerini aşan farklı bir toplumsal yapının doğumuna da sebep oldu. “*Çalışmalarının karşılığında elde ettikleri parasal ücret dışında kayda değer hiçbir gelir kaynağı olmayan proleterlerin*” oluşturduğu işgücü, emek ve iş etkinliğinin birleştiği alanda yürüttükleri üretim faaliyetiyle toplumsal aktivitenin dinamosu haline geldi.³¹ Buna karşılık 20. yüzyıla kadar elde ettikleri önemli ölçüde yıkıcı sefalet koşulları ve mülksüzleşme ile sınırlıydı. Bu değişim, özellikle sınai kapitalizm evresinde emeğin örgütlenmesi ve kamusal alana yükselmesiyle doruk noktasına çıkmıştır.

18. ve 19. yüzyıllarda çalışma düzenleri “düzenliliği, rutini ve monotonluğu” dayatan işçi sınıfı ile mübadele piyasası dahilinde kar maksimizasyonu güdüsüyle hareket eden sermaye sınıfı arasındaki iktisadi ilişki biçimlerine karşılık devletin negatif işlevselliğe hapsedilerek bu özel alandan dışlanması toplumsal dengeye ağır hasarlar verdi.³² İşçi hareketlerinin bu duruma tepkisellik içerisinde sendika, dernek veya partilerle örgütlenmesi ve kamusal alana çıkı-

²⁸ ARENDT, *İnsanlık Durumu*, s. 44.

²⁹ HABERMAS, *Kamusalalığın Yapısal Dönüşümü*, s. 78 vd.

³⁰ HABERMAS, *Kamusalalığın Yapısal Dönüşümü*, s. 79.

³¹ HOBSBAWM, Eric, *Sanayi ve İmparatorluk*, (Çev. Abdullah Ersoy), 2. Baskı, Dost Yayınları, Ankara, 2003, s. 78.

³² HOBSBAWM, s. 79.

şıyla birlikte ise zorunluluk ve faydacılık toplumsal devinimin tam anlamıyla merkezine yerleşmişti. Marksist literatürde “emeğin özgürleşmesi” olarak da ifade edilen bu hareketlilik, burjuva kamusalığında sınırları çizilen devlet ile toplum arasındaki ayrımı bulanıklaştırmış ve özel alana dahil iktisadi ilişkileri kamusalılaştırarak siyaseti topyekûn ekonomik aktivitenin aracı haline getirmiştir.³³ 20. yüzyılda zorunluluklara dayalı çıkar ilişkileri (emek etkinliği) kontrolsüz büyük kitlelerin demokratik baskısıyla siyasallaştığında *agora* özgürlüğün duyumsandığı yer olmaktan çıkarak kıyasıya bir sınıflar arası varoluş mücadelesinin sahnesi haline gelmiştir.³⁴

Buraya kadar gerek toplumsal sınıflar gerekse bu sınıfların yürüttüğü etkinlik türleri açısından kısa da olsa kategorik bir okuma yapmak mümkündür. Ancak neoliberalizm tüm bu yaklaşımları ciddi ölçüde zayıflattı. Emek ve iş etkinlikleri otomasyonun görkemi karşısında verimliliğini önemli ölçüde yitirirken, eylem etkinliğinin tamamen siyasallığını kaybedişinden bahsedebiliriz. Kimi düşünürlerin düştüğü bir yanılgıyı tashih etmek adına kurmuş olduğumuz bir önceki yargıyı değiştirmeliyiz: esasında yitirilen eylemin (*siyasa*'nın) kendisidir.

Arendt'in *Vita Activa* yaklaşımı, Foucault'un aşağıda ele alacağımız “biyopolitika” kavramıyla birlikte düşünüldüğünde 20. yüzyıl için insanlık durumunu belirli etkinlikler ve bu etkinlikleri yürüten sınıflar üzerinden okumamıza izin veriyordu. Ancak bugün için bireyi, toplumu yahut devleti yalnızca bir önceki yüzyılın yapısal yaklaşımlarıyla incelememiz yeterli değil. Araştırmamızı özgürlüğün günümüzdeki çarpık algılanışını irdelemek adına neoliberalizmin özgünlüğüne doğru genişletmek zorundayız.

A. Birey: Kendi Kendini Sömürgeleştirmek

Arendt gibi 20. yüzyıl düşünürlerinden birisi olan Foucault, biyopolitika kavramıyla geleneksel Aydınlanma düşüncesini takip eden rasyonalitenin var ettiği

³³ HABERMAS, *Kamusalığın Yapısal Dönüşümü*, s. 81-82.

³⁴ Fransız Devrimi'ni bu açıdan inceleyen Arendt'e göre “*Bu gösteride en belirgin olan şey, devrimin hiçbir aktörünün olayların gidişatını kontrol edemediğiydi (...)*”. Halkın acil ihtiyaçları, zorunluluk, yoksulluk, acıma duygusu, ekme kavgasında bulunan müşterek öfke devrimi bilinçli bir çabanın ürünü olmaktan çıkmış, halk yığınlarının yıkıcı bir “lav akıntısına” dönüştürmüştü. Yoksulluk, “kendi bedeninin mutlak emirleri altına” soktuğu için aşağılık bir şeydi; bu nedenle “yoksulluğun komposuna” karşı koyan Fransız Devrimi, Robespierre'nin sözleriyle “yüce olanın adiliğine karşı (yoksulluğu getiren aristokratlar) sıradan olanın soyluluğu” iddiasını taşıyordu. Bu bakımdan emek ile eylem etkinliğinin arasındaki fark, Amerikan Devrimi ile Fransız Devrimi'ni mukayesesinde daha çarpıcı bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. BOZOKLU, Mustafa, *Yaşam, Özgürlük ve Mülkiyet - Yazılı Anayasacılığın Ortaya Çıkaşı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 160 vd.

“disiplin toplumu” gözlemlemiştir.³⁵ Fordizm gibi yoğun endüstrileşme hareketleri bedeni disipline ederek makinalı üretime uygun hale getirme, yaşamı normlar üzerinden normalleştirerek öngörülebilir kılma ve üretim sürecine dahil etme amacı güdüyordu. İstatistiğin gölgesindeki nüfus kontrolleri bunun tipik örneklerinden bir tanesidir.³⁶ Disiplin ve kontrol temel gayesi, yaşamın topyekûn çalışmaya dahil etmektir. Bu sistemde bireyi itaatkar özneler haline getirilmesi için hapsedildiği panaptikon yabancı bir gücün sömürüsüne hizmet eder. Sömürünün olduğu yerde sömüren ötekidir, üçüncü bir yabancısıdır.³⁷ Bu yüzyılda emeğin ve dolayısıyla yaşamsal zorunlulukların kamusal hayatı tamamen ele geçirerek eylemin ortadan kalkmasına neden olduğu dönüşüm de karşısında yerinden edebileceği bir öteki bulunduğu içindir. Emeğin özgürleşmesi hapishaneden kaçışı temsil eder.

Fakat Han’ın da yerinde tespitiyle Foucault, “*neoliberal tahakküm rejiminin kendilik teknolojisini tümüyle ele geçirdiğinin*” ve bireyi bir performans öznesi haline getiren “*kendini sürekli optimize etme şeklindeki neoliberal kendilik tekniğinin tahakküm ve sömürünün verimli bir biçiminden başka bir şey olmadığı*” ayırında değildir.³⁸ Neoliberalizm klasik sınıflı toplum yapılarından farklı bir görünüm arz eder.³⁹ Belirli karar alma merkezlerinde formüle edilerek bireyler üzerinde tatbik edilen sistematik kurallar bütünü söz konusu değildir. Neoliberalizmin sabit koordinatlarının olmadığı ve kaygan bir zeminde kendine özgü bir akıl tarzı, özne üretme biçimi, davranış yönetimi ve değerlendirme sistemine sahip olduğu iddia edilmektedir.⁴⁰ Muharrik unsur olarak akla sermaye sınıfı gelse de içerisine sermayenin de dahil olduğu büyük ölçüde anonim bir dönüşüm yaşanmıştır. Artık beşeri arzuların iradi eylem biçimlerinin yerini aldığı ve arzusunun toplumsal hareketliliği biçimlendirdiğini doğrudan yaşamın içinde hissedebiliyoruz. Bu dönüşümün bireyler açısından en radikal sonucu artık bireylerin gerçekten geleneksel anlamdaki pek çok beşeri tahakküm biçiminden kurtulmuş olmasıdır. Fakat yeni süreçte sömürülen artık özgürlüğün kendisidir.

³⁵ FOUCAULT, Michel, **Biyopolitikanın Doğuşu**, (Çev. Alican Tayla), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 281.

³⁶ FOUCAULT, Michel, **Güvenlik, Toprak, Nüfus**, (Çev. Ferhat Taylan), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013, s. XIX.

³⁷ FOUCAULT, **Güvenlik, Toprak, Nüfus**, s. XX.

³⁸ HAN, Byung -Chul, **Psikopolitika - Neoliberalizm ve Yeni İktidar Teknikleri**, (Çev. Haluk Barışcan), 5. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2022, s. 34; Lazzarato da Foucault’un Biyopolitikanın Doğuşu eserinde endüstriyel kapitalizm formuna sadık kaldığını ancak neoliberal davranış yönetimi ve girişimci özneye yabancı kaldığını ifade etmektedir. (LAZZARATO, Maurizio, **Borçlandırılmış İnsanın İmali - Neoliberal Durum Üzerine İnceleme**, 1. Baskı, Dergah Yayınları, İstanbul, 2020, s. 71).

³⁹ HAN, **Psikopolitika**, s. 15.

⁴⁰ BROWN, **Halkan Çözülüşü**, s. 22.

Han'a göre bu yeni sömürü biçimi biyopolitikanın yerini alan psikopolitika aracılığıyla gerçekleşmektedir. Ulus devletlerin ürettikleri tarih anlatıları "geçmişin kontrolü" için kullanılıyordu ancak yeni dönemde "geleceğin psikopolitik yönlendirilişi" söz konusudur.⁴¹ "Dijital ağın panoptikon yapısı" doğrudan insan psikolojisine nüfuz ederek insanın kendi kendisini denetlemesine, gönüllü olarak sömürsüne neden oluyor. Yazarın neoliberal tahakküm tekniklerini anlatmak için seçtiği akıllı telefonun "günah çıkarma sandalyesi" veya dijital amin olarak "like/beğeni" göstergelerini her dönemde gözlemlebilen insani arzuları dikkate almadan ortaya atılmış abartılı betimlemeler olarak görüyorum.⁴² Burada önemli olan bireyin yeniden tanımlanarak artık girişimci veya performans öznesi olarak kendi kendilerinin efendisi ve sömüreni konumuna gelmesidir.

Modern özgürlük anlayışı Bauman'a göre iki temel özelliğiyle özgün bir içeriğe sahiptir: bireysellekle yakın ilişkisi ve market ekonomisi ve kapitalizmle kalıtsal ve kültürel bağlantısı.⁴³ Bu iki özelliği de bünyesinde barındıran "girişimcilik" herkesin kendisini optimum verimlilik koşullarına göre denetlediği bir kişilik vaz ediyor. Girişimci birey, büyük ölçüde öngörülebilir olduğu savına karşı yaşamın içerisinde arzu edilmeyen sonuçlarla karşılaştığında, yani başarısızlıkları karşısında suçluluk psikolojisini kendisine yönelttiği için söz konusu olan devrimci değil depresif bir hareket biçimidir. Bu bağlamda "kendini mükemmelleştirmeye çalışmak" tam anlamıyla bir sömürü halini alır.⁴⁴ Şairin Tanrı'nın verdiğini söylediği hata yapma fırsatı bizzat insanın kendisi tarafından kendi elinden alınmıştır.

Artık birey, 19. ve 20. yüzyıllarda olduğu gibi ekonomik açıdan insan sermayesi şeklinde ifade edilen bir üretim faktörü değil benliğin bizzat bireysel bir firma olduğu kendi kendine yatırım pratiklerinin gölgesinde yeniden yapılandırılmıştır. Buradan neoliberalizmin bireyi ekonomik bir ahlakiliğe sürüklediğini görürüz. Kişi akıllı bir şekilde kendi kendisine yatırım yapmak ve insani bir yaşama erişmek için girişim stratejilerini doğru belirlemekle yükümlüdür.⁴⁵ Brown'un ifadesiyle;

⁴¹ HAN, *Psikopolitika*, s. 46.

⁴² HAN, *Psikopolitika*, s. 22.

⁴³ BAUMAN, Zygmunt, *Özgürlük*, (Çev. Kübra Eren), 4. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2020, s. 53.

⁴⁴ HAN, *Psikopolitika*, s. 38.

⁴⁵ BROWN, Wendy, "Fedakar/Kurban Yurttaşlık: Neoliberalizm, İnsan Sermayesi ve Kemer Sıkma Politikası", *Cogito*, 2021, S. 102, s. 63.

“(...) insanı çıkar maksimizasyonu peşinde koşan bir şekilde sunan daha evvelki kaba saba insan yorumundan, hem bir firma üyesi hem de bizzat bir firma olarak ama her iki durumda da firmalara özgür yönetim stratejilerine uygun şekilde idare edilen bir özne formülasyonuna doğru bir kayma gerçekleşmiştir.”⁴⁶

Görüldüğü üzere yaşamsal zorunlulukların tedarigine yönelik topluma yahut devlete olan bağımlılık söylemsel düzeyde olumsuzlanırken birey yaşamından sorumlu fail olarak muhatap alınmaktadır.

Lazzarato neoliberalizmin ahlaki temellerini ve yeni özne tipolojisini “borç” kavramı üzerinden inceler. Finansal piyasalar, kredi politikaları, derecelendirme kuruluşları, üretim ilişkileri ve mülkiyet dengesinin merkezinde yer alan “borç” kavramı, farklı bir iktidar modeli yaratmış ve bu iktidar iktisadi olmayan alanlara da uzanarak bireyi hayatının her alanında “basiretli tüccar” modeline uygun olarak davranmaya zorlamaktadır.⁴⁷ Borçlandırılmış insan kamu harcamaları, vergiler, yatırım, risk iştahı veya tüketim gibi konularda borcunu ödemeye uygun bir hayat biçimi benimsemek zorundadır.⁴⁸ Lazzarato’nun eserinde sıkça başvurduğu Nietzsche’nin *Ahlakın Soykütüğü*’nde incelediği alacaklı-borçlu ilişkisine yönelik ifadeleri neoliberal bireyin maruz kaldığı iktidar biçimini anlamak açısından oldukça yerindedir;

“Borcunu ödeyeceğine dair verdiği sözün güvenilir olduğunu göstermek, verdiği söze kutsallık ve ciddiyet sağlamak, borcunu ödemenin bir ödev, bir yükümlülük olduğunu vicdanına telkin etmek için, borçlu alacaklısıyla bir sözleşme yapar ve borcunu ödemediğinde sahip olduğu başka bir şeyi, örneğin bedenini, karısını, özgürlüğünü ya da hatta yaşamını (ya da belli dinsel inançlarda ölümden sonra kavuşacağını düşündüğü saadeti, ruhunun kurtuluşunu, hatta mezardaki ruhunu (...)).”⁴⁹

Neoliberal ekonomi nesnel yasalardan ziyade öznel temellere dayalıdır. Öznellik, borçlunun ahlaki ilkelerle kuşatılması yoluyla gerçekleşir. Birey özne olma kabiliyeti açısından görünüşte tarihe nispetle en görkemli zamanlarını yaşamaktadır ancak gerçekte olan salt ahlaken kuşatılmış psikopolitik varlıkların kendi kendini sömürü biçimleridir. Yeri geldiği zaman öfkelenemeyen, ruhu

⁴⁶ BROWN, *Fedakar/Kurban Yurttaşlık*, s. 46.

⁴⁷ LAZZARATO, s. 18 vd., BROWN, *Halkın Çözülüşü*, s. 76.

⁴⁸ LAZZARATO, s. 26.

⁴⁹ NIETZSCHE, Friedrich, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, (Çev. Ahmet İnam), 6. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2013, s. 80.

küçülmüş ve kişiliği kusurlu varlıklar olarak hayatımıza devam ediyoruz.⁵⁰ Sonuç olarak özgürlüğe ket vuran zorunlulukların, bağımlılıkların ve tahakküm biçimlerinin varlığını koruyarak dışsal değil birey tarafından ahlaki biçimlerde içselleştirildiğini; dolayısıyla eylem alanında mukavemet imkanlarının son derece sınırlandığını görüyoruz.

B. Toplum: Tüketim ve Yığılma

Bireylerin müteşebbis olarak ahlaki yükümlülüklerle donatıldığı ve borç ilişkileriyle anonim bir iktidar ağına sıkıştırıldığı düzlemde diyalektik bir siyasal biraradalık halinden, sözleşmeden veya ortaklıktan bahsetmek oldukça güçtür. Girişimci özne açısından iletişim iş ortaklığından öteye geçemez.⁵¹ Toplumsal organizasyonlar siyasallıktan arındırılarak yönetim ilkesine göre dizayn edilir ki neoliberal anonimliği besleyen bir başka husus da budur. Görünüşte bireyler arası toplumsal etkileşim artmış gibidir ancak tüm bireyler bir önceki başlıkta tartıştığımız ahlaki algoritmalarla aynı biçimde davranacağı için sonuç bir ortaklık değil aynı saiklerle hareket eden insan yığılması olacaktır. Bu bağlamda "Sömürenlerle sömürülenler arasındaki farka dayanan toplumsal devrimi" imkansız kılan neoliberal sömürüye Marx'ın da yabancı olduğunu söyleyen Han, haklı olarak "ortak eyleme girişebilecek siyasi bir Biz oluşamaz" tespitini yapar.⁵² Siyasete yönelik tutum bir tüketim nesnesiymişçesine edilgen, eylemsellikten uzak homurdanmalardan ibarettir. Han bu durumu "seyirci demokrasi", Balibar ise "eksik halk" olarak adlandırır.⁵³ Burada iktidar "incelikli, kaygan, akıllı"dır ve "egemenlik ilişkileri tümüyle görüş alanı dışındadır". Yönetim tarzı bireylere "boyun eğdirmek yerine", yönetim üzerinden "onlarda bağımlılık yaratmayı" hedefler.⁵⁴

Gerçek anlamda özgürlüğün duyumsanabilmesi yukarıda ifade ettiğimiz üzere yalnızca insanlararası biraradalık halinde, yani eylem etkinliğinde ortaya çıkabilir. Özgürlük, biyolojik kayıtlanmalar nedeniyle insanın doğuştan sahip olabileceği bir hususiyet değildir. Bireysel tercihler tekil olarak özgürleşme yanılsamaları yaratsa da topyekün bir iklimi değiştirmek için ortaklık zeminde, bizzat insanlar

⁵⁰ SHKLAR, Judith, **Adaletsizliğin Vecheleri**, (Çev. Nebi Mehdiyev), 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2021, s. 76.

⁵¹ HAN, **Psikopolitika**, s. 12.

⁵² HAN, **Psikopolitika**, s. 16.

⁵³ HAN, **Psikopolitika**, s. 20; BALİBAR, Etienne, **Eşitliközgürlük**, (Çev. Oylum Bülbül), 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2016, s. 25.

⁵⁴ HAN, **Psikopolitika**, s. 24.

eliyle özgürlüğün inşa edilmesi gerekir. Arendt, “özgürleşme” ile “özgürlüğün kurulması” arasında bu bakımdan bir farklılık olduğunu ve özgürleşmenin yoksulların ekmek kavgasında olduğu gibi yıkıcı bir nitelik arz ettiğini ifade eder. Özgürlüğün kurulması ise uzlaşma temelinde bir yandan farklılıkların çatışması diğer yandan çatışmanın varlığını müşterek kabule dayanan diyalektik bir ilişkiye dayanır. Özgürleşme, hareket kabiliyetinin her türden baskı ve zorlamadan kurtarılması iken özgürlük, politik bir yaşam tarzını ifade eder.⁵⁵ Bauman’ın “özel yoksulluk” kavramına bu bağlamda değinmeliyiz; nitekim yazara göre günümüzde insanların “peşinde oldukları mutluluk durmadan büyüyen sayıda varlık açısından ifade edilir ve bu yüzden hiç yakalanmamak üzere sürekli onlardan kaçar. (...) sadece bastırılan değil aynı zamanda tahrik edilen de yoksuldur.”⁵⁶ Bu açıdan Bauman, Arendt’in sefalet ve yoksulluğun siyasal olana özgü eylem etkinliğinin ve dolayısıyla özgürlüğün imkanlarını ortadan kaldırdığı şeklindeki savına karşılık modern tüketicinin gerçek mahiyetini eksik bıraktığı kanısındadır.⁵⁷

20. yüzyılın ikinci yarısında başta Amerika olmak üzere farklı anayasal demokrasilerde gözlemlenen sivil itaatsizlik hareketlerinin çıkış noktasının eylem etkinliğini toplumsal bir düzlemde yeniden canlandırma çabası olarak okuyorum. Rawls’ın tanımına göre sivil itaatsizlik; “*yasaların ya da hükümet politikasının değiştirilmesini hedefleyen, kamuoyu önünde icra edilen (aleni), şiddete dayanmayan, vicdani ancak yasal olmayan politik bir eylem*”dir.⁵⁸ Arendt, bu tanıma sivil itaatsizlik savunucusunun yalnızca bir grubun üyesi olarak ortaya çıkabileceğini ilave eder.⁵⁹ Amaç biraradalık halinin zayıfladığı noktada toplumun çoğunluğunun adalet duygusuna hitap etmektir. Haksızlıkları kaldırmanın önünde engel teşkil eden asli nitelikteki haksızlıklara karşı yasa kamuoyuna bir mesaj vermek amacıyla bilinçli olarak ihlal edilir ancak temel çıkış noktası daha üst düzeyde anayasal istikrarı sağlamaktır.⁶⁰

Rawls, sivil itaatsizliğin anarşiye neden olmaması için “*yurttaşların adalet tasarımları arasında pratik olarak bir uyumun mevcut*” olması şerhini düşer ki toplumun siyasallığını yitirmiş olması nedeniyle bu şart sivil itaatsizliğin verim-

⁵⁵ ARENDT, Hannah, **Devrim Üzerine**, (Çev. Onur Eylül Kara), 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021, s. 40.

⁵⁶ BAUMAN, **Özgürlük**, s. 131.

⁵⁷ BAUMAN, **Özgürlük**, s. 132.

⁵⁸ RAWLS, John, “Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı”, **Kamu Vicdanına Çağrı - Sivil İtaatsizlik** içinde, (Çev. Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2021, s. 60.

⁵⁹ ARENDT, Hannah, “Sivil İtaatsizlik”, **Kamu Vicdanına Çağrı - Sivil İtaatsizlik** içinde, (Çev. Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2021, s. 88.

⁶⁰ RAWLS, **Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı**, s. 63.

sizliğini de ortaya koyar.⁶¹ Öte yandan Arendt, sivil itaatsizlik için birlikte eyleme geçme kabiliyetleri olan gönüllü organizasyonların varlığının gerekli olduğunu ancak Amerika dışında böyle bir eylemli toplumsal hareketliliğin bulunmadığını altını çizmektedir ki kısmen de olsa haklıdır.⁶² Nitekim hatırlanacağı üzere Kıta Avrupasında kaleme alınan toplum sözleşmesi teorileri büyük ölçüde kurgudan ibarettir. Bunların arasında yalnızca Amerika bakır bir kıtaya yerleşen insanların sahip oldukları imkanın bilincinde kendi aralarında tesis ettikleri uzlaşmaya, ortaklığa bağlı olarak kurulduğu için tarihin istisnai bir anıdır. John Locke'un "*Başlangıçta bütün dünya Amerika'ydı.*" sözünü bu bağlamda değerlendirmek gerekir.⁶³ Bu uzlaşma zeminin toplumun eylemsel kabiliyetini nasıl güçlendirdiğini ve Arendt'in neden sivil itaatsizlik eylemlerini Amerika'ya münhasır gördüğünü anlamak için Tocqueville'nin gözlemlerine başvurmak yeterlidir;

*"Birleşik Devletler'in sakinlerinin çoğu, dünyada meydana getirmek istedikleri bir duyguyu veya bir fikri fark eder etmez, birbirlerini ararlar ve birbirlerini bulduklarında ise hemen bir birlik oluştururlar. O andan itibaren, konuşarak ve birbirlerini dinleyerek eylemleri örnek teşkil eden bu kişiler, izole bireyler değildir, uzaktan görünür olan bir kuvvet oluştururlar."*⁶⁴

Sivil itaatsizlik örneğinden de hareketle buraya kadar yürüttüğümüz tartışma toplumun kamusal ortaklık becerilerini önemli ölçüde yitirdiği ve özel alanda kalması gereken yaşamsal zorunlulukların toplumsallaşarak zorunluluğa hakim olan gereklilik, aciliyet, kesinlik, öngörülebilirlik, içgüdüsellik vb. özelliklerin topluma da sirayet ettiğini ortaya çıkarmaktadır. Siyasal etkinlik halk açısından daha fazla ekonomik talep iktidar açısından ise bu taleplerin karşılanmasıyla sınırlıdır. Tüketim talepleri yeterince yerine getirilse belki arzuların yerini yeni arayışlara bırakması ihtimali belirebilir. Ancak bir yandan tüketim alışkanlıkları çok yoğun bir şekilde manipüle edilmekte diğer yandan toplumun geniş kesimlerinin dünyaya "kök salabilmesi" veya "sığınabilmesi" için gerekli olan temel ihtiyaçlar dahi temin edilememektedir.

Dolayısıyla günümüz toplumları açısından en büyük kriz eşitsizliklerin şiddetinin olağanüstü boyutlara ulaşmış olmasıdır. Zira yeni ekonomi-politikte

⁶¹ RAWLS, *Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı*, s. 82.

⁶² ARENDT, *Sivil İtaatsizlik*, s. 124.

⁶³ LOCKE, John, *Yönetim Üzerine İki İnceleme*, (Çev. Ö. Saruhanlıoğlu), 1. Baskı, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 188.

⁶⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de, *Amerika'da Demokrasi*, (Çev. Seçkin Sertdemir Özdemir), 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 547.

kazanç özelleştirilirken risk eşitsizliğin kırılğan tarafları aleyhine toplumsallaştırılmaktadır.⁶⁵ Dahası bu eşitsizlik girdabından çıkmak için bireysel ve kamusal borçlanma artarak büyümekte ve gelecek nesilleri de borç iktidarının kapsamına şimdiden dahil etmektedir. Bu bakımdan Lazzarato'nun toplumsal örgütlenmenin temeli olarak gördüğü alacaklı-borçlu ilişkisinin tarihin tüm safhalarına teşmil edilmesini indirgeyici bir yaklaşım olarak görsem de neoliberal düzlemde borç ilişkilerinin tüm toplumu ilgilendirmekle birlikte gelecekteki toplumu da kendi şartlarına bağımlı kıldığı yolundaki tespitini doğru buluyorum.⁶⁶

C. Devlet: Kriz ve Umutsuzluk

Platon'dan bu yana düşünce sistemleri içerisinde siyasete ve hukuka biçilen görev, eylem öncesi ilkeler, *a priori* değerler vaz ederek insanın özgürlük alanını (eylemlerini) siyasal iradeyi ellerinde bulunduranların *idea*'ları doğrultusunda dizginlemektir.⁶⁷ Modern anlamda bunun karşılığı ise bir önceki başlıkta toplum üzerine söylediklerimizde olduğu gibi kapitalist üretim ilişkilerinin gereksinim duyduğu öngörülebilirlik koşullarına tehlike teşkil eden eylem alanının iktisadi amaçlar doğrultusunda daraltılmasıdır. Siyasal alan, emek ve iş etkinliğinin zorunluluk ve fayda içerikleriyle sınırlandırılmış durumdadır. İhtiyacın egemenliği altındaki insanların birbirlerine karşı olan savaşını denetlemekle sınırlı bir fonksiyon icra eden "*mahkemeler, yargıçlar, meclisler, jüriler, ordular, velhasıl tüm olağan politik kurumlar, vatandaşların ruhsal kaosunu yansıtan söz konusu düzensiz toplumsal dürtüleri organize etmenin yollarından başka bir şey değildir.*"⁶⁸

Kamusal alanın iktisadileşmesi bakımından liberal ve sosyalist düşünce aynı çağın ürünüdürler. Farklı araçları kullansalar da her iki düşüncenin de toplumsal devinimini iktisadi unsurlar üzerinden açıklaması kamusal hareketliliğin tüketime daha fazla erişme çabasıyla sınırlı kalmasına neden olur. Çözümüne yönelik seçenekler ne olursa olsun eşitsizlikte olduğu gibi kriz hali derinleşerek varlığını korumakta ve ümitsizlik tikanıklığı daha fazla artırmaktadır. Dolayısıyla kamusal alanda en iyi ihtimalde dahi "*gerçek ve potansiyel mağdurlara sırt çeviren pasif vatandaşlar, haksızlığın daha da büyümesine*" katkıda bulunmaktadır.⁶⁹

⁶⁵ BROWN, *Halkın Çözülüşü*, s. 54.

⁶⁶ LAZZARATO, s. 27.

⁶⁷ Aksi yönde bir görüş için bkz. OKTAY, Cemil, *Siyasi Kültür Okumaları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 109.

⁶⁸ SHKLAR, s. 40.

⁶⁹ SHKLAR, s. 64.

Kamusal erkin insanlık durumunu değiştirecek doğrultuda müdahaleci bir nitelik sahibi olmaması neoliberal özgürlüğün öne çıkan söylemlerinden birisidir. Ancak bu özgürlük anlayışı bireylerin seçtikleri temsilcilerin toplum üzerindeki iktidarını zayıflattıkça geniş kitlelerin depolitizasyonu ve teslimiyeti artmaktadır. Bu bağlamda anayasal demokrasiler ciddi bir kriz halindedir. Toplum sözleşmelerinin çatırtıları her yerde duyulmakta, siyasala olana ve dolayısıyla toplumsal biraradalık haline olan güvensizlik giderek artmaktadır. Olaylar daha fazla talihsizlik olarak algılanmakta ve yaşanan yoksunluk duygusu bağımlılık ve teslimiyeti şiddetlendirerek eylemsel kabiliyetleri zayıflatmaktadır.⁷⁰ Egemenliğin/iktidarın kuruluşuna ilişkin yetki devri varsayımına rağmen toplum ile devlet arasındaki güç mesafesi temsili demokrasilerde dahi arttığı için meşruiyete ilişkin tartışmalar canlılığını korumaktadır. Neoliberalizmin kendine özgü bir davranış yönetimi olmasının sonuçlarından birisidir bu durum. Arendt'in Amerika'daki siyasal kriz haline yönelik sarfettiği sözler esasında bugünün bütün anayasal demokrasileri için geçerlidir;

“Temsili yönetim sisteminin kendisi, kısmen zaman içerisinde yurttaşların gerçek anlamda katılımlarını sağlayan tüm kurumlarını kaybettiği için, kısmen de partiler sisteminin mustarip olduğu hastalıktan; yani bürokratlaşma ve (...) kendi parti örgütü dışında kimseyi temsil etmeme hastalığından etkilendiği için bir kriz içerisinde bulunmaktadır.”⁷¹

III. HUKUKUN İMKANLARI

Günümüzde hukuk disiplinleri bazı ihtiyaçlar doğrultusunda daha fazla uzmanlaşmaya yönelmektedir. Halbuki varoluşun ilk anından bu yana yaşam, sonsuz sayıda değişken ile etkileşim içerisinde vücuda gelmekte ve insan, bu değişkenlerin kesişiminde eylemektedir. Yaşama ait bir olgu olarak hukukun da kavram haritası sürekli değişen bu akış içerisinde hakikatini yitirmemesi için -teknik gerekliliklere rağmen- sığ bir düşünce alanına sıkışmasına karşı temkinli olmalıyız. Bu nedenle konular ve disiplinler arasındaki farklılık göz önüne alındığında formasyon açısından *atipik* bir yaklaşım ortaya koymaya çalıştığımızın altını çizmeliyiz.

Toplumsal siyasi düşünce tarihi olarak da anılan okulun, siyaset alanını siyasi alan dışındaki çatışma ve mücadelelerle birlikte anlatan ve insani çelişkilerin nasıl siyasi terminolojiyle birlikte anayasal mimariyi belirlediğini açıklayan öğretisi çalışmamızın ana eksenini oluşturuyor. Yüksek politika yüzeyinin al-

⁷⁰ SHKLAR, s. 172.

⁷¹ ARENDT, *Sivil İtaatsizlik*, s. 116.

tındaki toplumsal devinim ve tarihsel özgüllük açığa çıkartıldığında liberal düşünürlerin soyutlama yoluyla ortaya koyduğu “dilsel söylemlerle” veya “kurgularla” kendimizi sınırlamamış oluruz.⁷² Anayasacılığı da bu bağlam içerisinde, anayasanın ifade ettiğiinden daha geniş anlamda -toplumsal biraradalık hali ve yurttaşlık kimliğinin inşasını da içerecek şekilde- “iktidar üzerinde iç ve dış denetimler oluşturmak suretiyle özgürlüğün kurulması ve korunması arzusunun yansıtan siyasi değerler ve özlemler dizisi” olarak tanımlıyoruz.⁷³

A. Sözleşme: *Kendi*'lik Bilinci

Özgürlük, bazı yazarlar tarafından kelimenin öz-gür köklerinden hareketle özün gürleşmesi olarak telakki edilir. Bu yaklaşım müstesna bir varlık olarak insanı tekil düzeyde inceler ve özgürlüğün ontolojisine gönderimde bulunur. İnsan, Tanrı tarafından ona yüklenen mükellefiyete uygun bir yaşam biçimi sürdüğü ölçüde özünde yer alan cevherin gürleşeceğinden ve dolayısıyla zorunluluklardan azade olarak yaratılışındaki amacı gerçekleştirmiş olacağından bahsedilir.⁷⁴ Özün gürleşmesi yaklaşımı, Tanrı-İnsan ilişkileri ekseninde insani varoluşun gerçekleştirilebilmesi açısından orijin olarak kabul edilebilir ancak özgürlüğü salt bu haliyle sınırlı olarak incelemek yaşam olgusuna dahil olmadan kavramı temaşa ile sınırlandıracaktır.

Toplum ve iktidarı açıklamaya yönelik modern literatürün en başat kavramı toplum sözleşmesidir. Burada sözleşme kuramlarının doğrudan içeriklerine veya aralarındaki farklılıklara değil yalnızca sözleşme kavramının ortaya atılmasındaki amacın kendisine odaklanmalıyız. Zira toplum sözleşmesi kuramı büyük ölçüde ortaya atıldıkları dönemde var olan toplumsal karmaşa halinin bir başlangıca atıfta bulunarak yeniden inşa sürecine dönüştürülme uğraşısı olduğu için teleolojiktir. Öte yandan toplum sözleşmesi toplumu değil daha çok egemenliği açıklama amacı güden ve metafizik içerimleri olan bir varsayımdır.⁷⁵ Diğer bir ifadeyle bireyin üzerinde zor kullanma yetkisini haiz olan iktidarın varlığı böyle bir varsayımı gerektiren asıl kurgudur. İktidar kendi tözüne sahip olmadığı için meşrulaştırılma ihtiyacı duyar. Başka bir ifadeyle hiçbir zaman insan -inancı

⁷² WOOD, Ellen Meiksins, **Özgürlük ve Mülkiyet - Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi**, (Çev. O. Köymen), 2. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2016, s. 50-51.

⁷³ HEYWOOD, Andrew, **Siyaset**, (Çev. B. B. Özipek vd.), Adres Yayınları, Ankara, 2014, s. 380.

⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bir tartışma için bkz. ROSENTHAL, Franz, **İslam'da Özgürlük Kavramı**, (Çev. Vecdi Akyüz), Ayışığı Kitapları, İstanbul, 2000, s. 21.

⁷⁵ DUGUÏT, Leon, **Kamu Hukuku Dersleri**, (Çev. Süheyp Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, s. 64 vd.

bunun dışında tutarsak, kendi varlığını gerekçelendirme ihtiyacı duymaz. Totolojik bir ifadeyle tekil insan fertleri olarak varlığımız, vardır. Ancak iktidar, doğuşuyla birlikte insanı bir zorunluluklar dairesine aldığı için izah edilmeye muhtaçtır ki çalışmamızın devamında bu tartışmaya yer vereceğiz. Bunun dışında insani varoluşu gerçekleştirmek için kurulmuş bir ortaklığı anlamak açısından modern toplum sözleşmesi teorileri büyük ölçüde verimsizdir.⁷⁶ Bakış açımızı varsayımlara değil daima “yaşam olgusunun” kendisine yöneltmeliyiz.

Özün gürleşmesi için öncelikle kök salma hareketinin bir gereği olarak güvenlik ihtiyacını karşılamalı, yaşamı kaos olmaktan çıkarmalıyız. Köken itibarıyla hak kelimesine dayanan hukukun temel fonksiyonu da bu kaos halini düzene kavuşturmak olduğuna göre insanların bir araya gelerek ortaklık kurmasının en temel gayesi kendi aralarında bir hukuk var etmektir. Hukukun fonksiyonları arasında yer alan “*öngörme, sınırlamayı gerektirdiği için denetlemeyi de mümkün kılar; denetlenebilen bir süreç belirsizlikten sıyrıldığında, korku kaynağı olmaktan çıkar ve güvenlik duygusu verir.*”⁷⁷ Başka bir ifadeyle, “karşılıklı olarak” sahip olduğumuz hakları kabul eder ve bu hukukun sürdürülebilmesi için sözleşiriz.⁷⁸ Arendt’in ifadesiyle amaç “*kamusal- siyasi alanı kuran ve siyasi yaşamı mümkün kılan bir siyasi eylem*” olarak “*başlangıç*” ortaya koymaktır.⁷⁹ Ne zaman ki toplum içerisinde bir grup, topluma rağmen farklı hak taleplerinde bulunursa artık bu sözleşmenin, ortaklığın veya bu hukukun bir parçası olmak istemediğini deklare etmiş demektir. Yahut eski hukuk sistemlerinde yer alan sürgün cezası da salt bir gurbet acısı yaşatmak değil özünde kişiyi süreli veya süresiz olarak bu ortaklığın dışına çıkartmaktır. Nitekim vurguladığımız üzere insan ancak başka insanların varlığıyla kendisine anlam katabilir. Dolayısıyla biraradalık hali ve bu halin temeli olarak sözleşme/ortaklık, kendilik idrakinin oluşması için elzemdir. Hukuk paydasında kurulan bir ortaklık neoliberal toplum da görülenin aksine çıkar birlikteliğinden ziyade *ben*’lik inşası veya insanın varoluşunu duyumsayabilmesi için gerekli zeminin oluşturulmasıdır.⁸⁰ Tüm bu söylenenler ışığında aslı olanın daima insan; toplum veya iktidarın ise insani özün gürleşmesi için öngörülmüş tâli olgular olduğu unutulmamalıdır.

⁷⁶ DUGUİT, s. 74 vd.

⁷⁷ FAZLIOĞLU, **Kendini Aramak**, s. 108.

⁷⁸ BALİBAR, Etienne, **Yurttaşlık**, (Çev. Murat Erşen), 1. Baskı, MonoKL Yayınları, İstanbul, 2016, s. 48.

⁷⁹ ARENDT, Hannah, **Geçmişle Gelecek Arasında**, (Çev. Bahadır Sina Şener), 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 191.

⁸⁰ Han, bu durumu *Ego*’nun anlam dünyasını aktararak *Alter*’de kendisini devam ettirmesi, kendini görmesi olarak tanımlar. Bkz. HAN, Byung-Chul, **İktidar Nedir?**, (Çev. Mustafa Özdemir), 1. Baskı, İnsan Yayınları, İstanbul, 2020, s. 24.

B. İktidar: Yıkım ve İnşa Arasındaki Salınım

İnsan; doğar, yaşar ve ölür. Bu zaman aralığında konjonktürel dalgalanmaların istikrarlı dönemlerindeyse toplumla arasında nasıl bir ilişkinin olduğuna dair herhangi bir sorgulamaya gitmeden yaşam idame ettirilebilir. Ancak kurgusal yaklaşımların aksine öyle “kurucu anlar” vardır ki -İstiklal Harbi, Ekim Devrimi, Fransız İhtilali, İngiliz İç Savaşı veya Amerikan Bağımsızlık Savaşı’nda olduğu gibi- insanlar tarihin bu istisnai duraklarında toplumsal devinime ve toplumun içerisinde bir özne olarak kendiliğine daha duyarlı hale gelir. Ackerman’ın “anayasa anı” (*constitutional moment*) olarak kavramsallaştırdığı bu duraklarda bir kısım insanlar dönemin yoğun eylemselliği içerisinde özgürlüğü duyumsar ve yaşamakta olan dünyayı daha yakından tetkik ederler.⁸¹ İngiliz İç Savaşında veya Moğol istilası sonrası Selçuklu Anadoluşunda görüldüğü üzere kurucu anlardaki insanlararası bu ortaklık, biraradalık hali, iletişim ve etkileşim ne denli güçlü ise iktidar da (anayasa hukukunda kurucu iktidar) o nisbette kuvvetli ve sonrasındaki istikrar/süreklilik dönemi bir o kadar uzundur. Toplumların insani varoluşu dair ürettikleri en derinlikli eserler bu dönemlere aittir zira insanın yurttaşlığın bu kuruluş evresinde kendine dair farkındalığı toplumda genele yayılarak yaratıcı bir devinime, yıkıma ve yeniden inşaya neden olur.⁸² Başka bir deyişle özün gürleşmesi toplumsallaşarak şiddetlenir ve yeni anlam kümeleri yaratır ki iktidarın kuruluş anları da böyle kümelere denk düşer.⁸³ Balibar’ın “*sadece hukuki bir metin anlamında değil kurucu tarihsel bir süreç ya da toplumsal ve kurumsal bir oluşum*” olarak tarif ettiği anayasaların amacı da “*siyasi eylemin taşıyıcısı olan yurttaşı oluşturmak/yetiştirmek ya da şekillendirmek*”tir.⁸⁴

İktidarın kuruluşu toplumların zamana yaygın siyasal bünyesini açıklamak için yeterli değildir. Nitekim kurucu anlar zamansal olarak uzun süreçlere yayılmazlar. Tarihin akışında kısa ancak etkili dönemlerdir. Kurucu anın uzun bir döneme yayılması hukukun askıda olduğu böyle dönemlerde eylemselliğin kendi kendisini yok etmesine neden olabilir. Hatırlanacak olursa eylemin en temel

⁸¹ ÖZBUDUN, Ergun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 30.

⁸² BALİBAR, *Yurttaşlık*, s. 51.

⁸³ Arendt, “başlangıca” yönelik iktidar değil her gelen yeni neslin içerisinde dahil olduğu otorite kavramına başvurur. Yazara göre; “*Geçmiş içinde sarsılmaz bir köşe taşı olarak “kuruluş eylemi”ne dayanmak suretiyle otorite, dünyaya -bildiğimiz en değişken ve nafile varlıklar olan- insanların ölümlü olmaktan dolayı ihtiyaç duydukları kalıcılığı ve sürekliliği kazandırmıştır.*” Bu iki kavram arasında yazarın tartışmaları için bkz. ARENDT, *Geçmişle Gelecek Arasında*, s. 132 vd.

⁸⁴ BALİBAR, *Yurttaşlık*, s. 24-25.

üç özelliği “sonuçlarının öngörülemezliği, sürecin geri döndürülemezliği ve faillerinin anonimliği” dir.⁸⁵ Geleceğin belirsizliği, bilinemezliği bile özünde eylemlerimizin belirsizliğini ima eder. Gelecek ne kadar belirsizse yaşamımızın da özgürlüğe ve eyleme o kadar açık olduğunu görürüz ancak eylemin bu öngörülemezliğinin bir süre sonra özgürlüğün kendi kendisini yok etmesinin önüne geçebilmek için anayasaya ve hukuka gereksinim duyarız.⁸⁶ Hukuk, kurucu an’da yoğunlaşan eylemlerimizin ortaya çıkaracağı kaos halini dizginlemek ve insanlık durumuna bir istikrar/süreklilik kazandırmak için vardır.⁸⁷

İktidar çoğunlukla “güç/kuvvet”, “otorite”, “şiddet”, “zor” gibi kavramlarla eşanlamlı yahut bu kavramların gölgesinde ele alınır. İtaat istenci, emir-komuta, boyun eğdirme, örgütlenme, mücadele vb. düşüncelerle zenginleştirilen bu iktidar tanımları çoğunlukla kuvvet veya gücün yanlış algılanış biçimleridir.⁸⁸ Halbuki iktidar, bünyesinde şiddet ve cebir unsurlarını barındırır da özünde insanların uyum içerisinde eyleme durumlarında ortaya çıkar. Tek bir kişi dahi olsa bir grup tarafından grubun adına eyleme kudretiyle donatıldığı durumlarda iktidarın varlığından bahsedebiliriz. İnsanlararası eylem uyumu, ortaklık, sözleşme ne kadar güçlü ise iktidar da o nisbette güçlüdür. Bu bakımdan iktidar “ötekinde bir kendiliğin devamlılığını” sağlar. “Özellik ve süreklilik ya da kendilik ve devamlılık” iktidarın iki temel yapısal momentidir.⁸⁹ Halkın, grubun veya toplumun ortadan kalktığı durumda iktidar da sönümlenir, aksi durumda iktidarın yüklenicisinin yokluğunda biraradalık hali kendi otantik iktidarını korumaya devam edecektir.⁹⁰

İktidar görünümünde ortaya çıkan güç odakları ise fiziki, ekonomik veya neoliberal dönemde olduğu gibi psikopolitik şiddete dayalı tahakküm biçimleridir ki bu durumda özgürlük gücü beslemek adına sürekli sömürülür. Örneğin, ideolojiler bazen güç odaklarına belirli bir anlam dünyasına sahip oldukları yanılsaması yaşatsa da bu siyasal biçimlerde gerçeklik perdelenmiştir. Marx’ın “yanlış bilinç” olarak özetlediği ideoloji “buğulu gözlükler arkasından dünyayı algılamak” veya “insanın sosyal yapı içinde bulunduğu özel yerinin yarattığı görüş açısının yanlışlığına yol açan yönüdür.”⁹¹ Hakikat olduğu iddiasıyla ortaya

⁸⁵ ARENDT, **İnsanlık Durumu**, s. 319.

⁸⁶ ÖZBUDUN, s. 33-34.

⁸⁷ SHKLAR, s. 118.

⁸⁸ İktidarı bu kavramlarla tanımlayan yazarlardan örnekler için bkz. ARENDT, Hannah, **Şiddet Üzerine**, (Çev. Bülent Peker), 10. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021, s. 45 vd.

⁸⁹ HAN, **İktidar Nedir?**, s. 89.

⁹⁰ ARENDT, **Şiddet Üzerine**, s. 54-55.

⁹¹ MARDİN, Şerif, **İdeoloji**, 19. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s. 34, 40.

çıkan ütöpik bir yanlış bilinç doğal bir ortaklık tesis edemediği içindir ki dayatmacı/jakoben olmaya daima eğilimlidir.⁹² Dayatmacılık “bilinç’ten sosyal yaşamı çıkarmaya” çalışmanın bir neticesidir.⁹³ Zaten bu nedenle ideolojik yönetimler insanlara karşı olan güvensizlikleri nedeniyle siyasal konularda fiziki şiddete sıkça başvuran dayatmacı rejimler olagelmışlerdir.

Balibar, iktidarın yapmış olduğumuz kavramsal incelemesine paralel olarak yurttaşlığın doğasında bulunan çatışma halinin “*her zaman yıkma ve yeniden inşa arasında*” salınma neden olduğunu, dolayısıyla kamusal alanda *statu quo* diye bir şeye imkan vermediğini ifade eder.⁹⁴ Patocka’ya göre de;

*“Polis’in ruhu uyumsuzluktaki, çatışmadaki birlik ruhudur. Yurttaş olmak - polites- birilerinin diğerlerine karşı olduğu bir birlikte mümkündür. Bu uyumsuzluk gerilim yaratır ve kent yaşamının muhtevasını ortaya koyar. Yurttaşların karşılıklı olarak birbirlerine sundukları ve birbirlerini görmezden geldikleri, eylemleri için kendilerine destek olacak ve uğruna mücadeleye edecekleri özgürlük mekanına şekil verir.”*⁹⁵

Bizzat yurttaşların rızalarıyla ortaya çıksa bile temsiliyet tâli olacağı için anayasal kurumlara olan güvensizlik, çatışma, eleştiri ve sorgulama yurttaşlığın doğasında bulunur.⁹⁶ Habermas’a göre “*Hukuk devletinin kurumlarında yanılabilir akla ve insanın bozulabilecek özellikteki doğasına karşı güvensizlik vardır.*”⁹⁷ Halk bütün erklerin kendi vekaletleri ile iş yaptığının ve müvekkil sıfatı ile kendi işlerini daima denetlemek hak ve yetkisine sahip olduğu bilincindedir. Esasında anayasal kurumlar kendilerine olan güvensizliği ne kadar sağduyuyla soğutabilirse alacakları kararlarda meşruiyetlerini o denli güçlendirmiş olacaklardır. Zira pozitif hukuka dayanmasa bile topluluğun yurttaşlarınca benimsenmiş temel anayasal mimariyi yaratmak uzun vadeli ve inişleri, çıkışları, geri çekilmeleri, direnişleri, zaferleri ve yenilgileri içerisinde barındıran dalgalı bir tarihsel sürecin sonunda şekillenir.⁹⁸

⁹² MARDİN, **İdeoloji**, s. 24.

⁹³ MARDİN, **İdeoloji**, s. 32.

⁹⁴ BALİBAR, **Yurttaşlık**, s. 139.

⁹⁵ PATOCKA, **Heretical Essays in the Philosophy of History**, s. 78; ŞAN, s. 20.

⁹⁶ BALİBAR, **Yurttaşlık**, s. 46, 49.

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen, “Sivil İtaatsizlik: Demokratik Hukuk Devletinin Denek Taşı. Almanya’da Otoriter Legalizm Karşıtlığı”, **Kamu Vicdanına Çağrı - Sivil İtaatsizlik** içinde, (Çev. Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2021, s. 138.

⁹⁸ HABERMAS, **Sivil İtaatsizlik: Demokratik Hukuk Devletinin Denek Taşı. Almanya’da Otoriter Legalizm Karşıtlığı**, s. 139.

Bilhassa cumhuriyet rejiminde iktidar meşruiyetini bilfiil sürekli meşrulaştırma ihtiyacı içindedir. Bu bakımdan Arendt'in iktidar ve meşruiyete yönelik;

“İktidar, tam da siyasal toplulukların varoluşuna içkin olduğundan dolayı hiçbir haklılaştırmaya ihtiyaç duymaz. Ama yaptığı şey meşrulaştırmaya muhtaçtır. (...) İnsanlar nerede biraraya gelip uyum içinde eylemde bulunsalar, orada iktidar ortaya çıkar. Ama iktidar, meşruiyetini bu biraraya gelişin doğuracağı eylemden değil, başlangıçtaki bu biraraya gelişin kendisinden alır. Meşruiyet, sorgulandığında temelini geçmişe oturtur. Haklılaştırma ya da gerekçelendirme edimiye, gelecekte yatan bir ereğe ilişkindir.”⁹⁹

sözlerine gerekçelendirme ve meşruiyet arasında bir ayırım yaparak meşruiyeti yalnızca iktidarın kuruluşunda görmesine katılmıyorum. Ayrıca yazarın “başlangıçtaki bir araya gelişe” ilişkin iktidar ve otorite kavramlarını farklı tanımlarla aynı bağlamda kullandığının ve dolayısıyla kavramsal tutarsızlığın altını çizmeliyiz.¹⁰⁰ En azından teorik olarak, bir cumhuriyette iktidar, her eyleminde rıza üretme kapasitesini salt temsilin ötesine geçerek elde etmek zorundadır. Başka bir ifadeyle iktidar, hem usuli süreçlerle varlığını meşrulaştırmak hem de eyleminin esasına girerek onu halkın karşısında gerekçelendirmek zorundadır. Bu sürecin zorluğu nedeniyle çatışma yurttaşlar arasında olağan olduğu gibi zaman zaman görülen siyasi krizler de cumhuriyet rejiminin doğasında bulunur.¹⁰¹ Kriz, sorunların katılaştığı anlarda ortaya çıkar ki cumhuriyet açısından krizin kendisi değil onun nasıl çözümlendiği önem taşır. İnsanlararası ortaklık ihlal edilmeden aşılabilen krizler daima “dinamik dengenin” imkanının koşuludur.¹⁰² Öte yandan sorunların krize dönüşmeden yüzdürülmesi ise yurttaşlara doğru yaygın bir yozlaşmayı besleyecektir.

C. Anayasacılık: Kamusal Alan İnşası

Modern anlamıyla kamusal alan, kapitalizmin merkantilist aşamasında Antikitede hanenin özel alanında kalan iktisadi etkinliğin toplumsallaşmasıyla görünür hale geldi. Bir yandan evin yerini ticari işletme pratiklerine göre işleyen pazar almıştı. Diğer yandan ise kamu erki, toplumun özel alanı olarak görülen iktisadi etkinliği düzenlemek ve teşvik etmek gibi asli bir fonksiyonu üstlenirken aynı zamanda temsiliyetçi saray rejiminden meşru güç kullanımı tekeliyle dona-

⁹⁹ ARENDT, *Şiddet Üzerine*, s. 62.

¹⁰⁰ Bu konuda 84. dipnota bkz.

¹⁰¹ BALİBAR, *Yurttaşlık*, s. 36.

¹⁰² BALİBAR, *Yurttaşlık*, s. 30.

tılmış bir aygıt dönüşüyordu.¹⁰³ Bu süreçte kamu erkinin karşısında kendi iç siyasal dinamikleri olan ve iktidara meşruiyet kazandırdığı savını tartışan kamusal topluluk olarak “kentlerin havasını özgürleştiren” burjuva kamuoyu ortaya çıkmıştı.¹⁰⁴ Basının da gelişmesiyle birlikte kamuoyu (şehir, salon veya kahvehanelerin etrafında) kendisini kamu erkinden kopararak onu kendi nezdinde meşruiyet kazanmaya zorlayan yargılayıcı ve hüküm verici bir kamusalığın da öznesi haline gelmiştir.¹⁰⁵ Sanat eleştirisinden siyasal değerlendirmelere kadar geniş bir yelpazede fikir beyan eden yurttaşlar ile birlikte artık “doğru yargıya ancak tartışma içinde varılabileceği için, hakikat bir süreç olarak tezahür eder - bir Aydınlanma süreci olarak.”¹⁰⁶

Polis, bir toplum yahut devlet değil her bireyin kendini bağlı hissettiği siyasi ortaklıktır.¹⁰⁷ Bu doğrultuda iki farklı anayasacılık biçimiyle karşılaşırız: *Polis*'te esas olanın vatandaşların siyasal hak ve ödevleri doğrultusunda hareket etmesi iken modern burjuva kamusalığında temel amacın mal dolaşımını, ticareti emniyete almak için sivil toplumun düzenlenmesi olduğu gözden kaçırılmamalıdır.¹⁰⁸ Dolayısıyla neoliberal dönemde de yansımalarını gördüğümüz bu kamusalık biçiminin klasik liberal dönemde esas amacı, fonksiyonları düzenleme ve denetlemeyle sınırlı bir kamusal erke karşı toplumsal alanın özelleşmesi ve bu alanda sivil toplumun ticari gerekler doğrultusunda şekillendirilmesidir. 18. yüzyılda anayasacılık hareketlerinin ortaya çıkışı veya 19. yüzyılda kanunların artık soyut ve genel niteliğe bürünerek kodifiye edilmesi uğraşları da aynı amacın sonuçları arasındadır.

Klasik liberal dönemde her şeye rağmen bir kamusal alandan bahsedilebilir ki 19. yüzyılda basın yaygın kullanımının da etkisiyle emeğin siyasallaşması bu sayede gerçekleşmiştir. Ancak neoliberalizm bireyler üzerindeki kendine özgü davranış yönetimi ve soyut sömürü biçimleriyle bu kamusalığın zeminini önemli ölçüde yok etti. Bu sebeple neoliberalizmin tahakküm biçimlerine karşı bireysel ve toplumsal öfke siyasallaşamadan sönük etkilerle ortadan kaybolmaktadır. Örneğin; 20. yüzyılda refah devleti yaklaşımıyla birlikte yükselen kitle demokrasilerinde neden liberal/burjuva hukuk devletindeki kamusal akıl yürütmenin de göre-

¹⁰³ HABERMAS, *Kamusalığın Yapısal Dönüşümü*, s. 80.

¹⁰⁴ OKTAY, s. 109; HABERMAS, *Kamusalığın Yapısal Dönüşümü*, s. 87.

¹⁰⁵ BALİBAR, *Yurttaşlık*, s. 55; Habermas, *Kamusalığın Yapısal Dönüşümü*, s. 90.

¹⁰⁶ HABERMAS, *Kamusalığın Yapısal Dönüşümü*, s. 113.

¹⁰⁷ BALİBAR, *Yurttaşlık*, s. 24.

¹⁰⁸ HABERMAS, *Kamusalığın Yapısal Dönüşümü*, s. 127.

celi olarak sürekli zayıfladığını sorgulayabiliriz.¹⁰⁹ Bauman, refah devleti uygulamalarının Sosyalist bloğa karşı toplumsal muhalefeti azaltmak yanında;

“(...) bir yandan kişisel kazanç arayışının toplumsal bedelini kolektif bir şekilde ödemenin yoluyken, (örneğin kaybedenlerin mustarip olduğu hasarı hafifletmek), diğer yandan en başından beri tüm efendisizleri yani ne efendi ne de efendinin kölesi olan insanları, kendi eylemlerini yönlendirme ya da zaten doğru yönlendirilmiş eylemlere sahip olma konusunda güvenilmeyecek insanları kontrol altında tutmanın bir yöntemi,”

olduğuna işaret etmektedir.¹¹⁰ Elbette bu durum refaha erişmekle sınırlı görülen özgürlüğün aksine bağımlılıkların kurumsallaşması ile sonuçlanmıştır.¹¹¹ *“Artık devrimden korkan kapitalistler değil, işsizlikten ve göçmenlerin rekabetsinden korkan işçilerdir.”*¹¹² Bu süreçte özgürlük adına sorulması gereken soru, sol siyasal hareketler “emeğin kurtuluşu” ülküsü etrafında birleşirken neden hiç kimsenin “emekten kurtuluşu” konu edinmediğidir?¹¹³ Bu soruyla birlikte artık Arendt’in özgürleşme ile özgürlüğün kurulması arasında gördüğü farklılığın anlamını daha iyi kavrayabiliriz.

Özgürleşme bir ekmek kavgasıdır, ân’a ilişkindir, haklı olmakla birlikte yıkıcıdır; özgürlüğün kurulması ise anayasacılık perspektifinde olduğu gibi geleceğe yöneliktir, istikrarı hedefler ve yapıcıdır. Dolayısıyla siyasal toplumlarda hukuka rağmen özgürlük düşüncesi imkan dahilinde değildir. Günümüzde eşitsizlikler, zorunluluklar, bağımlılıklar, adaletsizlikler yakıcı bir şekilde hissedilse de bu krizler siyasetin siyasal içerikten arındırılarak iktisadileşmesi nedeniyle aynı ölçüde şiddetlenmiştir. Washington Konsensüsü’ne dayanan refah, kalkınma veya büyüme için hukuk/özgürlük kurumlarının güçlü olması gerektiği şeklindeki neo-liberal sav karşısında Çin gibi otoriter kalkınma modelleri bu noktada aynı içeriğe sahiptir: hukukun iktisadi amaçlarla araçsallaştırılması.¹¹⁴ Bu bakımdan siyasetin ekonomik zorunluluklara indirgenmesi siyasetin kendisi dışında bir temele dayandırılması dolayısıyla bizatihi bir kriz halidir.¹¹⁵ Hırs gibi

¹⁰⁹ Kamusal topluluk ile kitle arasındaki farklılıkların mukayyesesi için bkz. HABERMAS, **Kamusalın Yapısal Dönüşümü**, s. 396 vd.

¹¹⁰ BAUMAN, **Özgürlük**, s. 93.

¹¹¹ BALİBAR, **Yurttaşlık**, s. 63.

¹¹² BALİBAR, **Yurttaşlık**, s. 69.

¹¹³ HAN, **Psikopolitika**, s. 58.

¹¹⁴ Neoliberal iktisadın araçsal hukuk yaklaşımını anlamak açısından en başat eser olarak bkz. ACEMOĞLU, Daron / ROBINSON, J. A., **Ulusların Düşüşü**, (Çev. Solina Silahlı), Doğan Kitap, İstanbul, 2022.

¹¹⁵ ŞAN, s. 22-23.

insan doğasının uzlaşmaya tehlike teşkil en yıkıcı arzuları serbest bırakıldığında artık anayasal olanın yerini şiddete bırakması kaçınılmazdır.

Özgürlüğün kurulması perspektifinden anayasa/kuruluş yapısı; “*siyasi görevden inşasına, kısımlarının bir araya toplanmasına ve birliğin ya da kamu menfaatinin kurumsal üretimine vurgu yapar.*”¹¹⁶ Özbudun bu yaklaşımı somutlaştırarak, modern anayasacılığın üç temel niteliğinin devletin yetkilerinin sınırlandırılması, hukuk devletine bağlılık ve temel hakların korunması olduğunu ifade eder.¹¹⁷ Ancak kamusal alanın inşası yalnızca hukuk devleti güvenceleri ile değil bunun yanında “kültürel geleneklerin ve toplumsallaşma kalıplarının müsait olmasına” ve en önemlisi “özgürlüğe alışık bir halkın siyasal kültürüne” ihtiyaç duyar.¹¹⁸ Gelenek, teamül yahut siyasal kültür, nasıl ifade edersek edelim bu kavramların tamamı esasında kurucu anlarda ortaya çıkan ortaklık/sözleşme ruhunun ne kadar güçlü olduğuyla ilgilidir. Yurttaşlık ve cumhuriyet kültürü hiçbir topluma dışarıdan ithal edilemez, özellikle kurucu anlarda toplumun içerisinde yurttaşlık edimleri bizzat yaratılır.¹¹⁹ Tarihçi Hukuk Okulu’nun kodifikasyon çalışmalarına gösterdiği direnç de bir parça hukukun yaşamın içerisinde üretildiğine yönelik bu tarihsel tecrübeye ilişkindir. Savigny’ye göre hukukun politik ve teknik olmak üzere iki veçhesi bulunur ve bizim de ilgilendiğimiz politik açıdan, “*Hukuk; toplumun gelişmesiyle gelişir ve onun güçlenmesiyle güçlenir ve nihayet toplumun karakterini kaybetmesiyle yok olur.*”¹²⁰ Bu açıdan yazılı veya yazılı olmayan farketmeksizin anayasada, şayet gerçek anlamıyla bir uzlaşının ürünü ise kamu erkinden bağımsız olarak iktidar, bilfiil yurttaşların elinde ve yaşamın içerisinde olmaya devam edecektir. Zira özgür bir cumhuriyetin yurttaşları cumhuriyetçi düzenin dayandığı ve ethosunun emrettiği gayri resmi ilişki ağına dahil olurlar.¹²¹ Uyanık bir kamuoyu bir grubun erdemine bel bağlamadan yahut mesihi veya kamusal bir suistimal anında hükümet yetkililerinin harekete geçmesini beklemekten inisiyatif alır.¹²² Kamusal olaylara karşı tavır almak iyi bir insan olmanın değil iyi bir vatandaş olmanın gerekliliğidir. İyi insanlar tahakküme ortak olmakla iyi olma vasıflarını koruyabilirler ancak iyi vatandaşlık diğerleri ile arala-

¹¹⁶ BALİBAR, *Yurttaşlık*, s. 20.

¹¹⁷ ÖZBUDUN, s. 55.

¹¹⁸ HABERMAS, *Kamusal Hükümün Yapısal Dönüşümü*, s. 51; OKTAY, s. 111 vd.

¹¹⁹ BALİBAR, *Yurttaşlık*, s. 143.

¹²⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine*, (Çev. Kasım Akbaş), 1. Baskı, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 43-44.

¹²¹ OKTAY, s. 67.

¹²² RUSSELL, Bertand, *İktidar*, (Çev. Mete Ergin), 1. Baskı, Cem Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 100; SHKLAR, s. 66.

rında kurulan ortaklığı daima korumak mecburiyeti altındadır. Arendt'in ifadesiyle, “İyi yurttaşın daima göz önünde durması gerekir.”¹²³

İyi yurttaş yaklaşımını salt teorik olmaktan çıkarmak için başvurmamız gereken en önemli kavram İngiliz cumhuriyetçi Harrington'un “mülkiyet dengesi”dir.¹²⁴ Mülkiyet dengesi, bir toplumun kamusallığını yahut anayasal mimarisini araştırırken başvurulması gereken mihenk taşıdır. Anayasal mimari büyük ölçüde mülkiyetin dağılımına göre şekillenir. Aksi bir durum anayasal krizler doğurur ki bu krizler ya mülkiyetin ya da iktidarın transferiyle nihayetlenir. Bu bakımdan toplumsal uzlaşının, sözleşmenin, ortaklığın yatay düzeyde genişlemesi mülkiyetin tabana yayılması ile yakından irtibatlıdır.¹²⁵ Türkiye'nin kuruluşunda aşar vergisinin kaldırılması veya arazi reformu çabaları yahut Amerika'nın kuruluşunda aristokratik mülkiyetin büyük ölçüde tasfiye edilerek toprakların çiftçiler arasında paylaşılmasının nedeni de budur.¹²⁶ Günümüzde ise gelir eşitsizliğinin mülkiyet dengesinde yarattığı sarsılma, iktidar ile yurttaşlar arasındaki güç mesafesini artırmıştır. Başka bir ifadeyle mülksüzleşme yurttaşların kamusal alana çıkışını sekteye uğratmaktadır. Yurttaşlık kelimesinin hem toprakta hem de toplumda yer yurt sahibi olmak, yerleşmek, kök salmak, görünür olmak olduğu düşünülürse mülkiyet dengesinin bir azınlık lehine bozulması halinde neden anayasal mimarinin tüm toplumu çatısı altına alamadığı daha iyi anlaşılabilir.¹²⁷ Sonuç olarak geniş kitleler açısından “kişinin sözünün işitilebileceği ve eyleminin görülebileceği politik bir topluluğa veya ilişkiler ağına dahil olma hakkı” olarak tanımlanan “haklara sahip olma hakkının”; başka bir ifadeyle yurttaş kimliğinin ve kamusal zeminin çöküşüyle karşı karşıyayız.¹²⁸ Artık sayıları giderek artan kimi insanlar “topluma ait olmaksızın toplumun içerisinde dedirler.”¹²⁹ Şu durumda ihtiyacımız olan anayasacılığın tamiri ve kamusal alanların yeniden inşasıdır. Bu bakımdan öncelikle sosyal hakların yer aldığı anayasalarda, anayasal toplumun geleceği için ilgili hükümlerin programatik değil normatif olarak algılanması gerektiğini düşünüyorum.

¹²³ SHKLAR, s. 68; ARENDT, *Sivil İtaatsizlik*, s. 96.

¹²⁴ HILL, Christopher, *İngiltere'de Devrim Çağı - 1603-1714*, (Çev. Uygur Kocabaşoğlu), İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 228-229.

¹²⁵ BALİBAR, *Yurttaşlık*, s. 33.

¹²⁶ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. BOZOKLU, 144 vd.

¹²⁷ BALİBAR, *Yurttaşlık*, s. 83.

¹²⁸ ARENDT, Hannah, *Totalitarizmin Kaynakları 2 - Emperyalizm*, (Çev. Bahadır Sina Şener), 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 304 vd.

¹²⁹ RANCIERE, Jacques, *Uyuşmazlık-Politika ve Felsefe*, (Çev. Hakkı Hünler), Ara-lık Yayınları, İstanbul, 2006, s. 157.

IV. TÜRKİYE’NİN ÇIKMAZLARI

Ülkemiz birey, toplum ve devlet düzeyinde birkaç yüzyılı aşkın modernleşme tecrübesi ile birlikte biçimsel olarak modern kurumları ihdas etmiş ve toplumun önemli bir kısmı tarafından da bu dönüşüm içselleştirilmiş durumdadır. Öte yandan kültürel düzeyde kendine özgü bir seyir izleyen Türkiye’de biçimsel dönüşüm toplumun özüne tam anlamıyla yerleşemediği için “yaralı bilinç” hali beraberinde getirdiği yozlaşma, çatışma, kutuplaşma, bunalım, iletişimsizlik, umutsuzluk veya özgürlük arayışı ile birlikte kronik bir rahatsızlık gibi durmadan nüksetmektedir.¹³⁰

Her ne kadar adli asayiş olarak olağandışı bir kargaşa görülmesi de bu kronik siyasal -aktüel siyasi gelişmeler kastedilmiyor- huzursuzluğun kökenlerini araştıran Önderman, Türk toplumunda “paranoid” kültürün hakim olduğunu ve kavramın psikoloji disiplinindeki içeriğini kendi ölçüğünde sosyolojiye uyarlayarak bu kültürün temel özelliğinin “belirli bir tür insani yaşantıyı büyüteç altına koymak” olduğunu ifade eder.¹³¹ Yazara göre paranoid ethosun kültürel, toplumsal, bireysel/davranışsal ve siyasal olmak üzere dört boyutu olmakla birlikte kültürel kodlar diğer boyutlara da sirayet ederek insani olan tüm alana yayılır. Paranoya kültürel açıdan; otoriter zihniyeti, onun ayırt edici özelliğini oluşturan dogmatizmi (toleranssız davranış eğilimini), kültürün çift değerliliği tanımamasını (ortak sadakat nesnelere ilişkin kültürel idealleştirmeleri), şeref kültürünü, kolektivizmi ve onun bir işlevi olan tekilciliği (bireycilik değil- kolektivist toplumlarda etkili olan bir eğilim) içerir. Paronid kültür, toplumsal açıdan yüksek sosyal güvensizliği/kuşkuculuğu; bireysel/davranışsal açıdan misillemeciliği, savunmacılığı, utanç reflekslerini; ve en önemlisi siyasal bakımdan ise yalıtılmış devleti, güçlü siyasal retorığı, iktidarın şiddet ve güç ile olan yakın ilişkisini, kuşatıcı ideolojilere olan ihtiyacı ve siyasal toplum ile birey arasındaki güç mesafesini beraberinde getirir.¹³² Oldukça kapsamlı ve ayrıntılı olan bu incelemenin özünde tek bir şeye işaret ettiğini düşünüyorum: *ben’lik/kim’lik/kendi’lik* inşasına yönelik ortaklığın/sözleşmenin yokluğu.

Hep söylenile geldiği gibi modernleşme çabalarımız büyük ölçüde jakoben bir anlayışla ilerlemiştir. Bu bakımdan meşrutiyet, anayasa, cumhuriyet, laiklik, hukuk devleti vb. kurumlar toplumsal tabana yaygın bir ortaklığın ürünü olmak-

¹³⁰ “Yaralı bilinç” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SHAYEGAN, Dariush, **Yaralı Bilinç**, (Çev. Haldun Bayrı), 6. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2020.

¹³¹ ÖNDERMAN, Murat, **Türkiye’de Paranoid Ethos**, 2. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, s. 278.

¹³² ÖNDERMAN, s. 71-72.

tan daha çok ülkenin merkezinde yer alan az sayıda eğitilmiş aydın, asker ve bürokrat kadrosunun talepleri ve mücadeleleri sonucunda inşa edilmiştir.¹³³ Batı’da Aydınlanmayla birlikte basın, üniversite ve sivil eğitim kurumlarının ortaya çıkardığı kamuoyunun aksine Türkiye’de, ulemanın bilginin toplumsallaşması konusundaki kıskançlığı yalnızca merkezde görülen basın hareketliliği ile birlikte sınırlı sayıda laik insanın toplumsal devinime katılmasına, geniş kesimlerin ise geleneksel durgunluğu sürdürmesine neden olmuştur.¹³⁴ Burada gerçek bir ortaklık zemini olarak İstiklal Harbi yıllarının istisnai konumunu da vurgulamalıyız ki Birinci Meclis tam olarak bu yılların ürünüdür.¹³⁵ Sonrasında kurucu iradenin kamusal alanı askeri-bürokratik bir elitizme doğru daralttığını biliyoruz ancak burada yurttaşlığın kuruluşuna yönelik cumhuriyetçi atılımlara toplumun iştirak etmek için ne kadar hazır olduğu konusunda kurucu elitlerle aynı tereddütleri paylaştığımı belirtmeliyim.

Paranoid kültür, büyük ölçüde Mardin’in çevrenin merkeze hareketi olarak tanımladığı Demokrat Parti iktidarında görülmeye başlanmıştır ki gelecek on yıllarda köyden kente göçle birlikte bünyesinde modern toplumdan kaçış adaları olarak cemaatler, tarikatlar, milliyetçi-muhafazakar dernekler, sol sendikalar, örgütler veya dergiler gibi unsurları barındıran çevre kültürün başta yargı ve ordu olmak üzere merkezi kurumlarla karşılaştığında bir çeşit şok hali yaşadığını görürüz.¹³⁶ Bu şok haliyle birlikte yurttaşlığın doğasında bulunan çatışmadan daha çok yoksulluk şartlarının da etkisiyle öfke kamusal alanı işgal etmiştir.¹³⁷ Bugüne kadar Türkiye’de çatışma nihayetinde uzlaşıya ulaşma ve insanların kendi aralarında müşterek bir hukuk tesis etmeye yönelik biraradalık halini yansıtmaz. Zira Önderman’ın da vurguladığı gibi “*her iki kesimde yer alan kişiler de birbirlerini en azından ahlaki bir emsal veya aynı ahlaki kategorinin içinde konumlanan bir özne olarak*” görmemektedir.¹³⁸ Başka bir ifadeyle kimse kültürel noktada hukuka göre bireysel yahut toplumsal davranışlarını düzenlememek-

¹³³ TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 32. Baskı, YKY Yayınları, İstanbul, 2020, s. 122 vd.; ZURCHER, Erik Jan, **Modernleşen Türkiye’nin Tarihi**, (Çev. Yasemin Saner), 32. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 107 vd.; AHMAD, Feroz, **Bir Kimlik Peşinde Türkiye**, (Çev. Sedat Cem Karadeli), 6. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019, s. 38 vd.

¹³⁴ MARDİN, Şerif, **Türkiye’de Toplum ve Siyaset**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1990, s. 44-45; MARDİN, Şerif, **Türkiye’de Din ve Siyaset**, 20. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 56.

¹³⁵ TANÖR, s. 232.

¹³⁶ Bu konuda geniş tartışmalar için bkz. TUNCEL, Gökhan / GÜNDOĞMUŞ, Bekir, “Türkiye Siyasetinde Merkez-Çevrenin Dönüşümü ve Geleneksel Merkezin Konumlanma Sorunu”, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 2012, S. 14, C. 3, ss. 137-158; ZURCHER, s. 323.

¹³⁷ ZURCHER, s. 303 vd.

¹³⁸ ÖNDERMAN, s. 245.

tedir. Toplum da, kendi karmaşasının farkında olduğu için çatışmayı yatıştırarak yalıtılmış, otoriter bir devlete ve kesinlik, belirlilik hissi veren kapsayıcı ideolojilere ihtiyaç duymaktadır.¹³⁹ Bu bakımdan uzun bir zaman boyunca aktüel politik alan çevre kültürün merkezi kurumlarla rekabetine sahne olmuştur ancak ordu, askeri müdahaleler yoluyla bu rekabetin kontrolden çıkmasına izin vermemiştir. 2000’li yılların neoliberal çalkantılarına kadar bu çalışmanın kapsamını aşacak ölçüde geniş parametreleri olan bir merkez-çevre çatışması yaşanmış; toplum kimlik çatışması nedeniyle bir ortaklık zeminine yerleşerek kendi otantik iktidarını ortaya çıkarmadan iktidar “kurucu anın” mimarlarında kalmaya devam etmiştir.¹⁴⁰ Cumhuriyetçi yurttaş kimliğinin, liyakate olan vurgusu nedeniyle demokrasiyi dışlayabileceğini söyleyen Balibar’ın yaklaşımı, elitist merkezi unsurlardaki anti-demokratik eğilimleri ve kitleye olan güvensizliği açıklamaya kısmen elverişlidir.¹⁴¹

Buraya kadar Türkiye’nin anayasal mimarisini anlamaya çalışırken büyük ölçüde kültürel ve sosyolojik bakış açısına yer verdik. Ancak Türkiye’nin küresel gelişmelerle olan yakın ilişkisini göz önüne aldığımızda bilhassa kapitalizmin yaşadığı kırılımların ülkemizde de önemli etkilerinin olduğu yadsınamaz. Örneğin, 1961 Anayasasının çoğulcu kimliği ve sosyal hükümleri küresel olarak yaygın olan demokratikleşme dalgasının, kitle demokrasilerinin ve refah devleti yaklaşımının etkisi altındadır.¹⁴² Aynı şekilde 1982 Anayasası da neoliberal iktisat politikalarının uzantısı niteliğinde radikal bir değişimin öncüsü olmuştur.¹⁴³ 2000’li yıllarda yapılan anayasa değişiklikleri ile birlikte neoliberal dönüşüm kamu erkinin farklı veçhelerinde büyük ölçüde gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla bireyin girişimci özne haline gelmesi, toplumun iktisadileşmesi ve devletin araçsallaştırılması gibi ölçütler açısından Türkiye de küresel değişimle uyum içerisindedir ve bu değişimin doğurduğu krizlerle yüzleşmektedir.¹⁴⁴ Doğası itibarıyla toplumsal bir uzlaşının, dengenin ve buna uygun oluşturulacak mimarinin ürünü olması gereken anayasalar görüleceği üzere büyük ölçüde küresel kırılımlara müteakip olarak mühendislik çalışması şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu nedenle Türk toplumu, siyasi ve toplumsal hak ve yükümlülüklerini anayasa ile

¹³⁹ ÖNDERMAN, s. 341.

¹⁴⁰ ÖZBUDUN, s. 107-108.

¹⁴¹ BALİBAR, *Yurttaşlık*, s. 56.

¹⁴² PAMUK, Şevket, *Türkiye’nin 200 Yıllık İktisadi Tarihi*, 11. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020, s. 250, 263-264.

¹⁴³ BORATAV, Korkut, *Türkiye İktisat Tarihi: 1908-2015*, 23. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2018, s. 164-167.

¹⁴⁴ PAMUK, s. 310-312.

değil kimlik veya ideoloji gibi bulanık kavramlarla irtibatlandırmaktadır. Hukuki değil ahlaki normlar dahi aidiyet duyulan gruptan kaynaklanmakta ve ahlak, tekilci bir anlayışla grup içi iletişimlerle sınırlı tutulmaktadır.¹⁴⁵ Sonuç olarak birey hem mülkiyet dengesinde son dönemdeki olağanüstü bozulma nedeniyle yaşamın içerisine kök salınamamakta hem de bu durumun yarattığı teslimiyet psikolojisinin etkisiyle varoluşunu gerçekliğin arkasına saklı olan farklı aidiyetlerde aramaktadır.¹⁴⁶ Sıkışmanın bu iki hali Türkiye’de de neoliberal bireyin yaşadığı depresyon ve umutsuzluğu artırırken hukuki müştereklerin inşasını dahi artık gündem olmaktan çıkarmaktadır. Norm-al olan davranış biçiminin bu olduğu bir toplumsal zemin içerisinde basit fakat ürkütücü gerçeklik, *“hukuki ve sosyal keyfîlik dönemlerinde insanlarda, normal zamanlarda belki hayal ettikleri ancak gerçekleştirmeyi ciddi bir biçimde düşünmedikleri aşırı”*lıkları ortaya çıkarma potansiyelidir.¹⁴⁷

Türkiye’de kendi kendini besleyen bu çatışma, uzlaşmazlığın büyüklüğüyle doğru orantılı olarak toplumun kendi kendisini tüketmesine neden olmakta ve kamusal alanı da sürekli yıpratmaktadır. Karşı karşıya olduğumuz tablo Balkin’in ortaya attığı *“anayasal çürüme”* halinin gerçek bir örneğini teşkil etmektedir. Yazara göre anayasal krizler bütün anayasal yönetimlerde görülebilir ancak anayasal çürüme demokratik cumhuriyetlere özgü bir durumdur.¹⁴⁸ Anayasal çürüme dört temel faktörün birleştiği anlarda söz konusudur: başta hükümetler olmak üzere kamusal kurumlara karşı güvenin zayıflaması, toplumsal kutuplaşma, ekonomik eşitsizlik ve karar alıcılara olan inancı zedeleyen siyasi hezimetler.¹⁴⁹ Mülkiyet dengesindeki bozulma olarak ifade ettiğimiz ekonomik eşitsizlikler kutuplaşmayı artırmakta ve kutuplaşma da sembolik imgeler üzerinden kazanımlı olmayan kavgalara neden olmaktadır. Bu durum toplumda oligarşiyi büyüttüğü gibi bireylerde kamuya olan inancı zedelemekte ve devletin kendi üzerinde durduğu zemini kayganlaştırmaktadır.¹⁵⁰ Sonuç olarak sistem hem daha az cumhuriyetçi hale gelir zira *“temsilciler artık kamu iyiliğini gerçekleştirmeye bağlı değildirler; onun yerine, kendilerini iktidarda tutmaya ve nispeten küçük bir güçlü bireyler ve gruplar dizini memnun etmeye çalışırlar”* hem de daha az

¹⁴⁵ ÖNDERMAN, s. 200 vd.

¹⁴⁶ PAMUK, s. 315.

¹⁴⁷ ARENDT, *Sivil İtaatsizlik*, s. 100.

¹⁴⁸ BALKİN, J. M., “Constitutional Crisis and Constitutional Rot”, *Maryland Law Review*, 2017, S. 77, C. 1, s. 150.

¹⁴⁹ BALKİN, s. 152.

¹⁵⁰ BALKİN, s. 153.

demokratik hale gelir çünkü *“iktidar, toplumun görüşlerine ve iradesine karşı daha az duyarlı hale gelir.”*¹⁵¹

Ülkemizde anayasal çürüme ilerdikçe artık bireylerin kamusal hayatı görüş açısı kırık bir gözlük camından bakmakla eşdeğer olacak ve kamusal iyi adına atılan en ahlaki adımlar dahi kırılarak topluma yansiyacaktır. Öte yandan şu an için sözleşme/ortaklık adına kurucu an'ın gelmesini beklemek mesiyantik de bir düşünce gibi geliyor. Öncelikle yurttaş kimliğini kavramsal düzeyde yeniden inşa etmeli, kamusal alana ve eylem etkinliğine nefes aldırarak farklı sivil inisiyatiflere yönelmeli ve en önemlisi bütün bu uğraşların istikrarı ve güvenliği için kurumsal kapasitemizi yükseltmeliyiz. Türkiye için eylemin ve özgürlüğün imkanlarını konuşmak için başlangıç burası gibi gözüküyor. Aksi takdirde McWilliams'ın uyardığı gibi:

*“Kurumların iflas ettiği yerde, politik toplumun devamı insanların iradelelerine kalır; ama insanlar rüzgarda sallanan cılız kamışlar gibidirler, kötülükler -eğer kendileri yapmıyorsa- en azından rıza göstermeye eğilimlidirler.”*¹⁵²

SONUÇ

Mutlak özgürlük tanrısal bir olgudur. İnsani düzlemde ise özgürlüğün yegane imkanı eylem etkinliğinde gerçekleşir. Eylem, insani varoluşu duyumsayabileceğimiz toplumsal biraradalık halini gerektirir ki ancak bu sayede eyleyerek sonsuz sayıda insani hikayeye dahil olur ve kendi hikayemizi var ederiz. Bir hikayemizin olabilmesi için öncelikle hayatın zorunluluklarından azade kalmamız, cebir altında olmamız gerekir. Yaşamsal zorunlulukların temini (emek), insani bir dünya inşa etmek (iş) ve kendiliğimizi farklı insanlarla birarada hissettiğimiz o varoluş anı (eylem); yaşamın veçheleri bundan ibarettir. Burada ayrıksı bir yeri olan tek etkinlik inanç ve ibadettir ki esasında bunlar bu dünyada yapılmakla birlikte bu dünyaya ait değildir.

Özgürlüğün bir yandan yüceltiildiği ancak öte yandan özgürlükle olan mesafenin arttığı zemini kaygan bir çağda yaşıyoruz. Neoliberal çözümlerle birlikte geleneksel efendi-köle ilişkileri yerini kendi kendini sömüren özneler olarak girişimci bireylere, doyum noktası olmayan bir tüketim ideali etrafında örgütlenmiş kitlelere ve yaşamsal zorunlulukların temini talepleri ile iktisadi baskılar

¹⁵¹ BALKİN, s. 151.

¹⁵² ARENDT, *Sivil İtaatsizlik*, s. 128.

arasında sıkışmış kriz halindeki devlete bırakmıştır. Artık siyaset yurttaş erdemleriyle tanımlanmış bir kamusal alanda eyleyen önelere ait değil iktisadi arzuların tahakkümü altındadır.

Bu noktada ihtiyacımız olan kavramların yeniden inşasıdır. İlk olarak ortaklık/sözleşme zemininde yurttaş kimliğini tanımlamalı ve kendi kurucu an'ımızı var ederek iktidar olgusunu onarmalıyız. Birlikteliğin ve iktidarın kurumsallaşması, toplumsal mimarinin somutlaşması ve sürdürülebilirliği amaçlarıyla ortaya çıkacak olan anayasa ve kamusal alan, sağlam bir hukuk kültürü ve dengeli bir mülkiyet dağılımı ile birlikte özgürlüğün kuruluşunu gerçekleştirecektir. Elbette toplumsal devinim insan doğasının yozlaşmaya olan eğilimiyle birleştiğinde sürprizler, gel-gitler, geri çekilmeler ve matematiksel olmayan sonuçlar doğurabilir. Ancak yönümüz daima insani varoluşa doğru olmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

ACEMOĞLU, Daron / ROBINSON, J. A., **Ulusların Düşüşü**, (Çev. Solina Silahlı), Doğan Kitap, İstanbul, 2022.

ADUGİT, Yavuz, “Özgürlüğün Kısa Tarihi”, **Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi**, 2013, S. 16, s. 63-93.

AHMAD, Feroz. **Bir Kimlik Peşinde Türkiye**, (Çev. Sedat Cem Karadeli), 6. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019.

ARENDT, Hannah, “Sivil İtaatsizlik”, **Kamu Vicdanına Çağrı - Sivil İtaatsizlik** içinde, (Çev. Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2021.

ARENDT, Hannah, **Devrim Üzerine**, (Çev. Onur Eylül Kara), 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021.

ARENDT, Hannah, **Geçmişle Gelecek Arasında**, (Çev. Bahadır Sina Şener), 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.

ARENDT, Hannah, **İnsanlık Durumu**, (Çev. Bahadır Sina Şener), 10. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021.

ARENDT, Hannah, **Şiddet Üzerine**, (Çev. Bülent Peker), 10. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021.

ARENDT, Hannah, **Totalitarizmin Kaynakları 2 - Emperyalizm**, (Çev. Bahadır Sina Şener), 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.

ARİSTOTELES, **Politika**, (Çev. Mete Tunçay), 4. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1993.

BALİBAR, Etienne, **Eşitliközgürlük**, (Çev. Oylum Bülbül), 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2016.

BALİBAR, Etienne, **Yurttaşlık**, (Çev. Murat Erşen), 1. Baskı, MonoKL Yayınları, İstanbul, 2016.

BALKİN, J. M., “Constitutional Crisis and Constitutional Rot”, **Maryland Law Review**, 2017, S. 77, s. 147-160.

BAUMAN, Zygmunt, **Özgürlük**, (Çev. Kübra Eren), 4. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2020.

- BORATAV, Korkut, **Türkiye İktisat Tarihi: 1908-2015**, 23. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2018.
- BOZOKLU, Mustafa, **Yaşam, Özgürlük ve Mülkiyet - Yazılı Anayasacılığın Ortaya Çıkışı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- BROWN, Wendy, “Fedakar/Kurban Yurttaşlık: Neoliberalizm, İnsan Sermayesi ve Kemer Sıkma Politikası”, **Cogito**, 2021, S. 102, s. 45-74.
- BROWN, Wendy, **Halkın Çözülüşü- Neoliberalizmin Sinsi Devrimi**, (Çev. Barış Engin Aksoy), 2. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2021.
- DUGUÏT, Leon, **Kamu Hukuku Dersleri**, (Çev. Süheyp Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954.
- FAZLIOĞLU, İhsan, “Özgürlük” - Açık Oturum, **Teklif**, 2022, S. 3, s. 17.
- FAZLIOĞLU, İhsan, **Kendini Aramak**, Papersense Yayınları, İstanbul, 2016.
- FOUCAULT, Michel, **Biyopolitikanın Doğuşu**, (Çev. Alican Tayla), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- FOUCAULT, Michel, **Güvenlik, Toprak, Nüfus**, (Çev. Ferhat Taylan), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013.
- HABERMAS, Jürgen, “Sivil İtaatsizlik: Demokratik Hukuk Devletinin Denek Taşı. Almanya’da Otoriter Legalizm Karşıtlığı”, **Kamu Vicdanına Çağrı - Sivil İtaatsizlik** içinde, (Çev. Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2021.
- HABERMAS, Jürgen, **Kamusallığın Yapısal Dönüşümü**, (Çev. Tanıl Bora ve Mithat Sancar), İletişim Yayınları, İstanbul, 2021.
- HAN, Byung -Chul, **Psikopolitika - Neoliberalizm ve Yeni İktidar Teknikleri**, (Çev. Haluk Barışcan), 5. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2022.
- HAN, Byung-Chul, **İktidar Nedir?**, (Çev. Mustafa Özdemir), 1. Baskı, İnsan Yayınları, İstanbul, 2020.
- HEYWOOD, Andrew, **Siyaset**, (Çev. B. B. Özipek vd.), Adres Yayınları, Ankara, 2014.
- HILL, Cristopher, **İngiltere’de Devrim Çağı - 1603-1714**, (Çev. Uygur Kocabaşoğlu), İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.
- HOBSBAWM, Eric, **Sanayi ve İmparatorluk**, (Çev. Abdullah Ersoy), 2. Baskı, Dost Yayınları, Ankara, 2003.
- LAZZARATO, Maurizio, **Borçlandırılmış İnsanın İmali - Neoliberal Durum Üzerine İnceleme**, 1. Baskı, Dergah Yayınları, İstanbul, 2020.
- LOCKE, John, **Yönetim Üzerine İki İnceleme**, (Çev. Ö. Saruhanlıoğlu), 1. Baskı, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- MARDİN, Şerif, **İdeoloji**, 19. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.

- MARDİN, Şerif, **Türkiye’de Din ve Siyaset**, 20. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.
- MARDİN, Şerif, **Türkiye’de Toplum ve Siyaset**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1990.
- NIETZSCHE, Friedrich, **Ahlakın Soykütüğü Üstüne**, (Çev. Ahmet İnam), 6. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2013.
- OKTAY, Cemil, **Siyasi Kültür Okumaları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- ÖNDERMAN, Murat, **Türkiye’de Paranoid Ethos**, 2. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.
- ÖZEL, İsmet, “Münacaat”, **Bir Yusuf Masalı** içinde, Şule Yayınları, İstanbul, 2000.
- ÖZEL, İsmet, **Waldo Sen Neden Burada Değilsin?**, Risale Yayınları, İstanbul, 1998.
- PAMUK, Şevket, **Türkiye’nin 200 Yıllık İktisadi Tarihi**, 11. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020.
- PATOCKA, Jan, **Body, Community, Language, World**, (İng. Çev. Erazim Kohak), Open Court, Illionis, 1998.
- PATOCKA, Jan, **Heretical Essays in the Philosophy of History**, (İng. Çev. Erazim Kohak), Open Court, Illionis, 1996.
- RANCIERE, Jacques, **Uyuşmazlık-Politika ve Felsefe**, (Çev. Hakkı Hünler), Ara-lık Yayınları, İstanbul, 2006.
- RAWLS, John, “Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı”, **Kamu Vicdanına Çağrı - Sivil İtaatsizlik** içinde, (Çev. Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2021.
- ROSENTHAL, Franz, **İslam’da Özgürlük Kavramı**, (Çev. Vecdi Akyüz), Ayışığı Kitapları, İstanbul, 2000.
- RUSSELL, Bertand, **İktidar**, (Çev. Mete Ergin), 1. Baskı, Cem Yayınevi, İstanbul, 2014.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, **Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, (Çev. Kasım Akbaş), 1. Baskı, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- SCHLAIFER, Robert, “Greek Theories of Slavery from Homer to Aristotle”, **Harvard Studies in Classical Philology**, 1936, (47), s. 165-204.
- SHAYEGAN, Dariush, **Yaralı Bilinç**, (Çev. Haldun Bayrı), 6. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2020.
- SHKLAR, Judith, **Adaletsizliğin Veçheleri**, (Çev. Nebi Mehdiyev), 1. Baskı, Vakıf-Bank Kültür Yayınları, İstanbul, 2021.

- SİNANOĞLU, Mustafa, “Teklif”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, <https://islamansiklopedisi.org.tr/teklif> (E.T. 10.03.2023).
- ŞAN, Emre, “Dayanışma ve Topluluk Sorusu”, **Cogito**, 2021, S. 102, s. 7-30.
- TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 32. Baskı, YKY Yayınları, İstanbul, 2020.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, **Amerika’da Demokrasi**, (Çev. Seçkin Sertdemir Özdemir), 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.
- TUNCEL, Gökhan / GÜNDOĞMUŞ, Bekir, “Türkiye Siyasetinde Merkez-Çevrenin Dönüşümü ve Geleneksel Merkezin Konumlanma Sorunu”, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 2012, S. 14, C. 3, ss. 137-158.
- WOOD, Ellen Meiksins, **Özgürlük ve Mülkiyet - Rönesans’tan Aydınlanma’ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi**, (Çev. O. Köymen), 2. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2016.
- ZURCHER, Erik Jan, **Modernleşen Türkiye’nin Tarihi**, (Çev. Yasemin Saner), 32. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

Yapısal Sorunların Çözümünde Somut Norm Denetimi Yolunun İşlevsel Kılınması Üzerine Bir Değerlendirme^(*)

An Evaluation on Operationalising the Way of Concrete Review
in the Resolution of Constitutive Issues

Ünal GENÇTÜRK^(**)

Hakan KOLÇAK^(***)

Öz:

Bireysel başvuruya konu olan yargı kararının dayandığı yasa hükmünü 1982 Anayasasına aykırı gören Anayasa Mahkemesi (AYM), bu durumu yapısal sorun olarak değerlendirmektedir. Söz konusu sorunun çözümü için AYM tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) keyfiyet bildirilmekte; Anayasaya aykırı olduğu değerlendirilen yasa hükmünün değiştirilerek ya da yürürlükten kaldırılarak Anayasaya uygun hâle getirilmesi için çağrı yapılmaktadır. Çağrı kararlarının işlevselliği, bu kararlara yönelik gerekli teşri adımların etkin bir şekilde atılmamasından ötürü öğretilerde tartışılmaktadır. Bazı yazarlar tarafından çağrı kararlarının etkinliğini artırmak üzere çeşitli öneriler sunulmaktadır. Bazı yazarlar ise yapısal sorunların çözümünde çağrı kararlarından ziyade somut norm denetimi yolunun işlevsel kılınması gerektiğini ileri sürmektedir. Söz konusu yolun işlevsel kılınmasının mümkün olup olmadığı çalışmamızda değerlendirilmektedir. Türk anayasa yargısına ilişkin hükümler dairesinde AYM tarafından objektif somut norm denetimi yapılabilir; ancak bireysel başvuruya ilişkin mevzuat ve bu mevzuatın tarihsel arka planı irdelendiğinde, AYM'nin bireysel başvurular kapsamında somut norm denetimi yolunu işlevsel kılma yetkisi bulunmadığı görülmektedir. Yine de belirtmek

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.04.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 18.06.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1357940>

Bu makaleye atıf için: GENÇTÜRK, Ünal / KOLÇAK, Hakan, "Yapısal Sorunların Çözümünde Somut Norm Denetimi Yolunun İşlevsel Kılınması Üzerine Bir Değerlendirme", **İMİHFD**, C. 8, S. 2, 2023, s. 493-521

^(**) Arş. Gör., Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı / Rize - Türkiye

E-posta: unal.gencturk@erdogan.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2712-5474>

^(***) Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı / Rize - Türkiye

E-posta: hakan.kolcak@erdogan.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-4055>

gerekir ki, hak ihlallerine sebebiyet veren yapısal sorunların giderilmesi noktasında devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bireysel başvuruların incelenmesi esnasında somut norm denetiminin işlevsel kılınabilmesi de bahse konu yükümlülüğün yerine getirilmesinin bir gereği olarak değerlendirilebilir. Bu kapsamda, somut norm denetiminin sınırları anayasa değişikliği ile genişletilerek yapısal sorunların çözümünde AYM tarafından işlevsel kılınması sağlanabilir.

Anahtar Kelimeler:

Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Somut Norm Denetimi, Yapısal Sorun, Teşri Keyfiyet.

Abstract:

In its rulings on individual applications, the Constitutional Court of Türkiye (CCT) considers the presence of a statutory provision a constitutive issue when the provision, upon which the judgment has been built, is found incompatible with the Constitution of 1982. The CCT then notifies the Grand National Assembly of Türkiye (GNAT) of the legislative arbitrariness and calls on the GNAT to amend or abolish the provision concerned, rendering it consistent with the Constitution. The effectiveness of the CCT decisions asking the GNAT to alter or nullify such statutory provisions has been examined in the recent literature since the GNAT is unlikely to change or repeal such provisions. Some scholars come up with various suggestions on how to increase the effectiveness of the CCT decisions concerned. Some other scholars maintain that constitutive issues would be resolved through a constitutional way of concrete review. This article scrutinises whether the aforementioned review would be done. It is argued that the CCT does the objective version of concrete review in accordance with those articles on which the Turkish model of constitutional jurisdiction has been constructed. However, the legislation on how to file an individual application before the CCT and the historical background of this legislation demonstrate that the CCT does not have the authority to operationalise the way of concrete review when examining such an application. Nevertheless, it is worth noting that the state is required to resolve those constitutive issues leading to the violation of rights. Empowering the CCT to operationalise the above-mentioned way of concrete review would be regarded as a tool enabling the fulfilment of the requirement concerned. This empowerment process would be completed through a constitutional amendment broadening the borders of the review, eventually allowing the CCT to operationalise the way of concrete review in the resolution of constitutive issues.

Keywords:

Constitutional Court of Türkiye, Individual Application, Concrete Review, Constitutive Issue, Legislative Arbitrariness.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) görev ve yetkilerini düzenleyen 1982 Anayasasının 148. maddesi, 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değiştirilmiş¹; AYM, bireysel başvuruları karara bağlamak üzere yetkilendirilmiştir². Söz konusu başvuruya ilişkin usul ve esaslar ise 30.03.2011 tarihli ve

¹ 1982 Anayasasının tam metnine erişim için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>, E.T. 18.04.2023.

² 5982 sayılı Kanunun tam metnine erişim için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100513-1.htm>, E.T. 18.04.2023.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile bu yasaya dayanılarak hazırlanan ve 12.07.2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü (Mahkeme İçtüzüğü) hükümleri doğrultusunda tespit edilmiştir³. Nihayet 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren bireysel başvurular karara bağlanmaya başlamış; AYM tarafından yayınlanan son rapora göre, 31 Mart 2023 tarihine kadar 492 bin 243 bireysel başvuru yapılmış ve bu başvuruların 384 bin 235’i sonuçlandırılmıştır⁴.

Bireysel başvurulara ilişkin AYM kararlarının önemli bir sayıya ulaşması, başvurular kapsamında ihlal edildiği ileri sürülebilecek hemen her temel hak bakımından içtihadın geliştirilmesine de imkân sağlamıştır. AYM, söz konusu içtihadın geliştirilmesi esnasında karşılaştığı gerek maddi hukuk gerek usule ilişkin meseleleri; Anayasa, 6216 sayılı Kanun ve Mahkeme İçtüzüğü dairesinde çözmeye gayret göstermiştir. Son yıllarda öne çıkan çözümlerden biri, bireysel başvuruya konu olan yargı kararının dayandığı yasa hükmünün Anayasaya aykırılığı görülmesi hâlinde, AYM’nin bu durumu Mahkeme İçtüzüğü’nün 75. maddesi uyarınca “*yapısal sorun*” olarak değerlendirmesi ve Anayasaya aykırı yasa hükmünün ilga edilerek yahut değiştirilerek Anayasaya uygun hâle getirilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne (TBMM) çağrı yaparak “*keyfiyeti*” bildirmesidir⁵.

AYM tarafından TBMM’ye yapılan çağrılar yapısal sorunun çözümünde genel itibarla işlevsiz kaldığı gözükmektedir. TBMM, bu çalışmanın yayına hazırlandığı tarih itibarıyla sadece bir çağrı kararına yönelik adım atmıştır. Bu teşri adım, çağrı kararlarına ilişkin ilk pilot karar örneği olan *Y.T.* kararına konu 04.04.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun

³ 6216 sayılı Kanunun tam metnine erişim için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6216.pdf>, E.T. 18.04.2023. Mahkeme İçtüzüğü’nün tam metnine erişim için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/ictuzuk/>, E.T. 18.04.2023.

⁴ Söz konusu rapora erişim için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/8681/bb_2023_1_tr.pdf, E.T. 18.06.2023.

⁵ TBMM’ye yapılan çağrılar ve keyfiyetin bildirilmesinin örnekleri için bkz. *Y.T.* [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); *Süleyman Başmeydan* [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); *Bedrettin Morina* [GK], B. No: 2017/40089, 5/3/2020 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); *Sabri Uhrağ* [GK], B. No: 2017/34596, 29/12/2020 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); *Süleyman Kurtel* [GK], B. No: 2016/1808, 22/1/2021 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); *Malaklar İnşaat Taahhüt Gıda Maden Sanayi ve Ticaret A.Ş. (2)*, B. No: 2018/3296, 30/6/2021 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); *Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); *Tarık Yüksel* [GK], B. No: 2019/1255, 10/11/2022 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

53. maddesine yönelik olarak atılmış⁶; 06.12.2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun ile mezkûr maddede değişiklikler yapılarak yapısal sorunun çözümü hedeflenmiştir⁷. TBMM'ye keyfiyetin bildirildiği diğer çağrı kararları açısından ise bu kararlara konu yasa hükümlerinin kaldırılması, değiştirilmesi veya somutlaştırılmasına yönelik herhangi bir teşri adım henüz atılmamıştır. Bu durum, çağrı kararlarının işlevselliğinin öğretilde incelenmesini de beraberinde getirmiştir. Bazı çalışmalar, çağrı kararlarının etkililiğini genel itibarla irdelerken⁸, kararlara işlevsellik kazandırma gayesiyle öneriler geliştiren eserler de yayınlanmıştır⁹.

Öğretildeki bazı eserler, çağrı kararlarına işlevsellik kazandırma adına öneri sunmaktan ziyade çağrı kararına konu yapısal sorunun çözümü için AYM'yi daha etkin kılacak öneriler ileri sürmüştür. İfade edilen çalışmalara göre; AYM, bireysel başvuruya konu olan yargı kararının dayandığı kanun hükmünü, bireysel başvurunun incelenmesi aşamasında Anayasaya aykırı görürse ya da başvurucunun bu yöndeki iddiasını ciddi bulursa, bu durumu Anayasanın 152. maddesi gereğince bekletici/ön sorun yaparak ilgili hükmün Anayasaya uygunluğunu denetleyebilir. Bir diğer ifadeyle, AYM yapısal sorunun çözümünü teşri organdan beklemekten ziyade somut norm denetimi yoluyla doğrudan çözebilir¹⁰. Bu çözüm yolunun anayasal bakımdan uygunluğunun irdelendiği çalışmamızda, söz konusu denetimin gerçekleştirilebilmesi için anayasa değişikliğinin gerektiği belirtilmektedir.

Çalışmamızda öncelikli olarak Türk anayasa yargısı kapsamında uygulanan somut norm denetiminin türü tespit edilmektedir. Bu tespitin yapılmasını takiben söz konusu denetim türünü işletebilmenin şartları incelenmektedir. Bahse konu denetim türünün, yapısal sorunların çözümünde işlevsel kılınma ihtimaline yönelik değerlendirmeler ise çalışmanın son kısmında yapılmaktadır.

⁶ 6458 sayılı Kanunun tam metnine erişim için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6458.pdf>, E.T. 17.04.2023.

⁷ 7196 sayılı Kanunun tam metnine erişim için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191224-1.htm>, E.T. 17.04.2023.

⁸ Söz konusu eser örnekleri için bkz. GÖZTEPE, Ece, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, Y. 2021, C. 38, S. 1, s. 43-83.

⁹ Bahse konu önerilerin bazıları için bkz. KARAHAN, Özge, "'TBMM'ye Çağrı' Giderim Kararlarının İşlevsizliği ve Bu Kararlara İşlevsellik Kazandırma Amacıyla Getirilen Önerilerin Değerlendirilmesi", *Yasama Dergisi*, Y. 2022, S. 46, s. 37-72; BEYOĞLU, Cem Ümit, "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tespit Edilen Yapısal Sorunlara Dair Çözüm Önerileri", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, C. 12, S. 2, s. 761-809.

¹⁰ Somut norm denetimi üzerinden yapısal sorunun çözümüne ilişkin kapsamlı analizler için bkz. GÖZTEPE, Ece, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İncelemesinde Somut Norm Denetimi Yoluna Başvurabilir Mi?", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y. 2022, C. 11, S. 21, s. 1-30.

I. OBJEKTİF DENETİM: 1982 ANAYASASININ DÜZENLEDİĞİ SOMUT NORM DENETİMİ TÜRÜ

Günümüzde anayasaların kanunlardan üstün olduğu kabul edilmekte ve bu üstünlük, birçok devletin anayasasında ifade edilmektedir. Anayasaların diğer normlardan üstün olmasının çeşitli sonuçları vardır. Bu üstünlüğün en önemli sonuçlarından biri, ulusal normlar hiyerarşisindeki diğer normların anayasaya aykırı olmaması gerekliliğidir. Gerçekten de anayasa en üstün normsa, daha alt seviyede olan normun, örneğin kanunun anayasaya aykırı olmaması gerekir. Anayasa, kurucu iktidarın bir eseridir ve kurulu ya da kurulmuş iktidarın yapmış olduğu normlar, kurucu iktidarın iradesine aykırı olmamalıdır.

Anayasanın üstünlüğü ve kanunların anayasa aykırı olamayacağı, pek çok demokratik devlette kabul edilmekte; anayasaların değiştirilme yöntemi de kanunlardan farklı ve daha zor bir usule tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte anayasaların kanunlardan daha üst bir konumda yer aldığını söylemek ve anayasaların değiştirilme usulünü daha zor bir yönteme tabi tutmak, anayasaların üstünlüğünü her daim sağlayamamaktadır. Bir devletin anayasasında, bu anayasanın kanunlardan üstün olduğu ve kanunların anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmiş olsa da yasama organı bu açık hükme rağmen anayasaya aykırı bir kanun çıkarabiliyorsa ve bu kanunun anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir kurum ya da yöntem öngörülmemişse, anayasanın üstünlüğü basit bir ifade ile 'sözde kalmış' olacaktır. Bu noktada, kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi olarak denetlenmesine ilişkin mekanizmalar öngörülebilir; fakat söz konusu siyasal mekanizmaların istenilen sonucu vermediği, tarihsel bir tecrübe olarak söylenebilir¹¹. Bu sebeple devletler, başta kanunlar olmak üzere hukuk normlarının anayasaya uygunluğunu denetleyecek yargısal mekanizmalar oluşturma yoluna gitmiştir¹².

Hukuk normunun anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, denetimin yapıldığı zamana göre, normun yürürlüğe girmesinden önce yapılan önleyici (*a priori*) denetim ve normun yürürlüğe girmesinden sonra yapılan düzeltici (*a pos-*

¹¹ KIRATLI, Metin, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966, s. 3; TURHAN, Mehmet, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Y. 2007, C. 62, S. 3, s. 379-404; DÖNER, Ayhan, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 549.

¹² Bahse konu yargısal mekanizmaların demokratik meşruluğunu sorgulayan eserler de öğretilerde yer almaktadır. Bu yöndeki sorgulamalara ilişkin olarak bkz. GÖZLER, Kemal, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Y. 2006, C. 61, S. 3, s. 131-166; GÜVEYİ, Ümit, "Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2012, C. 16, S. 3, s. 137-162.

teriori) denetim şeklinde iki ayrı başlık altında incelenebilmektedir¹³. İptal davası yolu olarak da bilinen soyut norm denetimi hem önleyici hem de düzeltici denetim yolu olarak kullanılabilirken, itiraz veya defî yolu şeklinde de nitelendirilen somut norm denetimi, sadece düzeltici denetim yolu olarak işlevsel kılınabilmektedir¹⁴. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, anayasaya uygunluk denetimi bakımından somut ve soyut norm denetimi yollarının sadece biri tercih edilebilir. Her iki denetim yolunun birlikte kullanımı da mümkündür¹⁵. Nitekim somut ve soyut norm denetimi; Macaristan, Romanya, Polonya, Portekiz ve Türkiye dâhil olmak üzere birçok ülkede birlikte işlevsel kılınmaktadır¹⁶.

Somut norm denetimi hem genel mahkeme sistemi vasıtasıyla anayasaya uygunluk denetiminin yapıldığı anayasa yargısı modellerinde hem de özel mahkeme sistemi aracılığıyla anayasaya uygunluk denetiminin yapıldığı anayasa yargısı modellerinde gerçekleştirilebilmektedir¹⁷. Amerikan modeli olarak bilinen genel mahkeme sistemi kapsamında “*ivedi somut norm denetimi (immediate concrete review)*” yapılmaktadır¹⁸. Bu denetim ile derece mahkemenin bakmakta olduğu davanın taraflarının herhangi birinin, dava konusu uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak yasa hükmüne ilişkin anayasaya aykırılık iddiası söz konusu olursa, davaya bakan mahkeme, söz konusu aykırılık iddiasını öncelikli olarak incelemekte ve yasa hükmünün anayasaya aykırılığının tespiti durumunda, bu hükmü ihmal ederek doğrudan anayasa hükmü gereğince uyuşmazlığı çözmektedir¹⁹.

¹³ Önleyici denetim için öğretilerde “*ön denetim*” veya “*önceden denetim*” gibi farklı nitelendirmelerin de yapılması söz konusudur. Düzeltici denetim için de “*sonradan denetim*”, “*bastırıcı denetim*” veya “*giderici denetim*” gibi farklı nitelendirmeler yapılabilmektedir. Gerek önleyici gerek düzeltici denetime ilişkin kavramsal çeşitlilik hakkında bkz. GAROUPA, Nuno, “Empirical Legal Studies and Constitutional Courts”, *The Indian Journal of Constitutional Law*, Y. 2011, C. 5, s. 31; KELEMEN, Katalin, “Dissenting Opinions in Constitutional Courts”, *German Law Journal*, Y. 2013, C. 14, S. 8, s. 1350; DÖNER, Ayhan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Doğu Ciltevi, Erzincan, 2022, s. 381-382.

¹⁴ ÖZBUDUN, Ergun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1993, s. 160; GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt 2*, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 748.

¹⁵ KANADOĞLU, Osman Korkut, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2008, C. 24, S. 1, s. 76; GAROUPA, Nuno / GINSBURG, Tom, “Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Y. 2011, C. 28, S. 3, s. 540; GÖREN, Zafer, “Anayasa Mahkemesi ve Yasama Arasındaki Karşılıklı Etkileşim”, *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 2019, C. 84, S. 1, s. 238-245.

¹⁶ ATAR, Yavuz, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2008, C. 24, S. 1, s. 95.

¹⁷ GARLICKI, Lech, “Constitutional Courts versus Supreme Courts”, *International Journal of Constitutional Law*, Y. 2007, C. 5, S. 1, s. 44; PFERSMANN, Otto, “Concrete Review as Indirect Constitutional Complaint in French Constitutional Law: A Comparative Perspective”, *European Constitutional Law Review*, Y. 2010, C. 6, S. 2, s. 228-236.

¹⁸ PFERSMANN, s. 228-229.

¹⁹ PFERSMANN, s. 229.

Somut norm denetimi, Avrupa modeli olarak bilinen özel mahkeme sistemi ile anayasa yargısının gerçekleştirildiği örneklerde iki ayrı biçimde uygulanmaktadır. “*Subjektif somut norm denetimi (subjective concrete review)*”, bu biçimlerin ilkidir²⁰. Bahse konu denetimin işlevsel kılındığı sistemde, derece mahkemenin bakmakta olduğu davadaki uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak yasa hükmünün anayasaya uygunluk denetiminden geçirilebilmesi için dava taraflarından en az birinin, uygulanacak yasa hükmüne ilişkin anayasaya aykırılık iddiası bulunması gerekmektedir. Yani subjektif somut norm denetiminin uygulandığı sistemde, bakmakta olduğu davada uygulanacak yasa hükmünün anayasaya aykırı olduğunu gören mahkeme, bu aykırılığı denetlemek için kurulan özel mahkemeye kendiliğinden başvuramamaktadır. Dava taraflarının birinin aykırılık iddiası yoksa, uyuşmazlığın söz konusu yasa hükmü dairesinde çözülmesi gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, subjektif somut norm denetimi kapsamında mahkemenin itiraz ya da defî yoluna başvurması, bakılmakta olan davadaki tarafların anayasaya aykırılığı ileri sürmesine bağlı bir işlemdir²¹.

Dava taraflarından en az birinin anayasaya aykırılık iddiasında bulunma şartı, “*objektif somut norm denetimi (objective concrete review)*” kapsamında aranmamaktadır²². Bu denetim türünün işlevsel kılındığı sistemde, bakmakta olduğu davadaki uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak yasa hükmünün anayasaya aykırılığı kanaatindeki bidayet, istinaf yahut temyiz mahkemesi ya da yüksek mahkeme, tarafların bu yöndeki iddiası olmaksızın aykırılığı denetlemek üzere teşkil edilen özel mahkemeye başvurabilmektedir²³. 1982 Anayasası ile Türk anayasa yargısı bağlamında Türkiye’de şekillendirilen itiraz veya defî yolu, esasen objektif somut norm denetimine örnektir.

Türk anayasa hukukuna tarihî bir perspektifle bakıldığında, anayasanın üstünlüğünün tesis edilmesi açısından 1924 Anayasasının, kanunların anayasaya aykırı olamayacağını normlaştırdığı görülmektedir²⁴. Bu noktada altı çizilmesi gerekir ki, 1924 Anayasası döneminde yürürlüğe konan kanunların anayasaya uygunluğunu yargısal bakımdan denetleyecek özel bir mahkeme (anayasa mah-

²⁰ PFERSMANN, s. 230.

²¹ Subjektif somut norm denetimi hakkında daha fazla bilgi için bkz. PFERSMANN, s. 229-231.

²² PFERSMANN, s. 230.

²³ Objektif somut norm denetimi özelinde daha fazla ayrıntı için bkz. PFERSMANN, s. 231-235.

²⁴ 1924 Anayasasının 103. maddesi şu şekildedir: “*Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile sarsanamaz ve işlerlikten alıkonamaz. Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz.*” 1924 Anayasasının tam metnine erişim için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/>, E.T. 23.04.2023.

kemesi) kurulmamıştır²⁵. Anayasaya uygunluk denetiminin genel mahkeme sistemi aracılığıyla gerçekleştirilmesine de 1924 Anayasası döneminde cevaz verilmemiştir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 03.12.1956 tarihli kararında şu ifadelere yer vermiştir: “*Mahkemelerin bu hususta görevli olduklarını belirten bir kanun bulunmadığına göre millî hâkimiyeti temsil etmekte olan meclisin çıkardığı kanunların anayasaya muhalefetinin tetkiki hakkının mahkemelere ait olduğu görüşü kabule şayan görülmemiştir*”²⁶. Not edilen yetkisizlik durumu, 1924 Anayasasına aykırı kanunların yapılması ve söz konusu yasaların yargısal denetim dışında kalması sebebiyle eleştirilmiştir²⁷.

Kanunların anayasaya uygunluğunu yargısal yönden denetlemek üzere gerekli düzenlemeyi yapan 1961 Anayasası, Avrupa modeli özelliklerini barındıran anayasa yargısı sistemini inşa etmiştir²⁸. 1961 Anayasası, söz konusu denetim için bir taraftan iptal davası yolunu düzenleyerek soyut norm denetiminin önünü açmış (m.148-150), diğer taraftan itiraz (defi) yoluna ilişkin hükümleri normlaştırarak (m.151) somut norm denetimini işlevsel kılmıştır²⁹. Anayasanın 151. maddesinin ilk fıkrası; “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır.*” hükmünü içermiştir. Bu hüküm ile Türk anayasa yargısı bağlamında objektif somut norm denetimi benimsenmiştir; çünkü davaya bakmakta olan mahkemenin, dava taraflarının aykırılık iddiası olmaksızın itiraz yoluna başvurması mümkün kılınmıştır.

Somut norm denetimi, 1982 Anayasasında da 1961 Anayasası ile paralel yönde düzenlenmektedir. Anayasanın 152. maddesinin ilk fıkrasına göre; “[*b*]ir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı

²⁵ GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 1071.

²⁶ CUHRUK, Mahmut Celalettin, “Türk Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, Y. 1984, C. 4, s. 8.

²⁷ TAŞKIN, Şaban Cankat, “2010 Anayasa Değişikliklerinden Sonra Türk Anayasa Mahkemesinin Yapılanması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2011, C. 24, S. 97, s. 177-178.

²⁸ ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 46; ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 397.

²⁹ 1961 Anayasasının tam metnine erişim için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/>, E.T. 23.04.2023.

geri bırakır". Not edilen hüküm, mahkemenin itiraz yoluna başvurabilmesi için dava taraflarının anayasaya aykırılığı ileri sürmesini şart olarak aramadığı için 1982 Anayasası ile objektif somut norm denetiminin benimsendiği söylenebilir.

II. SOMUT NORM DENETİMİNİ İŞLETEBİLMENİN ŞARTLARI

1982 Anayasası, AYM'nin iki ayrı yol vasıtasıyla anayasaya uygunluk denetimi yapabileceğini normlaştırmaktadır. Bu yollar; soyut norm denetimi ve somut norm denetimidir. Bireysel başvuru yolu, öğretilerdeki bazı görüşler daire-sinde üçüncü yol olarak değerlendirilmektedir.³⁰ Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, bireysel başvuru yolu, normların anayasaya uygunluğunun denetlen-mesi yolu olmaktan ziyade hak ihlallerinin tespitini ve hak ihlalinin bulunması durumunda ihlalin giderilmesini sağlamak amacıyla düzenlenmiş başvuru yolu-dur. Bireysel başvuru bir kimsenin "*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki her-hangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahke-mesine*" başvurusu şeklinde Anayasanın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanmaktadır.

Soyut norm denetimi, Anayasada belirtilen bazı organlar tarafından, yine Anayasada belirtilen süre içerisinde, bir normun Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi ve bu yolla AYM'ye başvurulmasıdır. Soyut norm denetimine Ana-yasanın 150 ve 151. maddelerinde yer verilmiştir. Anayasada soyut norm dene-timi ifadesi yerine "*iptal davası*" terimi kullanılmaktadır. Soyut norm deneti-minde henüz somut bir olaya ya da davaya uygulanmış kanun hükmü söz konu-su değildir. Burada bir kanunun Anayasaya uygunluğunun denetimi, herhangi bir dava veya olayla ilgili olmaksızın soyut bir şekilde yapılmaktadır.

Somut norm denetimi, 1982 Anayasası doğrultusunda Anayasaya uygun-luğun denetlenmesi yollarından bir diğeridir. Somut norm denetimine ancak somut bir dava ile ilgili olarak başvurulabilmektedir. Esasen soyut norm dene-timi ile birlikte kanunların Anayasaya uygunluğu, kanun henüz somut bir ola-ya uygulanmadan veya nispeten daha az olaya uygulandıktan sonra denetlen-e-bilmekte ve Anayasaya aykırı olan kanun iptal edilebilmektedir; ancak bazen bir kanunun Anayasaya aykırılığı konusunda soyut norm denetimi yoluna başvurulmamış olabilmekte veya zamanında Anayasaya uygun olarak görülen bir kanunun daha sonradan Anayasaya aykırı olduğu anlaşılabilenekte ya da

³⁰ DÖNER, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 556.

ilgili kanun somut bir olaya uygulandığında, bu kanunun Anayasaya aykırı olduğu anlaşılabilir³¹. İşte bu sebeplerle somut norm denetimi yolu kabul edilmektedir.

Somut norm denetimi, soyut norm denetimine nazaran hem dar hem de geniş bir uygulama alanına sahiptir. Öyle ki somut norm denetimi yoluna herhangi bir kanun hükmüne karşı değil, ancak görülmekte olan bir davada uygulanacak olan hüküm bakımından başvurulabilmektedir. Bu yönüyle somut norm denetimi daha dar bir kapsama sahiptir; fakat soyut norm denetimine ancak Anayasada belirtilen bazı organlarca ve yine ancak anayasada belirtilen süre içerisinde başvurulabilirken, somut norm denetimi yolu, ilgili davanın taraflarınca veya bizzat davaya bakan mahkeme tarafından işletilebilmektedir. Yine somut norm denetimi yoluna başvuru bakımından kural olarak bir süre söz konusu değildir. Bu bakımdan somut norm denetimi, soyut norm denetimine göre daha geniş bir uygulama alanına sahiptir³².

Anayasanın 152. maddesi doğrultusunda somut norm denetimi yolunu işletebilmek için çeşitli şartların karşılanması gerekmektedir. Bu şartlar öz bir şekilde şöyle sıralanabilir: (i) bakılmakta olan bir dava olmalı, (ii) davaya bakılmakta olan bir mahkeme olmalı, (iii) itiraz konusu norm, o davada uygulanacak norm olmalı ve (iv) mahkeme, uygulanacak olan normu Anayasaya aykırı görmeli veya tarafların Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmalıdır. Not edilen bu şartların her biri aşağıda ayrıca irdelenmektedir.

A. Bakılmakta Olan Dava Olmalı

Anayasanın 152. maddesinin ilk fıkrasında, “*bir davaya bakılmakta olan mahkeme*” ifadesine yer verilmiştir. Somut norm denetimi yolunu işletebilmek için bu ifadeden anlaşılacağı üzere öncelikle “*bakılmakta olan bir dava*” mevcut olmalıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere somut norm denetimi ancak somut bir dava ile ilgili olarak işletilebilecek denetim yoludur. Bu noktada özellikle dava kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde dava; “*korunmanın bir hüküm ile sağlanması için yargı organlarına başvurma*” şeklinde tanımlanmıştır³³. Bir başka tanıma göre dava; “*bir kimsenin devlet makamları vasıtasıyla diğer birine hakkını tanıtabilmesi, onu hukuk kaidesine ri-*

³¹ ANAYURT, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 789.

³² ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 428.

³³ Türk Dil Kurumu Sözlüğüne erişim için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 23.04.2023.

yete zorlayabilmesidir”³⁴. Yine öğretilerde dava dar anlamda; “*bir çekişme hakkında yargı çözümü istenmesidir.*” şeklinde tanımlanmaktadır³⁵.

Öğretilerde yapılan dava tanımları dikkate alındığında, “*bir çekişme*” veya “*diğer biri*” gibi unsurlara yer verildiği görülecektir; ancak dava kavramının muhakkak bir çekişme veya karşı tarafı barındırması gerektiği kabul edilirse oldukça dar bir tanım yapılmış olacaktır. Dava kavramının dar anlamda kabul edilmesi hâlinde, özellikle somut norm denetiminin uygulanma alanı daraltılmış olacaktır. Böyle bir durumda, bir çekişme veya karşı taraf barındırmayan birçok yargı işi, somut norm denetiminin dışında bırakılmış olacaktır³⁶. Bu sebeple, Anayasanın 152. maddesinin ilk fıkrasında yer alan dava kavramından tüm yargı işlerinin anlaşılması gerektiği öğretilerde ifade edilmektedir³⁷.

AYM’nin somut norm denetimi kapsamında dava kavramını geniş yorumladığı ifade edilmelidir³⁸. AYM bir kararında davayı şu şekilde tanımlamıştır: “*Anayasaya uygunluk denetiminde dava; çözüme bağlanmak üzere, görevli bir mahkeme önüne kanuna uygun biçimde getirilen özel veya kamu hukukuna ilişkin anlaşmazlıklar ve işler olarak nitelendirilmektedir*”³⁹. Yine AYM bir başka kararında; “*(Dava) sözünü usul hukukundaki dar anlamında değil, geniş bir anlamda ve mahkemelerin bir karara bağlamakla ödevli oldukları davalar veya çelişmesiz yargıdan sayılan işler anlamında yorumlamak, Anayasa koyucunun amacına uygun düşecektir.*” şeklinde değerlendirme yapmıştır⁴⁰. AYM, bir diğer kararında; “[*m*]ahkeme, bakmakta olduğu bir dava bulunmadıkça bir hükmün Anayasaya aykırı olduğunu ileri süremez. O hâlde, 151. maddede yer alan ‘dava’ sözcüğü dar anlamda ele alınamaz. Anayasa Mahkemesi, mahkemelerce bir karar verme, bir işlem yapma ve iki taraflı bir davaya bakma durumlarında uygulanacak bir yasa hükmününün Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesini ye-

³⁴ BELGESAY, Mustafa Reşit, **Dava Teorisi**, Numune Matbaası, İstanbul, 1943, s. 5.

³⁵ BİLGİN, Çağlar, “Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 1988, S. 3, s. 353.

³⁶ BİLGİN, s. 353.

³⁷ GÖZTEPE, “Anayasa Mahkemesi”, s. 16.

³⁸ ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 430. Ancak AYM, 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında; “*Anayasa’nın 151. ve 44 sayılı Kanununun 27. maddelerinde yer alan ‘bir davaya bakmakta olan mahkeme’ sözlerini, bir davaya bakmakta olan, hâkim niteliğinde kişilerden kurulu yargı yetkisine sahip taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümlen merci şeklinde anlamak Anayasanın yukarıda yazılı hükümlerine uygun düşer.*” şeklindeki ifadeye yer vermiştir. Bu kararda AYM; “*taraflar arasındaki uyuşmazlığın*” ibaresine yer vererek dar anlamda dava kavramını benimsemiştir. Bkz. AYM, E. 1967/15, K. 1967/15, 30/5/1967 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

³⁹ AYM, E. 1977/128, K. 1977/140, 20/12/1977 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁴⁰ AYM, E. 1967/21, K. 1968/36, 26/9/1968 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

terli bulunmuştur.” şeklinde dava kavramının kapsamını izah etmiştir⁴¹. AYM, yakın tarihli kararlarında da somut norm denetimi kapsamında dava kavramının geniş olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir⁴².

Bakılmakta olan dava kavramı, aynı zamanda açılmış ve yürütülmekte olan bir yargılamayı gerektirmektedir⁴³. Bu kapsamda, bir dava görülmüş ve davanın esası hakkında hüküm verilmişse, ortada bakılmakta olan bir dava söz konusu olmayacağından, böyle bir durumda somut norm denetimi yolu işletilemeyecektir⁴⁴. Bununla birlikte davaya bakan mahkemece hüküm verilmiş olup da bu hükme karşı kanun yoluna başvurulmuşsa, henüz ortada kesinleşmiş bir hüküm bulunmadığından, kanun yolu incelemesinde de somut norm denetimi yolunu işletmek mümkündür⁴⁵. Yine henüz açılmamış veya kabul, feragat ya da af gibi bir sebeple ortadan kalkmış bir dava söz konusu olması durumunda da somut norm denetimi yolu işletilemeyecektir⁴⁶. Bununla birlikte AYM, somut norm denetimine başvurulduktan sonra davanın herhangi bir nedenle ortadan kalkması hâlinde, somut norm denetimine ilişkin incelemenin yapılmasına devam edileceğine karar vermiştir⁴⁷.

AYM, bakılmakta olan bir davadan söz edebilmek için mahkemenin ilgili dava bakımından görevli olması gerektiğini belirtmiştir⁴⁸. Nitekim AYM bir kararında; “*Anayasa Mahkemesi, ancak Anayasanın 151. maddesinin birinci fıkrası açısından mahkemenin bakmakta olduğu bir dava bulunup bulunmadığını anlamak üzere kendisine iş gönderen mahkemenin görev yönünü araştırabilir.*” şeklinde gerekçeye yer vermiştir⁴⁹. Öğretide AYM’nin bu yöndeki kararları eleştirilmiştir. Öğretideki görüşe göre, AYM’nin somut norm denetiminde bir davaya bakmakta olan mahkemece başvurulup başvurulmadığının tespiti ile

⁴¹ AYM, E. 1980/10, K. 1980/69, 11/12/1980 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁴² Söz konusu kararlardan bazıları için bkz. AYM, E. 2014/172, K. 2014/170, 13/11/2014 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); AYM, E. 2014/164, K. 2015/12, 14/1/2015 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); AYM, E. 2015/12, K. 2015/15, 18/2/2015 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁴³ BİLGİN, s. 354.

⁴⁴ KIRATLI, s. 82.

⁴⁵ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Anayasa Hukuku**, 19. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013, s. 289; ŞAHBAZ, İbrahim, “Bireysel Başvuru Üzerine Verilen İhlal Kararı Sonrası Somut Norm Denetimi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, S. 2, s. 123.

⁴⁶ DÖNER, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 562.

⁴⁷ AYM, E. 1966/31, K. 1967/45, 18/12/1967 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁴⁸ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu”, **Anayasa Yargısı**, Y. 1984, C. 1, s. 120. Söz konusu karar örneği için ayrıca bkz. AYM, E. 1976/9, K. 1976/10, 2/3/1976 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁴⁹ AYM, E. 1969/46, K. 1970/2, 6/1/1970 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

yetinmesi gerektiği, ayrıca ilgili mahkemenin o dava bakımından görevli olup olmadığının araştırılmaması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁰.

B. Davaya Bakmakta Olan Bir Mahkeme Olmalı

Anayasanın 152. maddesinin ilk fıkrası gereğince somut norm denetimi yoluna ancak bir mahkeme tarafından başvurulabilmektedir. Bu sebeple “mahkeme” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin detaylı bir şekilde incelenmesi isabetli olacaktır. Mahkeme kavramı öğretide dar ve geniş anlamda izah edilmektedir. Dar anlamda mahkeme, “devlet tarafından görevlendirilmiş olan ve yargılama yapıp hüküm vermekle yetkilendirilmiş bulunan kuruluşları ifade eder”⁵¹. Geniş anlamda mahkeme kavramı ise devlet tarafından kurulan mahkemelerin yanı sıra hakem mahkemelerini de kapsayan bir kavramdır⁵². Bundan başka bir yapının mahkeme olarak nitelendirilebilmesi için mensuplarının bağımsız ve güvenceli yargıçlar olması, yargısal faaliyette bulunmaları, yargısal yöntemler uygulamaları ve yasama ile yürütme organlarının dışında yer almaları gerektiği ifade edilmektedir⁵³.

AYM’nin mahkeme kavramını tanımladığı pek çok kararı mevcuttur. AYM bir kararında mahkemeyi; “bir davaya bakmakta olan, hâkim niteliğinde kişilerden kurulu yargı yetkisine sahip taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümlen mercî” şeklinde tanımlamıştır⁵⁴. AYM, bir başka kararında davaya bakmakta olan mahkemenin; “adli, askerî veya idarî davalara bakan ve bu davalarda nihai hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözümlen her derecede mahkeme” olduğuna karar vermiştir⁵⁵. AYM, bir diğer kararında mahkeme kavramını oldukça ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Bu karara göre; “[y]argı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir mercinin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, karar organlarının hâkimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlen görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılmalarının, Anayasanın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasada sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gerekli-

⁵⁰ ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 430-431.

⁵¹ TANRIVER, Süha, *Medeni Usul Hukuku: Cilt 1*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 78.

⁵² TANRIVER, s. 79.

⁵³ BİLGİN, s. 356.

⁵⁴ AYM, E. 1967/15, K. 1967/15, 30/5/1967 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁵⁵ AYM, E. 1964/51, K. 1965/3, 12/1/1965 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

*dir*⁵⁶. Bu kapsamda, adli ve idari yargı ilk derece mahkemeleri, bölge adliye ve bölge idare mahkemeleri ile temyiz merci olarak Yargıtay ve Danıştay birer mahkemedir⁵⁷. Ayrıca AYM'ye göre; Sayıştay⁵⁸, disiplin mahkemeleri⁵⁹, icra tetkik mercileri⁶⁰ ve infaz hâkimliği⁶¹ mahkeme kavramına dâhildir. İl ve ilçe seçim kurulları, Yüksek Seçim Kurulu⁶², sorgu hâkimleri⁶³ ve vergi itiraz ve temyiz komisyonları⁶⁴ ise mahkeme olarak kabul edilmemektedir.

Tartışılacak en önemli konulardan birisi, AYM'nin kendisini Anayasanın 152. maddesi kapsamında bir “*mahkeme*” olarak görüp görmediği hususudur. AYM, siyasi parti kapatma davaları ile Yüce Divan sıfatı ile bakmış olduğu davalarda, kendisini Anayasanın 152. maddesi kapsamında “*davaya bakmakta olan mahkeme*” olarak kabul etmektedir⁶⁵. AYM'nin özellikle siyasi parti kapatma davalarında somut norm denetimi yolunu işlettiği pek çok kararı mevcuttur⁶⁶. Bu kararlarda itiraz yoluna başvuran kısmında “[*s*]iyasi parti kapatma davalarına bakan mahkeme sıfatıyla Anayasa Mahkemesi” ifadesine yer verilmektedir. Şu hâlde AYM, bir siyasi parti kapatma davasında veya Yüce Divan sıfatı ile baktığı davada, davaya uygulayacağı hükmü Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulursa, bu durumu bekletici mesele yaparak öncelikle Anayasaya aykırılık hususunu çözümleyecek ve daha sonra buna dayanarak davanın esası hakkında hüküm verecektir⁶⁷. Bu-

⁵⁶ AYM, E. 2007/53, K. 2007/61, 31/5/2007 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁵⁷ ATAR, **Türk Anayasa Hukuku**, 341; DÖNER, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 563; GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 1144-1145.

⁵⁸ AYM, E. 2014/172, K. 2014/170, 13/11/2014 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁵⁹ AYM, E. 1977/132, K. 1978/6, 26/1/1978 (AYM Kararlar Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. AYM, E. 1970/6, K. 1970/29, 4/6/1970 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁶⁰ AYM, E. 1967/15, K. 1967/15, 30/5/1967 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁶¹ AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, 3/10/2013 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁶² AYM, E. 1992/12, K. 1992/7, 18/2/1992 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁶³ AYM, E. 1964/51, K. 1965/3, 12/1/1965 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁶⁴ AYM, E. 1966/16, K. 1966/28, 27/6/1966 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁶⁵ ATAR, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 341; GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 1146; AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, 17/8/1971 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁶⁶ AYM, E. 1971/27, K. 1971/50, 6/5/1971 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); AYM, E. 1998/2, K. 1998/1, 9/1/1998 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); AYM, E. 2002/121, K. 2002/62, 9/7/2002 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); AYM, E. 2003/21, K. 2003/13, 1/4/2003 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); AYM, E. 2008/5, K. 2009/81, 11/6/2009 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); AYM, E. 2010/17, K. 2010/112, 8/12/2010 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁶⁷ GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 1146; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 432; ARSLAN, Çetin, “Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi”, Doktora Tezi, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 1997, s. 175-176.

nunla birlikte AYM; yasama dokunulmazlığının kaldırılması, TBMM üyeliğinin düşürülmesine ilişkin kararların denetlenmesi, kanunların ya da TBMM İçtüzüğü'nün Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi durumlarında, kendisini bir mahkeme olarak kabul etmemektedir⁶⁸.

C. İtiraz Konusu Norm Davada Uygulanacak Norm Olmalı

Anayasanın 152. maddesi gereğince bir kanun veya cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünün anayasaya aykırı olduğu iddiası ile somut norm denetimi yoluna konu edilebilmesi için, o normun ilgili davada uygulanacak norm olması gerekmektedir. Bu nedenle somut norm denetimi yoluna herhangi bir kanun ya da cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan hüküm için değil, ancak bir davada mahkeme tarafından uygulanacak olan norm bakımından başvurulabilmesi mümkündür. Şu hâlde tespit edilmesi gereken husus, Anayasanın 152. maddesi kapsamında “*davada uygulanacak norm*” ifadesinden ne anlaşılması gereğidir.

Somut norm denetiminin konusu olabilecek olan normun kapsamının ne olduğu öğretilerde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, davada uygulanacak normu geniş yorumlayarak bir davada yargılama süresince uygulanan bütün normların bu kapsamda olduğunu ifade etmektedir⁶⁹. Diğer bazıları ise dar yorum yapılması gerektiğini ve davada uygulanacak normdan yalnız davanın esasına etkili normların anlaşılması gerektiğini belirtmektedir⁷⁰. Yine davada uygulanacak olan normun, sadece davanın esasına ilişkin normları değil, aynı zamanda yargılama usulüne ilişkin normları da kapsadığı öğretilerde ileri sürülmektedir⁷¹.

Davada uygulanacak normun kapsamının ne olduğu konusunda AYM'nin istikrarlı kararlarının bulunduğu söylenemeyecektir⁷². Bir somut norm denetimi başvurusunda iptali istenen normun davada uygulanacak norm olup olmadığına AYM karar verecektir⁷³. Bir kararında AYM; “[b]ir davada uygulanacak yasa kuralı, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyumsuzluğu çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak kuraldır.” şeklinde

⁶⁸ AYM, E. 1964/22, K. 1964/54, 3/7/1964 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, 17/8/1971 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁶⁹ BİLGİN, s. 360.

⁷⁰ KIRATLI, s. 80-81; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 432.

⁷¹ EREN, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 1116.

⁷² BİLGİN, s. 360; GÖZTEPE, “Anayasa Mahkemesi”, s. 19.

⁷³ BİLGİN, 362; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 433.

belirleme yapmıştır⁷⁴. AYM'nin bu konudaki bir başka kararı ise şu şekildedir: “*Esasen bir davada uygulama yeri bulunan Kanun hükmü deyim veya kavramı, o davada sadece davayı açan belgede uygulanması istenen hükümleri değil, aynı zamanda davanın esasına etkili ve sonucu da değiştirecek nitelikte olup, dolaylı biçimde uygulanacak hükümleri de kapsamaktadır*”⁷⁵.

AYM'nin bireysel başvuru ile bağlantılı olarak vermiş olduğu bir somut norm denetimi kararı üzerinde de durmak isabetli olacaktır. Zira bu kararda AYM, davada uygulanacak norm bakımından farklı bir çerçeve sunmuştur. Somut olayda Elif Aydın Dost tarafından 17 Aralık 2014 tarihinde AYM'ye bireysel başvuru yapılmıştır⁷⁶. Bu bireysel başvuru; kolluk görevlilerinin güç kullanması neticesinde meydana gelen yaralama sonucunda, kolluk görevlileri hakkında yapılan şikâyet neticesinde yargılanan kolluk görevlileri hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmesi ve bu yolla kolluk görevlilerinin eylemlerinin yaptırımsız kalması nedeniyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. AYM önüne gelen bu bireysel başvuruda; “[ö]te yandan ceza yargılamasının HAGB kararı ile sonuçlanmış olması, kolluk görevlisinin sabit görülen eyleminden dolayı disiplin yönünden de hiçbir soruşturmaya tabi kılınmadığı ve hiçbir disiplin yaptırımı ile karşılaşmadığı tespiti ile birlikte ele alındığında cezasızlığın etkisini ağırlaştırmaktadır. (...) Disiplin yönünden de kolluk görevlisinin eylemi için herhangi bir yaptırımla karşılaşmamış olması HAGB kararının bu tür eylemlerin hoş görülemeyeceğine yönelik algının zayıflaması yönündeki etkisini pekiştirmektedir. Sonuç olarak ceza yargılamasının makul sürede tamamlanmaması, sanık A.Y. hakkında HAGB'ye karar verilmesiyle bu tür eylemlerin hoş görülmeyeceği yönündeki algının zayıflamasına yol açacak şekilde A.Y.'nin disiplin yönünden de hiçbir yaptırımla karşılaşmamış olması nedenleriyle olayda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağıyla ilgili olarak etkili bir soruşturma yapılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.” gerekçesi ile insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁷.

⁷⁴ AYM, E. 1996/2, (Siyasi Parti Kapatma) K. 1997/2, 18/2/1997 (AYM Kararlar Bilgi Bankası). Benzer kararlar için bkz. AYM, E. 2011/18, K. 2012/53, 11/4/2012 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); AYM, E. 2015/36, K. 2015/87, 8/10/2015 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); AYM, E. 2015/105, K. 2016/133, 14/7/2016 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁷⁵ AYM, E. 1971/28, K. 1971/64, 8/7/1971 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁷⁶ *Elif Aydın Dost*, B. No: 2014/19954, 12/6/2018 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁷⁷ *Elif Aydın Dost*, §66-67.

Karar sonrasında dosya, hak ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik yeniden yargılama yapılması için Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmiştir⁷⁸. Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi, bu dosyaya ilişkin yeniden yargılama sırasında HAGB'ye dair 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin beşinci ve diğer fıkralarında yer alan hükümlerin iptali için somut norm denetimi yoluna başvurmuştur⁷⁹. AYM, bu yolla önüne gelen somut norm denetimi başvurusunda, daha önce vermiş olduğu bireysel başvuru kararına atıfta bulunarak; "*Anayasa Mahkemesinin anılan kararı üzerine yapılan yeniden yargulamada ihlali giderecek şekilde yeniden karar verilmesi Anayasadan kaynaklanan bir zorunluluktur. Bu nedenle bakılmakta olan davada sanık hakkında artık HAGB kurumu uygulanamaz. Dolayısıyla yeniden yargılama yapan başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu iş bu davada Kanununun 231. maddesinde düzenlenen HAGB kurumunun uygulanma imkânı bulunmamaktadır.*" şeklindeki gerekçe ile ilgili normun davada uygulanacak norm olmadığından bahisle Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesinin yetkisizliği nedeniyle ret kararı vermiştir⁸⁰.

Bir kanun ya da cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bir hükmünün somut norm denetimine konu yapılmasından sonra ve fakat AYM tarafından anayasa-ya aykırılık iddiası hususunda karar verilmeden önce, ilgili norm yürürlükten kalkar ya da değiştirilirse, AYM iptali istenen normun incelenmesine devam etmemelidir⁸¹. Nitekim 1982 Anayasasının hazırlık sürecinde, kurucu meclisin bir kanadı olan Danışma Meclisi tarafından kabul edilen metinde yer alan "*yürürlükten kaldırılan hükümlerin iptaline karar verilmez*" ifadesi, kurucu meclisin diğer kanadı olan Milli Güvenlik Konseyi tarafından metinden çıkarılmıştır⁸². Bununla birlikte öğretide AYM tarafından normun incelenmesine devam edilirken normun yürürlükten kaldırılması ya da değiştirilmesi durumunda "*konusu kalmayan*" dava hakkında karar verilmesine gerek olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır⁸³. Esasen burada önemli olan yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen normun "*davada uygulanacak norm*" olup olmadığının tespitidir. Örneğin yürürlükten kaldırılan ya da değiştirilen norm, bir ceza (hukuku) normu

⁷⁸ Elif Aydın Dost, §72.

⁷⁹ AYM, E. 2020/102, K. 2021/1, 14/1/2021 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁸⁰ AYM'nin bu konudaki bireysel başvuru ve somut norm denetimi kararı hakkında değerlendirme için bkz. ŞAHBAZ, "Bireysel Başvuru", s. 17.

⁸¹ ATAR, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 343; GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1151; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 433.

⁸² ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 433.

⁸³ TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 247.

ise ve failin lehine bir hüküm içeriyorsa, lehe kanun uygulama alanı bulacağından, bu norm yürürlükten kaldırılmış veya değiştirilmiş olsa da davada uygulanacak norm niteliğini taşımaya devam edecektir; ancak yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen normun davada uygulanma imkânının söz konusu olmadığı durumlarda (örneğin failin daha aleyhine olan bir ceza normu olması hâlinde) artık bu norm davada uygulanacak norm vasfını kaybedeceğinden, AYM tarafından davanın reddine karar verilmelidir⁸⁴. Böyle durumlarda AYM tarafından “karar verilmesine yer olmadığı kararı” verilmektedir⁸⁵.

Ç. Mahkeme Uygulanacak Normu Anayasaya Aykırı Görmeli veya Tarafların Anayasaya Aykırılık İddiasını Ciddi Bulmalı

Anayasaya göre davaya bakmakta olan mahkeme, görmekte olduğu davada uygulanacak bir normun Anayasaya aykırı olduğuna kanaat getirirse ya da taraflardan biri tarafından normun Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülürse ve mahkeme bu iddianın ciddi olduğu kanaatine varırsa, somut norm denetimi yolu işletilebilecektir. Davayı görmekte olan mahkeme, yalnız basit bir şüphe ile normun Anayasaya aykırılığı iddiası ile AYM’ye başvuramaz⁸⁶. Nitekim 6216 sayılı Kanununun 40. maddesinin ilk fıkrası gereğince davaya bakmakta olan mahkeme, “iptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan” bir gerekçe göstermek zorundadır.

Bir kanun veya cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla somut norm denetimi yoluna gidilebilmesi, esasen iki şekilde olabilmektedir. Bu kapsamda, ilk olarak davaya bakmakta olan mahkeme, tarafların herhangi bir iddiası olmaksızın resen davada uygulanacak olan normun Anayasaya aykırı olduğuna kanaat getirerek AYM’ye başvurabilir. İkinci olarak ise mahkeme resen böyle bir kanaatte olmaksızın taraflardan biri tarafından Anayasaya aykırılık hususunda ileri sürülen iddiayı ciddi bularak normun Anayasaya aykırılığı iddiası ile AYM’ye başvurabilir. Bu iki husus her ne kadar birbirine benzer gözükse de aynı şey değildir. Öyle ki taraflar davada uygula-

⁸⁴ Aynı yönde bkz. EREN, s. 1117. Nitekim AYM bir kararında bu hususu şöyle vurgulamıştır: “İtiraz başvurularında itiraz konusu kuralın yürürlükten kaldırılmış olması kural olarak mülga kuralın esasının incelenmesine engel oluşturulmasına karşın başvuruya konu itiraz konusu kuralda yapılan değişikliğin lehe olması nedeniyle vergi ziyai veya usulsüzlük cezalarının tekrerrür nedeniyle artırıldığı tüm uyumsuzluklarda uygulanacağı açıktır”. Karar için bkz. AYM, E. 2021/51, K. 2021/80, 4/11/2021 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁸⁵ AYM, E. 2018/76, K. 2022/125, 26/10/2022 (AYM Kararlar Bilgi Bankası); AYM, E. 2019/17, K. 2022/145, 30/11/2022 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

⁸⁶ ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 434.

nacak olan normun Anayasaya uygun olduğunu düşünseler de mahkeme, resen normun Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa AYM'ye başvurabilir. Bunun tam tersi de mümkündür. Örneğin mahkeme davada uygulanacak olan normun Anayasaya uygun olduğunu düşünse de tarafların Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanaatine varırsa normu AYM'ye taşıyabilir⁸⁷. Taraflardan birinin iddiasının mahkemece ciddi bulunması, mahkemenin de ilgili normu doğrudan Anayasaya aykırı gördüğü anlamına gelmez⁸⁸. Burada taraflardan biri ya da hepsi, davada uygulanacak olan normu Anayasaya aykırı görseler de mahkemeden bağımsız olarak bizzat AYM'ye normun iptali için başvuramazlar. Somut norm denetimi yoluna ancak mahkemeler başvurabilirler⁸⁹.

Taraflarca Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulması durumunda, taraflardan biri tarafından Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulabileceği gibi tarafların tamamı da Anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilir. Burada “*taraf*” kavramından ne anlaşılması gerektiği, ilgili davada uygulanan usul kurallarına göre tespit edilecektir⁹⁰. Bu noktada ele alınması gereken hususlardan birisi de “*iddianın ciddiliği*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. İddianın ciddi olduğu kanısına varılması, mahkemenin de ilgili normu Anayasaya aykırı gördüğü anlamına gelmez. Burada iddianın ciddiliği, ileri sürülen iddianın hukuki bir esastan yoksun olmadığı, bu iddianın hukuken tartışılabilir değerde bulunduğu anlamına gelmektedir⁹¹. Bir diğer ifadeyle, iddianın ciddiliğinden anlaşılması gereken, bu iddianın ve bu iddiaya ilişkin kanıtların kuşku doğurucu ve hukuken tartışmaya değer nitelikte olmasıdır⁹². Salt davayı uzatma amacı güden ve açıkça hukuki dayanaktan yoksun olan iddiaların kabul edilemez bulunması gerektiği öğretide ileri sürülmektedir⁹³.

Davayı uzatma amacı gütsen de tarafça ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası kanaatimizce ciddi bulunabilir⁹⁴. Öyle ki tarafın amacının davayı uzatmak olduğu durumlarda Anayasaya aykırılık iddiası, ileri sürülen hukuki gerekçeler ve kanıtlarla hukuken tartışılmaya değer olabilir. Bu iki şekilde söz konusu ola-

⁸⁷ EGELİĞİ, Ömer Emrullah, “Somut Norm Denetiminde Anayasa’ya Aykırılık İddiasının Ciddiliği Meselesi”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2022, C. 39, S. 2, s. 221.

⁸⁸ ATAR, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 344.

⁸⁹ DÖNER, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 564.

⁹⁰ BİLGİN, s. 363-364.

⁹¹ KIRATLI, s. 69.

⁹² BİLGİN, s. 366.

⁹³ ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 434.

⁹⁴ Aynı yönde bkz. BİLGİN, s. 366-367. Bu konuda ayrıntılı tartışma için bkz. EGELİĞİ, s. 226-234.

bilir. İlk durumda, taraflardan biri davayı uzatma amacı ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunur ve davaya bakan mahkeme, ilgili normun Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varır. Esasen bu durumda bir sorun söz konusu olmaz. Zira taraflar, normun Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmese de ve hatta tam tersine normun Anayasaya uygun olduğunu belirtse de davaya bakan mahkeme, resen ilgili normu Anayasaya aykırı görerek AYM'ye başvurabilir⁹⁵. İkinci durumda ise taraflardan biri, davayı uzatmak amacıyla Anayasaya aykırılık iddiasında bulunur ve bu iddiayı hukuki kanıt ve gerekçelerle destekler. Bu durumda da somut norm denetimi yolunun işletilebilmesi gerekir. Zira taraflarca Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmasının en temel sebebi şüphesiz ki ilgili normun kendisi hakkında uygulanmasının istenmemesidir. Böyle bir durumda Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan taraf, kasti olmasa da en azından davanın uzayacağını bilmektedir⁹⁶. Şu hâlde tarafça ileri sürülen iddianın ciddiliğinin objektif esaslara göre tespiti gerekmektedir; ancak belirtmek gerekir ki, salt davayı uzatmak amacı güden ve herhangi bir hukuki kanıt ve gerekçeden yoksun olan, bir başka deyişle hukuken tartışılmaya gerek olmayan ve ciddi bir şüphe oluşturmayan iddia ciddi kabul edilemez.

Davada uygulanacak olan normun Anayasaya aykırı olduğu iddiasının taraflardan biri tarafından ileri sürülmesi hâlinde, bu iddianın ciddi olup olmadığına davaya bakan mahkeme karar verecektir⁹⁷. AYM, davaya bakan mahkemenin iddianın ciddiliği konusundaki kanaatini inceleme yetkisine sahip değildir. Burada tarafça ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olup olmadığını değerlendirecek olan makam, davaya bakan mahkemedir. Esasen aksi bir kabulde, AYM tarafından Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olmadığı yönünde bir belirleme yapılması, AYM'nin ilgili normu Anayasaya aykırı görmediği anlamına gelecektir. Bu sebeple, AYM'nin “iddianın ciddiliği” hususunda inceleme yapmasına gerek yoktur⁹⁸.

III. YAPISAL SORUNLARIN ÇÖZÜMÜNDE SOMUT NORM DENETİMİ YOLUNUN İŞLETİLMESİ

AYM, bireysel başvuruya konu olan yargı kararının dayandığı yasa hükmünü Anayasaya aykırı görmesi durumunda, bu durumu Mahkeme İçtüzüğü'nün

⁹⁵ EGELİĞİ, s. 227.

⁹⁶ BİLGİN, s. 366.

⁹⁷ DÖNER, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 565.

⁹⁸ KIRATLI, s. 71.

75. maddesi uyarınca “*yapısal sorun*” olarak değerlendirmekte; Anayasaya aykırı yasa hükmünün yürürlükten kaldırılması ya da değiştirilerek Anayasaya uygun hâle getirilmesi için TBMM’ye çağrı yaparak “*keyfiyeti*” bildirmektedir. Çağrı kararlarına yönelik somut adımların TBMM tarafından yeterli düzeyde atılmaması, bir diğer ifadeyle yapısal sorunların çözümünde çağrı kararlarının işlevsiz kalması, bahse konu sorunların çözümünde somut norm denetimi yolunun işletilme ihtimalinin öğretilde tartışılmasını beraberinde getirmiştir. Öğretilerdeki bir görüşe göre, bireysel başvuruyu inceleyen AYM Bölümlerinin somut norm denetimi yolunu işletebilmeleri mümkün değildir. Bu görüşe göre; Bölümler, Anayasanın 152. maddesi kapsamında birer mahkeme değildir. Ayrıca Bölümler bireysel başvuru esnasında herhangi bir dava görmemektedir. Yine bireysel başvuru incelemesinde Anayasaya aykırılığı ileri sürülecek olan kanun, bireysel başvuruda uygulanacak norm değildir⁹⁹.

Öğretilerdeki bir diğer görüş, yapısal sorunların çözümünde somut norm denetimi yolunun işletilmesini mümkün görmektedir. Bu görüşe göre, AYM Bölümleri, bireysel başvuru incelemesi sırasında resen veya istem üzerine bireysel başvuruya konu işlemin dayandığı normun Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa yahut başvurucunun aykırılık iddiasını ciddi bulursa, bu konuyu bekletici/ön sorun yapmalı ve dosyayı AYM Genel Kuruluna göndermelidir¹⁰⁰. Yapısal sorunların çözümünde somut norm denetiminin işlevsel kılınabileceğini savunan bir diğer görüşe göre ise Bölümler, bireysel başvuruyu incelerken AYM niteliğinde çalıştıklarından dolayı Anayasanın 152. maddesi kapsamında mahkeme olarak değerlendirilmelidir¹⁰¹. Yine bu görüşe göre bireysel başvuru, Anayasanın 152. maddesi kapsamında bir davadır¹⁰². Öğretilerdeki bir başka görüş de temel hakların etkin olarak korunması için bireysel başvuru kapsamında AYM’nin somut norm denetimi yolunu işletmesinin mümkün ve gerekli olduğunu; ancak yine de bu konuda açık bir düzenleme yapılmasının daha doğru olacağını savunmaktadır¹⁰³.

⁹⁹ GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 1155. Farklı gerekçelerle aynı yönde bkz. SAĞLAM, Fazıl, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Paneli Tartışma Bölümü”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s. 59-61.

¹⁰⁰ ŞİRİN, Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 296.

¹⁰¹ GÖZTEPE, “Anayasa Mahkemesi”, s. 15.

¹⁰² GÖZTEPE, “Anayasa Mahkemesi”, s. 19.

¹⁰³ ŞAHBAZ, İbrahim, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s. 91-94.

Söz konusu tartışma kapsamında ilgili yasal düzenlemelerin ele alınmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Öncelikli olarak Anayasanın 6. maddesine göre, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz”. Yine 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “[y]asama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz”. Esasen 6216 sayılı Kanunun henüz tasarı hâlindeki metninde (m.49/6); “[b]ölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar.” şeklinde bir hükme yer verilmişti¹⁰⁴. Bu hüküm, Anayasa Alt Komisyonunda kanun tasarısı metninden oybirliği ile çıkarılmıştır. Alt Komisyonun ilgili hükmü tasarı metninden çıkarma gerekçesi şu şekildedir: “Ayrıca altıncı fıkra Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir iptal davası açma imkânı yaratıldığını söylemiştir. Anayasa Mahkemesi hem hâkim hem savcı durumuna düşürülmemelidir. Diğer üyelerimiz de bu itirazlara aynen katılmışlardır. Ayhan Sefer Üstün bölümlerde görev yapan üyelerin genel kurula da katılacaklarını, bunun sakıncalı olacağını, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek yeni düzenlemeyi yapması gerektiğini söylemiştir. İtiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, hukuku somut olaya uygulama mahkemenin takdir yetkisinde olmakta, itiraz hâlinde mahkeme aradan çıkmaktadır. Bu görüşler doğrultusunda maddenin (...) altıncı fıkrası metninden çıkarılmıştır”¹⁰⁵.

Anılan kanun tasarısının 49. maddesinin altıncı fıkrası, TBMM Anayasa Komisyonunda şu şekilde yeniden düzenlenmiştir: “Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”. Anayasa Komisyonunda yapılan bu değişikliğin gerekçesi ise şöyledir: “Madde üzerinde verilen bir önerenin kabulü ile bireysel başvuru-

¹⁰⁴ Kanun tasarısının tam metnine erişim için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-b68b-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6216#step-3>, E.T. 26.04.2023.

¹⁰⁵ Anayasa Alt Komisyonunda kabul edilen ilgili madde fıkrasının son hâli şöyledir: “Bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”. Alt Komisyon raporunun tam metnine erişim için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?Yasama-KanunId=f72877be-b68b-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6216#step-4>, E.T. 26.04.2023.

*ruda Anayasa Mahkemesinin işlevinin sadece bir temel hak ihlalinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi ile sınırlı olduğunu açıkça ortaya koyan ibare üçüncü fıkrasına eklenmiş; diğer mahkemeler ile Anayasa Mahkemesi arasında ortaya çıkabilecek olası görev ve yetki karmaşasının engellenmesi amacıyla altıncı fıkrası yeniden düzenlenmiştir*¹⁰⁶.

Bireysel başvuruya ilişkin mevzuat ile bu mevzuatın tarihsel arka planı incelendiğinde, kanun koyucunun AYM'ye bireysel başvuru incelemesi sırasında somut norm denetimi yolunu işletme yetkisini vermediği ve Anayasa Alt Komisyonundaki karardan ve bu kararın gerekçesinden de anlaşılacağı üzeri böyle bir yetkiyi vermek de istemediği anlaşılmaktadır¹⁰⁷. Kanaatimizce de AYM'nin bireysel başvuru incelemesi sırasında somut norm denetimi yolunu işletebilmesi, temel hakların korunması bakımından daha doğru olacaktır; ancak bunun için açık bir yasal düzenlemenin yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. AYM'nin açık bir yasal dayanak olmamasına rağmen “yürürlüğü durdurma kararı” vermesi öğretide referans gösterilerek yasal dayanak olmadan da bireysel başvuru incelemesi sırasında somut norm denetimi yolunun işletilebileceği ileri sürülmektedir. Bu görüş kanaatimizce mahzurludur¹⁰⁸. Zira AYM'nin yürürlüğü durdurma kararı vermesi de herhangi bir yasal dayanak bulunmadığı için kanaatimizce hukuka aykırıdır¹⁰⁹.

Ayrıca vurgulamak gerekir ki, 6216 sayılı Kanununun 49. maddesi, 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir (m.76). Bu tarihten sonra mezkûr yasada kanun koyucu tarafından pek çok defa değişiklik yapılmıştır; ancak kanun koyucu, 49. maddede herhangi bir değişikliğe gitmemiştir. Bu da kanun koyucunun iradesinin AYM'ye bu yönde bir yetki vermek istemediği yönünde olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Şu hâlde kamu hukuku organlarının yetkisizliğinin genel kaide olduğu gerçeği de hesaba katıldığında ve yetkili olmanın dar yoruma tabi istisnalar dairesinde olabileceği dikkate alındığında, AYM'nin yapısal sorunların çözümünde somut norm denetimi yolunu işlevsel kılmasının, bu hususa ilişkin yetkilendirmeyi yapacak yasal düzenleme ile mümkün kılınabileceğini belirtmek gerekir.

¹⁰⁶ Anayasa Komisyonu raporunun tam metnine erişim için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-b68b-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=-6216#step-4>, E.T. 26.04.2023.

¹⁰⁷ Öyle ki Alt Komisyonunda tasarı metninden çıkarılan hüküm, TBMM Genel Kurulunda tartışma konusu dahi olmamıştır. Bkz. ŞİRİN, s. 280.

¹⁰⁸ ŞAHBAZ, “Bireysel Başvuru”, s. 93.

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1219; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 458-459.

Söz konusu yetkiyi AYM'nin mevcut anayasal düzen dairesinde kullanılabileceği, gerek Anayasanın Başlangıç kısmı gerek bazı hükümleri referans gösterilerek ileri sürülmektedir. Bu bağlamda, Anayasanın Başlangıç kısmında belirtilen “[*k*]uvvetler ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir iş bölümü” olduğu hükmü referans gösterilerek, yapısal sorunun kuvvetler ayrılığının gereği olarak AYM tarafından TBMM'ye bildirilmesi sonrasında teşri organın adım atması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu hüküm gereği adım atılmadığı takdirde, AYM'nin önüne gelen her bireysel başvuruda aynı gerekçeyle tekraren ihlal kararı vermesi ve bu ihlale kaynaklık eden yasa hükmü bakımından TBMM'ye yapısal sorunu tekraren bildirmesi söz konusu olacağı da ayrıca ileri sürülmektedir. Bahse konu kısır döngünün “*bir hukuk devletindeki medeni iş bölümüne karşılık gelmediğini*” savunan öğretilerdeki bu görüş; teşri adımın atılmamasının Anayasada güvence altına alınan hak arama hürriyeti (m.36) ve etkili başvuru hakkı (m.40) yönünden de ihlallere sebebiyet vereceğini belirtmektedir. Yine Anayasanın (m.5) devlete yüklediği pozitif yükümlülükler doğrultusunda da hak ihlallerine sebebiyet veren yapısal sorunların giderilmesinde devletin sadece onarıcı değil, önleyici adalet altyapısını da hazırlama ödevi bulunduğu belirtilmekte; önleyici adaleti sağlamak üzere yapısal sorunun çözümünde somut norm denetiminin işlevsel kılınabilmesi mümkün görülmektedir¹¹⁰.

Önemle not edilmelidir ki, yukarıda belirtilen hususlar, yapısal sorunların çözümünde somut norm denetimi yolunu işlevsel kılabilecek yasal düzenlemenin gerekçesi olabilir. Bir diğer ifadeyle, öğretilerdeki bahse konu görüş, AYM'nin yetkili olduğunu göstermekten ziyade neden bu yetkiye sahip olması gerektiğini izah eder niteliktedir. Kuvvetler ayrılığı ile devlet organları arasında herhangi bir üstünlük sıralaması kurulmadığını belirten Anayasanın Başlangıç kısmı, “*üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu[nu]*” da normlaştırmaktadır. Üstünlüğün bulunduğu Anayasa ve kanunlar tarafından bahse konu yetkilendirme AYM için yapılmamaktadır. Bu yönde bir yetkilendirme, Avusturya Anayasa Mahkemesi için caridir. 1920 Avusturya Anayasası (m.140/1-b), somut norm denetimi yolunu işlevsel kılmak üzere Avusturya Anayasa Mahkemesi'ni yetkilendirmektedir¹¹¹. Bireysel başvurular yönünden benzeri bir yetkilendirme

¹¹⁰ GÖZTEPE, “Anayasa Mahkemesi”, s. 4.

¹¹¹ 1920 Anayasasının tam metnine erişim için bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138>, E.T. 26.04.2023. Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi yoluna başvurma yetkisine ilişkin bilgi için bkz. ÖHLINGER, Theo, “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”, *Ratio Juris*, Y.

dirmenin AYM için de yapılması mümkündür. Söz konusu düzenleme için anayasa değişikliği yapılarak somut norm denetiminin sınırları genişletilebilir ve yapısal sorunların çözümünde bu denetim türünü işlevsel kılmak üzere AYM yetkilendirilebilir¹¹².

SONUÇ

2012 yılından itibaren bireysel başvuruları karara bağlayan AYM, karşılaştığı maddi hukuk ve usule ilişkin sorunları; Anayasa, 6216 sayılı Kanun ve Mahkeme İçtüzüğü hükümleri doğrultusunda çözmeye gayret göstermektedir. Bu yöndeki adımlardan biri, AYM'nin yapısal sorunların çözümü bağlamındaki çağrı kararlarıdır. Söz konusu kararlar, bireysel başvurulara konu olan yargı kararlarının dayandığı yasa hükümlerinin Anayasaya aykırı görülmesi durumunda alınmaktadır. Bu kapsamda, Anayasaya aykırılığın teşri adım vasıtasıyla ortadan kaldırılması için TBMM'ye keyfiyet bildirilerek çağrı yapılmaktadır. Bahse konu bildirimlere istinaden TBMM'nin yeterli düzeyde etkinlik göstermemesi, çağrı kararlarının işlevselliğinin öğretilde tartışılmasını beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda, kararların işlevselliğinin artırılabilmesi için öneriler sunan eserler yayınlanmıştır. Yapısal sorunların çözümünde çağrı kararlarından ziyade somut norm denetiminin işlevsel kılınmasını öneren eserler de yayınlanmıştır.

Türk anayasa yargısına ilişkin düzenlemeler dairesinde AYM tarafından objektif somut norm denetimi gerçekleştirilmektedir. Bu denetimin işlevsel kılınabilmesi için dört şartın karşılanması gerekmektedir: (i) bakılmakta olan bir dava olmalı, (ii) davaya bakmakta olan bir mahkeme olmalı, (iii) itiraz konusu norm, o davada uygulanacak norm olmalı ve (iv) mahkeme, uygulanacak olan normu Anayasaya aykırı görmeli veya tarafların Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmalıdır. Bireysel başvurular yönünden bu şartların sağlandığı ve yapısal sorunların çözümünde somut norm denetimi yoluna gidilebileceği ileri sürülmektedir; ancak önemle belirtmek gerekir ki, AYM'nin bireysel başvurular

2003, C. 16, S. 2, s. 206-222; FABER, Ronald, "The Austrian Constitutional Court - An Overview", **Vienna Journal on International Constitutional Law**, Y. 2008, C. 2, S. 1, s. 49-53; GAMPER, Anna / PALERMO, Francesco, "The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review", **Journal of Comparative Law**, Y. 2008, C. 3, S. 2, s. 70.

¹¹² Yapısal sorunların çözümü için somut norm denetimi yolunu işlevsel kılmaktan ziyade çağrı kararlarının etkililiğini artırmak üzere de egemen devletlerdeki bazı uygulamalar referans gösterilerek yasal düzenlemeler önerilebilmektedir. Öğretilerdeki bir görüşe göre, çağrı kararlarının etkililiğini artırmak üzere AYM için Alman Anayasa Mahkemesi'nin sahip olduğu yasama organına çağrı kararı yetkisine benzer bir düzenleme yapılabilir. Bu yol vasıtasıyla TBMM'nin çağrı kararlarını genel görüşme ile değerlendirmesine ve gerekli teşri adımı atmasına yönelik düzenlemeler normlaştırılabilir. Bu öneriye ilişkin daha fazla bilgi için bkz. BEYOĞLU, s. 761-809.

kapsamında somut norm denetimi yolunu işlevsel kılma yetkisi yoktur. Gerek bireysel başvuruya ilişkin mevzuat gerek söz konusu mevzuatın tarihsel arka planı, kanun koyucunun AYM'ye bu yetkiyi vermek istemediğini göstermektedir.

Kanaatimizce bireysel başvuruların incelenmesi esnasında somut norm denetimi işlevsel kılınabilmelidir. Önleyici adalet uygulamaları ile hak ihlallerine sebebiyet veren yapısal sorunların giderilmesi gerekmektedir. Önleyici adalet altyapısının hazırlanması da Anayasanın 5. maddesinin bir gereğidir. Bu kapsamda, anayasa değişikliği ile somut norm denetiminin sınırları genişletilebilir ve AYM'nin bu denetim türünü yapısal sorunların çözümünde işlevsel kılması sağlanabilir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The authors has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The authors declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

ALİFENDİOĞLU, Yılmaz, “Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu”, **Anayasa Yargısı**, Y. 1984, C. 1, s. 101-137.

ANAYURT, Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ARSLAN, Çetin, “Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi”, Doktora Tezi, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 1997.

ATAR, Yavuz, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, **Anayasa Yargısı**, Y. 2008, C. 24, S. 1, s. 93-115.

ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

BELGESAY, Mustafa Reşit, **Dava Teorisi**, Numune Matbaası, İstanbul, 1943.

BEYOĞLU, Cem Ümit, “Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tespit Edilen Yapısal Sorunlara Dair Çözüm Önerileri”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 12, S. 2, s. 761-809.

BİLGİN, Çağlar, “Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 1988, S. 3, s. 350-376.

CUHRUK, Mahmut Celalettin, “Türk Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, Y. 1984, C. 4, s. 5-15.

DÖNER, Ayhan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Doğu Ciltevi, Erzincan, 2022.

DÖNER, Ayhan, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

EGELİĞİ, Ömer Emrullah, “Somut Norm Denetiminde Anayasa’ya Aykırılık İddiasının Ciddiliği Meselesi”, **Anayasa Yargısı**, Y. 2022, C. 39, S. 2, s. 213-261.

EREN, Abdurrahman, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

FABER, Ronald, “The Austrian Constitutional Court - An Overview”, **Vienna Journal on International Constitutional Law**, Y. 2008, C. 2, S. 1, s. 49-53.

GAMPER, Anna / PALERMO, Francesco, “The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review”, **Journal of Comparative Law**, Y. 2008, C. 3, S. 2, s. 64-69.

- GARLICKI, Lech, “Constitutional Courts versus Supreme Courts”, **International Journal of Constitutional Law**, Y. 2007, C. 5, S. 1, s. 44-68.
- GAROUPA, Nuno, “Empirical Legal Studies and Constitutional Courts”, **The Indian Journal of Constitutional Law**, Y. 2011, C. 5, s. 26-54.
- GAROUPA, Nuno / GINSBURG, Tom, “Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences”, **Arizona Journal of International & Comparative Law**, Y. 2011, C. 28, S. 3, s. 539-568.
- GÖREN, Zafer, “Anayasa Mahkemesi ve Yasama Arasındaki Karşılıklı Etkileşim”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 2019, C. 84, S. 1, s. 231-293.
- GÖZLER, Kemal, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Y. 2006, C. 61, S. 3, s. 131-166.
- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt 2**, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÖZTEPE, Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme”, **Anayasa Yargısı**, Y. 2021, C. 38, S. 1, s. 43-83.
- GÖZTEPE, Ece, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İncelemesinde Somut Norm Denetimi Yoluna Başvurabilir Mi?”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Y. 2022, C. 11, S. 21, s. 1-30.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Anayasa Hukuku**, 19. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013.
- GÜVEYİ, Ümit, “Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2012, C. 16, S. 3, s. 137-162.
- KANADOĞLU, Osman Korkut, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, Y. 2008, C. 24, S. 1, s. 61-89.
- KARAHAN, Özge, “‘TBMM’ye Çağrı’ Giderim Kararlarının İşlevsizliği ve Bu Kararlara İşlevsellik Kazandırma Amacıyla Getirilen Önerilerin Değerlendirilmesi”, **Yasama Dergisi**, Y. 2022, S. 46, s. 37-72.
- KELEMEN, Katalin, “Dissenting Opinions in Constitutional Courts”, **German Law Journal**, Y. 2013, C. 14, S. 8, s. 1345-1371.
- KIRATLI, Metin, **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966.
- ÖHLİNGER, Theo, “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”, **Ratio Juris**, Y. 2003, C. 16, S. 2, s. 206-222.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1993.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

- PFERSMANN, Otto, “Concrete Review as Indirect Constitutional Complaint in French Constitutional Law: A Comparative Perspective”, **European Constitutional Law Review**, Y. 2010, C. 6, S. 2, s. 223-248.
- SAĞLAM, Fazıl, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Paneli Tartışma Bölümü”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011.
- ŞAHBAZ, İbrahim, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011.
- ŞAHBAZ, İbrahim, “Bireysel Başvuru Üzerine Verilen İhlal Kararı Sonrası Somut Norm Denetimi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, S. 2, s. 117-175.
- ŞİRİN, Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku: Cilt 1**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- TAŞKIN, Şaban Cankat, “2010 Anayasa Değişikliklerinden Sonra Türk Anayasa Mahkemesinin Yapılanması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2011, C. 24, S. 97, s. 171-230.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- TURHAN, Mehmet, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C. 62, S. 3, s. 379-404.

Suriye’de Barış İnşası İçin Muhtemel Bir Anayasal Tasarım^(*)

A Possible Constitutional Design for Peacebuilding in Syria

Salim ORHAN^(**)

Öz:

Suriye’de 2011 yılından bu yana farklı beklenti ve hedeflere sahip birçok aktörün dahil olduğu bir iç savaş yaşanmaktadır. Yüzbinlerce insanın hayatına mal olan bu savaş ve çatışmaların sosyoe-konomik ve politik birçok nedeni olmakla birlikte esas belirleyici nedenini, Suriye’deki otoriter rejimin on yıllardan beri uygulamış olduğu etno-mezhepsel politikalar oluşturmaktadır. Suriye’deki çatışmaların sona erdirilmesi ve barışın sağlanması için çözüm mekanizmalarına ve yeni bir anayasal düzene yönelik çabalar, savaşın patlak vermesinden itibaren başlamıştır. Ancak bu çaba ve girişimler henüz barış inşası ve anayasal tasarım adına olumlu bir sonuç vermemiştir. Bu makale, Suriye’deki savaşın ve çatışmaların genel yapısını ve niteliklerini, tarihsel ve toplumsal nedenlerini analiz ederek bu çatışmaları sonlandıracak, barış, demokrasi ve istikrarı inşa edecek olası bir anayasal tasarımın ve barış anlaşmasının temel ilkelerini incelemeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda, Suriye’nin muhtemel bir barış inşası ve anayasal tasarımı için teorik bir zemin sunması amacıyla bu çalışmanın ilk bölümünde çatışmalı ve/veya bölünmüş toplumlarda anayasal tasarım ve barış inşasına yönelik genel bir inceleme yapılacaktır. İkinci bölümde ise ilk olarak Suriye’deki çatışmaların genel yapısı, aktörleri ve toplumsal nitelikleri analiz edildikten sonra tarihsel ve siyasal arka planına bakılacaktır. Akabinde Suriye’de çatışma çözümü, barış inşası ve anayasal tasarıma yönelik çabalar ele alınacaktır. Bu kısmın sonunda Suriye’de çatışmadan barışa geçişi sağlayacak bir barış antlaşmasının ve anayasal tasarımın temel çerçevesi/ilkelere ile ilk bölümde sunulan genel inceleme arasında bağ kurulacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Suriye, Bölünmüş Toplamlar, Anayasal Tasarım, Barış İnşası, Çatışma Çözümü.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.07.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 08.08.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1357948>

Bu makaleye atf için: ORHAN, Salim, “Suriye’de Barış İnşası İçin Muhtemel Bir Anayasal Tasarım”, **İMHD**, C. 8, S. 2, 2023, s. 523-571

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı / Diyarbakır - Türkiye

E-posta: salim.orhan@dicle.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9604-8700>

Abstract:

Syria has been experiencing a civil war involving many actors with different expectations and goals since 2011. Although there are many socio-economic and political reasons for this war, which has cost the lives of hundreds of thousands of people, the main determining reason is the ethno-sectarian policies that the authoritarian regime in Syria has implemented for decades. Attempts for a new constitutional order and resolution mechanisms in order to end the conflicts and build peace in Syria have started since the outbreak of the war. However, these efforts and attempts have not yet produced a positive result for peacebuilding and constitutional design. This article aims to examine the basic principles of a possible constitutional design and peace agreement that will end these conflicts and establish peace, democracy, and stability through examining the general structure and characteristics of war and conflicts in Syria, as well as their historical and social causes. In this context, the first part of this study conducts a general review of constitutional design and peacebuilding in conflicted/divided societies. The second part analyzes the structure, actors, and societal characteristics of conflicts in Syria, along with its historical and political background. Efforts related to conflict resolution, peacebuilding, and constitutional design in Syria will also be discussed. At the end of this part, a connection will be made between the main principles of a constitutional design facilitating the transition from conflict to peace in Syria and the general review presented in the first part for divided societies.

Keywords:

Syria, Divided Societies, Constitutional Design, Peacebuilding, Conflict Resolution.

GİRİŞ

2010 yılının sonlarında Tunus'ta başlayan hükümet karşıtı protestolar hızlı bir biçimde Kuzey Afrika ve Ortadoğu bölgesinde bulunan birçok devlete yayılmıştır. Arap Dünyasındaki baskıcı otoriter rejim ve yöneticilere karşı başlayan bu başkaldırıları, özgürlükçü ve çoğulcu bir demokrasiyi geliştireceği beklentisiyle "Arap Baharı" olarak adlandırılmıştır. Ancak olayların baş gösterdiği hiçbir yerde beklenen özgürlükçü demokrasi ortaya çıkmamıştır. Demokrasi baharı beklentisi ile başlayan bu olaylar, hızlı bir biçimde grupların güç ve iktidar mücadelelerine, ideolojik çatışmalara, toplumsal şiddete ve bazı yerlerde iç savaşa evrilmiştir. Başta "Arap Baharı" olarak tanımlanan bu olayların kısa bir sürede şiddet dalgasına, istikrarsızlığa ve kargaşaya dönüşümü daha sonraki bazı analistler tarafından "Arap Kışı" kavramı ile nitelenmiştir.¹ Nihayetinde birkaç diktatörün devrilmesi dışında, demokrasi ve özgürlük emellerinden hiçbirisi gerçekleşmemiş ve birçok yönden çok sayıda insanın hayatı eskisinden çok daha kötü bir hale gelmiştir.

¹ FELDMAN, Noah, **The Arab Winter: A Tragedy**, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2020; SPENCER, Robert, **Arab Winter Comes to America: The Truth about the War We're in**, Regnery Publishing, Washington, DC, 2014; GOUREVITCH, Philip, "The Arab Winter", **The New Yorker**, (Çevrimiçi) <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-arab-winter>, E.T. 14.11.2022.

Bu protesto ve başkaldırı dalgası kısa bir süre sonra Suriye’ye de sıçramış ve Mart 2011’de uzun süreden beri egemen olan baskıcı Baas Partisi ve Beşar Esad rejimi aleyhine kitlesel gösteriler ve ayaklanmalar başlamıştır. Suriye’ye ulaşan bu olaylar, hızlı bir biçimde uzun süre devam edecek bir iç savaşa dönüşmüştür.² Beşar Esad, Suriye’de güvenlik güçlerini arkasına alarak iktidarda kalmaya devam etmiştir. Suriye’de olaylar çatışmaya dönüştükten sonra Suriye ordusundan bazı askerler ayrılıp rejimin karşısına geçmiş olsa da -Libya’daki gibi- Suriye ordusu parçalanıp dağılmamıştır.

On yıldan fazladır devam eden iç savaşın ekonomik ve politik birçok faktörü olmakla birlikte, esas belirleyici faktör etno-mezhpsel faktörlerdir. Suriye iç savaşına giden yoldaki ilk protestolar sosyoekonomik nedenlerle başlamış olsa da yıllardan beri birikmiş etno-mezhpsel kimlikçi tutumların ortaya çıkmasına fırsat sunmuş ve kimliklere dayalı çatışmanın başlatıcı bir nedeni olmuştur. Ekonomik faktörler, çatışmanın esas nedeni değil; belki bir etken olarak bu etno-mezhpsel çatışmayı beslemiştir. Savaşın başlamasından sonra etno-mezhpeçi ve kimlikçi tutumlar gelişmemiş veya savaş sonradan böyle bir çizgiye kaymamıştır. Bu iç savaşın esas nedenini yıllara dayalı kimlikçi ve sektör politikalar oluşturmaktadır. Suriye’deki iç savaş ve çatışmanın nedenine ve niteliğine yönelik tespit, sunulacak çözüm seçeneğinin belirlenmesi için önem arz etmektedir.

Suriye, farklı etno-mezhpsel gruplara ve kimliklere dayanan ve farklı beklentiler içerisinde olan *çok aktörün* çatışma halinde olduğu bir alan haline gelmiştir. Suriye çatışması, yerel aktörlerle sınırlı kalmamış, bölgesel ve uluslararası güçlerin müdahil olduğu ve rekabet ettiği bir hal almıştır. Bu müdahale, Suriye’deki savaşı yerel nedenlerinden ve dinamiklerinden bağımsız salt bir “vekalet savaşına” indirgemez. Ancak bölgesel ve uluslararası güçlerin bu çatışmadaki rolü de inkâr edilemez. Suriye’de istikrarlı bir çatışma çözümü ve barış inşası için geliştirilecek formül, doğrudan çatışma halinde olan grupların ve aktörlerin uzlaşmasına bağlı olmakla birlikte, müdahil olan bu güçlerin de -güç ve etki dereceleriyle orantılı- desteğini gerektirmektedir.

Suriye’de çatışmanın çözümüne ve barışın inşasına yönelik çabalar, savaşın patlak vermesinden hemen sonra başlamıştır. Başta BM olmak üzere uluslararası ve bölgesel güçlerin öncülüğünde çok sayıda barış görüşmesi düzenlenmiştir.

² BM yetkilileri 2012’de Suriye’deki çatışmayı artık bir iç savaş olarak tanımladılar. CHARBONNEAU, Louis, “Syria Conflict Now a Civil War, U.N. Peacekeeping Chief Says”, **Reuters**, <https://www.reuters.com/article/us-syria-crisis-un-idUSBRE85B11V20120612>, E.T. 10.12.2022. Bu çalışma, Suriye’deki durum için hem savaş hem de çatışma kavramını kullanmaktadır.

Savaşı sona erdirecek siyasi çözüm mekanizmaları, barış inşası ve anayasal tasarım konusunda muhtelif öneriler müzakere masalarında ele alınmış olsa da henüz olumlu bir sonuç alınmış değildir. Diğer yandan devam eden bu savaşta Suriye rejimi, ülkenin büyük bir bölümünde tekrar kontrolü ele geçirmiş durumda ve hakimiyetini sağlamlaştırmaya çalışmaktadır. Suriye'deki savaşı etkileyen yerel, bölgesel ve uluslararası birçok faktör ve aktör bulunduğu için elbette savaşın nasıl sonuçlanacağını önceden bilmek mümkün değildir. Ancak Suriye'de çatışma halinde olan etno-mezhepsel gruplar tarafından kabul edilecek bir barış antlaşması olmadan ve savaş sonrası olası yönetim ve anayasal tasarım Suriye'nin *derin bir biçimde bölünmüş* etno-mezhepsel yapısına uygun bir şekilde düzenlenmeden, çatışmaların tekrar etmesi ve istikrarın bozulması potansiyel olarak varlığını koruyacaktır.

Derinden bölünmüş toplumlarda anayasal tasarım, sıklıkla barış sürecinin ayrılmaz bir parçası haline gelmekte ve barış, demokrasi ve istikrarı tesis edecek en önemli süreçlerden birini teşkil etmektedir. Genellikle barış antlaşmalarının esas olarak kısa vadede şiddete dayalı çatışmayı sona erdirmeye yönelik olduğu; anayasaların ise, daha çok devletin uzun vadeli istikrarı ve yapısı yani geleceğe yönelik barış inşası ile ilgili olduğu düşünülmektedir. Ancak bu iki sürecin birbirinden ayrılması pek mümkün olmamakta ve bu tür toplumlarda anayasa müzakereleri ile barış süreçleri iç içe geçebilmektedir. Çatışan tarafların kısa vadede şiddeti sonlandırmak için uzlaştıkları bir barış antlaşması, bizzatı anayasal bir belge niteliğinde olabileceği gibi, daha sonra yapılacak yeni bir anayasanın temelini de oluşturabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, barış antlaşması anayasal bir belge olabileceği gibi anayasa da bir barış antlaşması ve barış inşasının ilkelerini içeren bir çerçevede ele alınabilmektedir. Burada anayasa ile klasik formel bir yasalar bütününden ziyade bir devletin yönetim biçiminin temel ilkeleri ve ruhu kastedilmektedir.

Suriye'deki savaşı sonlandıracak, barış, demokrasi ve istikrarı inşa edecek bir anayasal tasarımın temel ilkelerinin neler olabileceği bir soru olarak öne çıkmaktadır. Bu sorunun cevabı ise, çatışmanın niteliğinin, siyasal ve tarihsel kökeninin tespit edilmesi ve benzer toplumların barış inşasına yönelik anayasal tasarım tecrübelerine dayalı oluşan genel yaklaşımın saptanmasına dayanmaktadır. Bu bağlamda, Suriye'nin muhtemel bir barış inşası ve anayasal tasarımı için teorik bir zemin sunması maksadıyla bu çalışmanın ilk bölümünde çatışmalı ve/veya bölünmüş toplumlarda anayasal tasarım ve barış inşasına yönelik genel bir inceleme yapılacaktır. İkinci bölümde ise ilk olarak Suriye'deki çatışmaların genel yapısı, aktörleri ve toplumsal nitelikleri analiz edildikten sonra

tarihsel ve siyasi arka planına bakılacaktır. Akabinde Suriye’de çatışma çözümü, barış inşası ve anayasal tasarıma yönelik çabalar ele alınacaktır. Bu kısmın sonunda Suriye’de çatışmadan barışa geçişi sağlayacak bir barış antlaşmasının ve anayasal tasarımın temel çerçevesi/ilkeleri ile ilk bölümde sunulan genel inceleme arasında bağ kurulacaktır.

I. ÇATIŞMALI VE BÖLÜNmüş TOPLUMLAR İÇİN ANAYASAL TASARIM

Şiddetli çatışmaların devam ettiği toplumlarda çatışmanın yatıştırılması ve güvenliğin sağlanması, barış inşa etmenin öncelikli gereklilikleri olduğu konusunda pek bir ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak istikrarlı bir barış inşası, sadece savaş ve doğrudan şiddetin yokluğu olarak *negatif barış* ile değil; aynı zamanda doğası gereği kırılğan bir yapıya sahip olan bu negatif barışın, çatışmaların yeniden başlama risk ve tehlikesinin giderildiği *pozitif barışa* evrilmesine denk gelmektedir.³ Çatışma sonrası barış inşası, çatışmanın esas ve yapısal nedenlerinin ortadan kaldırıldığı istikrarlı ve demokratik bir siyaset ve yönetime geçişi hedeflemektedir. Böyle bir siyasi ortamın sağlanmasında anayasal tasarımın önemli bir rolü bulunmaktadır.⁴ Bu anlamda anayasalar, bölünmüş toplumlarda çatışma çözümü ve barış inşası için önemli stratejik belgelerdir. Anayasalar ve anayasal düzenlemeleri içeren belgeler, etno-kültürel farklılıklar ekseninde ortaya çıkan hak taleplerini karşılayarak çatışmayı önleyebilir veya bu eksenle ortaya çıkan çatışmaların nedenlerini gidererek çatışmayı dönüştürebilirler. Ancak bu metinler, tam tersi olarak, söz konusu gruplara yönelik ayrımcı hükümler içererek veya bu tür grupları tanımayıp buna bağlı olan haklarını da ret ederek toplumsal bölünmüşlüğün ve çatışmanın bizatihi nedeni de olabilirler veya çatışmayı daha da keskinleştirebilirler.⁵

Bu tür toplumlarda anayasa yapım süreci ve müzakereleri, barış görüşmelerinin bir parçası olarak çatışmalı bir ortamda veya çatışma sonrası toplumsal bölünmüşlüğün derin bir biçimde var olduğu ve çatışma riskinin yüksek olduğu

³ GALTUNG, Johan, “Violence, Peace, and Peace Research”, *Journal of Peace Research*, Y. 1969, C. 6, S. 3, s. 183.

⁴ Barış inşası; sosyal, ekonomik, siyasi ve kültürel birçok boyutu olan ve muhtelif teknikler gerektiren yapısal ve süreçsel bir durumdur. Bu durum, imzalanan antlaşmalar ve anayasal düzenlemelerin dışında, insanlar arasındaki ilişkilerde de barışı sağlayacak hakikat komisyonlarından toplumsal gruplara yönelik eğitim ve rehabilite programlarına dek çeşitli stratejilere ve tekniklere ihtiyaç duymaktadır. Barış inşasının bu diğer teknikleri burada incelenmeyecektir.

⁵ ORHAN, Salim, *Bölünmüş Toplumlar Anayasal Uzlaşma ve Demokrasi*, Orion Kitabevi, Ankara, 2020, s. 58.

bir atmosferde yürütülmektedir. Dolayısıyla bu tür toplumlar için anayasa yapımı, her halükarda barış inşa sürecinin bir parçası olarak işlev görebilmekte ve istikrarlı bir demokrasiye geçiş için fonksiyonel bir rol oynayabilmektedir. Bu çerçevede, ideal bir anayasa yapım süreci, çatışmanın temel nedenlerini ele alarak bunları birer çatışma nedeni olmaktan çıkarmak ve barış inşa etmek için birçok şeyi başarabilir. Uygun bir anayasa yapım süreci ve anayasal model, çatışmalı süreci çatışmadan barışa yöneltebilir, çatışmayı çözmek için toplumu şiddete başvuran bir toplumdan politik araçlara başvuran bir topluma dönüştürebilir ve iktidara/kaynaklara erişimi düzenleyecek yönetim çerçevesini şekillendirebilir. Ayrıca, toplumdaki gelecek çatışmaların şiddete dönüşü olmaksızın yönetilebileceği kurumlar ve mekanizmalar da oluşturabilir.⁶ Anayasal tasarım, çatışmaların barışçıl olarak sonlandırılmasında etkin olabildiği gibi, çatışmaların önlenmesinde de önemli rol oynayabilir.

Son kırk yılda şiddete dayalı iç çatışma riski altında olan ülkelerde 200'den fazla yeni anayasanın yapıldığı ifade edilmektedir.⁷ Dünyanın birçok bölgesinde yaşanan çatışma sonrası sağlanan barış antlaşmaları da istikrarlı bir barış ve demokrasi için yeni anayasaların gelişimini gerektirmiştir. Buna paralel olarak, 1990'lar boyunca anayasal ve temel kurumsal düzenlemeler, etnik, dilsel, dinsel veya ulusal çelişkiler ve çatışmalar ile bölünmüş toplumlarda şiddetli çatışmaların azaltılması ve demokrasinin yayılması çabalarında en temel konu haline gelmiştir.⁸ Bölünmüş toplumlarda anayasal tasarım ile çatışma çözümü ve barış inşası arasındaki ilişki konusunda yapılan çalışmalar son onlu yıllarda artmış ve geniş bir yazın biriktirmiştir.

Bölünmüş toplumlar ile anayasal mühendislik konusundaki çalışmalar, derin toplumsal bölünmelerin demokrasi için ciddi sorunlar oluşturduğu ve bu nedenle bölünmüş toplumların olduğu ülkelerde demokrasiyi yerleştirmenin ve sürdürmenin genellikle daha zor olduğu noktasında uzlaşmaktadır. Ayrıca, etnik ve diğer derin bölünmeler sorununun, henüz demokratik veya tam demokratik olmayan ülkelerde demokrasinin yerleşik olduğu ülkelere göre daha büyük olduğu ve bu tür bölünmelerin yirmi birinci yüzyılda demokratikleşmenin önünde büyük bir

⁶ SAMUELS, Kirsti, "Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making", *Chicago Journal of International Law*, Y. 2006, C. 6, S. 2, s. 664.

⁷ WIDNER, Jennifer, "Constitution Writing in Post-conflict Settings: An Overview", *William & Mary Law Review*, Y. 2008, C. 49, S. 4, s. 1513.

⁸ BELMONT, Katharine / MAINWARING, Mainwaring / REYNOLDS Andrew: "Institutional Design, Conflict Management, and Democracy", *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*, Ed. Andrew REYNOLDS, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 1.

engel oluşturduğu konusunda da uzlaşa bulunmaktadır.⁹ Özellikle bu bölünmüşlük yıkıcı bir iç çatışmaya dayandığında ve anayasal tasarım da bu bağlamda ele alındığında zorluklar katmerleşmektedir. Çatışma sonrası toplumlarda anayasa müzakereleri, şiddet tarihinin üstesinden gelmeye çalışırken aynı zamanda genellikle topluma nüfuz etmiş etno-kültürel bölünmeleri de yönlendirmek zorundadır. Dahası bu tür toplumlar için anayasa yapımından sonra anayasanın uygulanma sorunu ve zorluğu da bulunmaktadır. Anayasa kabul edildikten sonra, bu tür toplumdaki zayıf demokratik gelenekler, zarar görmüş veya var olmayan devlet kurumları, deneyimsiz veya yozlaşmış kamu hizmeti ve zayıf sivil toplum ve hukuk devleti geleneği, anayasanın uygulanmasını engelleyebilir.¹⁰ Bu zorluklarla birlikte, anayasa müzakereleri bu toplumlarda barış, istikrar ve demokrasinin yerleşmesi için önemli etkilere sahip büyük fırsatlar sunmaktadır. Bu noktada tarafların göstereceği siyasi irade çok önem arz etmektedir. Siyasi irade, aynı zamanda çatışma sonrası anayasaların ve barış antlaşmalarının uygulama sorunlarının da üstesinde gelebilecek önemli bir etkidir.

Bölünmüş toplumlarda anayasanın birden çok işleve sahip olması, genel olarak zor bir süreç olan anayasa yapımını daha da ağır bir yüke dönüştürmektedir. Esas olarak bölünmüş toplumlarda anayasanın *düzenleyici* (*regulative*) ve *kurucu/inşai* (*constitutive*) işlevleri bulunmakta ve bu iki işlev arasındaki ayrımın belirlenmesi önem arz etmektedir.¹¹ Ancak bölünmüş toplumlarda anayasanın düzenleyici işlevinden ziyade, esas önem arz eden kurucu işlevi ve rolüdür. En genel anlamda anayasaların devletin kurumsal yapısını inşa etmesi ve temel hak ve özgürlükleri düzenlemesi ve buna bağlı olarak iktidarı sınırlaması, anayasanın düzenleyici işlevine denk gelmektedir. Bu noktada bölünmüş bir toplum ile diğer herhangi bir toplum arasında ciddi bir fark bulunmamaktadır.¹² Bölünmüş toplumlar için esas sorun anayasanın kurucu işlevi ile ilgilidir.

Bölünmüş toplumlarda anayasanın anayasal rejim altında kendi kendini yönetecek halkı (*demos*) ve/veya halkın kimliğini inşa etmesi kurucu işlevine denk

⁹ LIJPHART, Arend, “The Wave of Power-Sharing Democracy”, **The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy**, Ed. Andrew REYNOLDS, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 38; LIJPHART, Arend, “Constitutional Design for Divided Societies”, **Journal of Democracy**, Y. 2004, C. 15, S. 2, s. 96-97.

¹⁰ SAMUELS, Kirsti / WYETH, Vanessa Hawkins, **State-building and Constitutional Design after Conflict**, International Peace Academy, New York, 2006, s. 1.

¹¹ CHOUDHRY, Sujit, “Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies”, **Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?**, Ed. Sujit CHOUDHRY, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 5.

¹² CHOUDHRY, s. 5-6.

gelmektedir. Bölünmüş toplumlarda bir çatışma tarihinin varlığı veya ortak bir paylaşımın yokluğundan anayasalar genellikle ortak bir siyasal kimliğin inşası için temel araçlardır. Anayasa, bir dereceye kadar, farklı etno-kültürel grupların üyeleri arasında ortak karar almak için kurumsal alanlar yaratarak ortak bir siyasal kimliğin gelişimini sağlayabilmektedir.¹³ Etno-kültürel grupların paylaştıkları ortak bir kimliğin olmadığı, devletin temel değerlerine ve normlarına ilişkin bir uzlaşımın bulunmadığı bölünmüş toplumlarda barış, istikrar ve demokrasinin inşası üzerinde hem anayasal model tercihi hem de anayasa yapım yöntemi etkili olabilmektedir.

Bölünmüş toplumlarda anayasa yapım süreci, çatışma çözümü ve barış için fırsatlar içerdiği gibi riskler de taşımaktadır. Anayasa yapım süreci, esas olarak devletin uzun vadeli barış ve istikrarına odaklanırken, çatışma çözümünün ve barış inşasının daha acil ve kısa vadeli nedenlerine de yardımcı olabilir. Ancak tam tersi bir kulvarda da işleyebilir. Yanlış tasarlanmış bir anayasa yapma süreci, ümit vaat eden proto-demokratik koşullar sunan ülkelerde bile istikrarlı demokrasi beklentilerine zarar verebilir.¹⁴ Yeni bir anayasanın yazılması, bölünmüş toplumlardaki gibi kimlik sorunlarının çözülmemiş olduğu toplumlarda sıklıkla kimlikle ilgili temel soruları gündeme getirir. Ülkelerin yakın geçmişte otoriterlikten veya şiddetten uzaklaşan siyasi geçişlerin ardından anayasa taslağı hazırladığı durumlarda risk daha da artmaktadır. Bu durum Arap ülkelerindeki başkaldırılarından sonra olduğu gibi rakip vizyonların bir savaş ve çatışmasına dönüşebilir.¹⁵

A. Anayasa Yapım Süreci

Yoğun dahili uyuşmazlık ve çatışma şartlarında, anayasa yapım tartışmaları özellikle ortak köprülerden ziyade farklılıklara odaklandığında politik bir çatışma riskini taşımaktadır.¹⁶ Diğer bir ifadeyle bu tür koşullarda şekli bir anayasa yapmak, potansiyel siyasi istikrarı ve demokratikleşmeyi ilerletmekten ziyade durdurma riskini taşıyan yüksek bahisli bir oyundur. Kısaca kutuplaşmanın olduğu ortamlarda, devletin kimliğinin belirlendiği anayasa hazırlama süreci, birçok siyasi kriz riskini barındırdığından özel yöntemler gerektirmektedir.¹⁷

¹³ CHOUDHRY, s. 6.

¹⁴ BENOMAR, Jamal, "Constitution-Making After Conflict: Lessons for Iraq", *Journal of Democracy*, Y. 2004, C. 15, S. 2, s. 82.

¹⁵ BALI, Ash / LERNER, Hanna, "Constitutional Design Without Constitutional Moments: Lessons from Religiously Divided Societies", *Cornell International Law Journal*, Y. 2016, C. 49, S. 2, s. 228.

¹⁶ LERNER, Hanna, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 33.

¹⁷ LERNER, Hanna, "Constitution-writing in deeply divided societies: the incrementalist approach", *Nations and Nationalism*, Y. 2010, C. 16, S. 1, s. 68-69.

Bölünmüş toplumlarda geleneksel anayasa yapım yönteminden ziyade süreç odaklı bir anayasa yapım yönteminin daha işlevsel olduğu düşünülmektedir. Burada anayasa yapımı, bir süreç, devam eden bir görüşme veya çatışma ve bölünme ortasında müzakere için bir oturum olarak değerlendirilmektedir.¹⁸ Anayasal süreç, çeşitli çıkar grupları arasında meydana gelecek etkileşimleri, genellikle anayasa kabul edildikten sonra da uzun süre devam edecek şekilde yapılandırır. Sürecin kendisinin besleyebileceği yeni meselelerin ve yeni bilinçli veya seferber olmuş grupların ortaya çıkmasına bir pencere açmak tutmak önemlidir. Uzun vadeli barış inşası ve demokrasi için, mümkün ise anayasa müzakerelerinin, barış görüşmelerinden ayrı tutulması ve sonrasına bırakılması önerilmektedir.¹⁹ Çünkü devam eden çatışma ve şiddet bağlamında çatışan gruplar arasında yüksek düzeyde güvensizlik ve temassızlık söz konusu olur. Çatışma sonrasında ise, genellikle tutkular daha azalmış ve gruplar arasındaki temas ve güven artmış olduğundan anayasa yapıcılarının uzun vadeli barış ve demokrasi için anayasalarla ilişkilendirilen daha geniş amaçlara hizmet eden bir belge oluşturmaları daha mümkün hale gelir.²⁰ Diğer yandan bölünmüş toplumlarda anayasal tasarım, genellikle çatışma çözümünün ve barış sürecinin ayrılmaz bir parçası haline gelmektedir. Dolayısıyla anayasanın tamamı olmasa da, bazı konuları çatışma sonrası bir döneme bırakılması mümkündür.

Bölünmüş toplumlarda anayasa yapım süreci için işlevsel bir anayasa yapım yaklaşımı olarak “aşamalı anayasa yapım yaklaşımı” (incrementalist approach to constitution-making) önerilmektedir. Esasen çatışmayı önleme ve erteleme stratejisi olan bu yöntem, kısa vadede çözülmesi mümkün olmayan ve çatışmayı kızıştırma potansiyeli olan sorunların “olağan siyasi süreçlere” bırakılmasını öngörmektedir. Aşamalı anayasa yapım stratejisi, üzerinde uzlaşılmayan temel meselelere yönelik kesin hükümlerden ve çözümlerden kaçınmak - erteleme yöntemi-, anayasada muğlak ve müphem ve de birbiriyle çelişik ifadeler kullanmak ve bu meselelerin çözümünü geleceğe erteleyerek anayasa yapımı sonrası normal siyasi ve yasal süreçlere bırakmaktır.²¹ Bu çerçevede, aşamalı anayasa yapımı yaklaşımının dayanağını oluşturan dört ilke bulunmaktadır: Anti-çoğunlukçuluk; anayasa yapımında devrimci olmayan yaklaşım; biz bö-

¹⁸ HART, Vivien, “Constitution-Making and the Transformation of Conflict”, *Peace & Change*, Y. 2001, C. 26, S. 2, s. 153-154.

¹⁹ BENOMAR, s. 82-83.

²⁰ WIDNER, *Constitution Writing in Post-conflict Settings*, s. 1533-1534.

²¹ LERNER, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, s. 39-40.

lünmüş insanlar (var olan anlaşmazlıkların temsili); kararların anayasal alandan siyasal alana aktarılması.²²

Anayasa yapım sürecinin katılımcı ve kapsayıcı bir yöntem ile yürütülmesinin anayasal meşruiyeti ve istikrarı olumlu biçimde etkilediği genel olarak kabul edilmektedir. Katılımcı bir yöntem ile anayasa yapma sürecinin benimsenmesi, bölünmüş toplumlarda çatışmaya yol açan konular için bir müzakere formu ve barış inşasında gerekli olan toplumsal diyalog için bir fırsat olarak işlev görebilir. Ayrıca halkın demokratik eğitimine yol açabilir, toplumsal diyalog yoluyla bir iyileşme ve uzlaşma sürecini başlatabilir ve devletin geleceğine ilişkin yeni bir uzlaşma vizyonu oluşturabilir.²³ Katılımcı bir anayasal sürecin anayasal başarı için gerekli olduğu şeklindeki iddialar, henüz tam kanıtlanmış değildir. 194 çatışma sonrası anayasa üzerine yakın tarihli bir araştırma, anayasaların hazırlanmasına katılım derecelerindeki farklılıkların, dünyanın bazı bölgelerinde onay sonrası şiddet seviyeleri üzerinde büyük bir etkisi olmadığını, diğer bazı bölgelerde ise etkisi olduğunu belirtmektedir.²⁴ Esasen bu analiz, katılımcılığın bağlamsal bir etkiye sahip olduğunu göstermektedir. Anayasanın uygulanmasında başarının belirleyicisi olmamasına karşın katılımcı bir süreç, oluşturduğu diyalog ve müzakere formu ile siyasi geçişe önemli şekillerde katkı sağlayabilir. Ancak katılımcı ve kapsayıcı süreçler nüfusun daha geniş çıkarlarının anayasalarda temsiliyi sağlamakla birlikte, aynı zamanda anayasal süreci baltalayarak tepki gösteren yönetici seçkinler için bir tehdit de oluşturabilir. Dolayısıyla halkın katılımı ile güçlü seçkinlerin ve aktörlerin katılımı için teşvikler yaratmaya yönelik karşıt gerekliliklerin uzlaştırılması gerekmektedir.²⁵ Bu noktada katılımcılığın ve kapsayıcılığın bölünmüş toplumlar için esas önemi, kayda değer bütün etno-kültürel toplulukları veya onların temsilcilerini ne denli içerdiği konusunda ortaya çıkmaktadır.

Çatışmanın sona erdirilmesi ve barışın inşası amacıyla bütün tarafların temsili ve karar vermede pay sahibi olmasını güvence altına alan bir yaklaşımın anayasaya yansması gerekmektedir. Böyle bir yaklaşım doğal olarak anayasal model tercihini ve anayasanın içeriğini de belirlemektedir. Başka bir anlatımla, bölünmüş toplumlarda istikrarlı bir barış ve demokrasi için hem anayasa yapım sürecinin hem de anayasal içeriğin etno-kültürel toplulukları kapsamı gerek-

²² LERNER, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, s. 39-40; LERNER, *Constitution-writing in deeply divided societies*, s. 79-82.

²³ SAMUELS, s. 667.

²⁴ Bu konuda Bkz. WIDNER, Jennifer, "Constitution writing and conflict resolution", *The Round Table*, Y. 2005, C. 94, S. 381, s. 507 vd.

²⁵ SAMUELS / WYETH, s. 3.

mektedir. Barış, istikrar ve demokrasi için anayasa yapım süreci önemli olmakla birlikte, tercih edilen anayasal model ve anayasanın temel ilkeleri söz konusu amaçların uzun vadede sürdürülmesi için çok daha önem arz etmektedir.

B. Anayasal Model Tercih

Anayasal modele veya anayasanın içeriğini belirleyen temel ilkelere yönelik tercihler, bölünmüş toplumlarda çatışma çözümünde çok önemli bir etkiye sahiptir. Çünkü birçok durumda anayasa yapımı ile barış antlaşması iç içe geçmekte ve çatışma çözüm sürecinin bir parçası olarak ele alınmaktadır.²⁶ Çatışmalı toplumlarda veya çatışma sonrası bölünmüş toplumlarda barış inşa etme sürecinin bir parçası olarak görülen anayasanın nasıl bir yaklaşım ile oluşturulacağı ve temel ilkelerinin neler olacağı konusu, meselenin en önemli noktasını oluşturmaktadır.

Klasik anayasacılık perspektifiyle oluşturulan anayasal düzenlemenin bölünmüş toplumlardaki çatışma sorunlarının üstesinde gelip gelemeyeceği konusunda yoğun tartışmalar yapılmaktadır. Bu bağlamda, bölünmüş toplumlar için standart liberal anayasal mekanizmalar minimum değerler olarak kabul edilmekle birlikte; bu değerlerin ötesinde yasal çoğulculuk, federalizm, ortaklıkçılık (consociationalism) gibi asimilasyonu reddeden ve kültürel farklılıkları kamusal alanda açıkça eşit bir şekilde tanıyan politikalar önerilmektedir.²⁷ Çünkü anayasacılık haddi zatında kültürel homojenliğin devletin ve siyasetin niteliği haline gelmesini önlememektedir.²⁸ Anayasacılığın ilkeleri, iktidarın sınırlandırılması ve bireysel hakların korunması için çok önemli işlevlere sahiptir. Ancak bu ilkeler, bölünmüş toplumlardaki çatışmanın temel meselesi haline gelen etnik, dinsel, dinsel/mezhepsel veya ulusal farklılıklar konusunda yetersiz kalabilmektedir. Hatta klasik anayasacılık perspektifine dayanan anayasal düzenlemeler, bazen etno-kültürel alt toplulukların daha geniş ve “makbul” olan siyasi topluluğa (ulusa) asimile edilmesine yönelik bir araç olarak da kullanılmış ve bizatihi çatışma nedeni de olabilmıştır. Çünkü bir anayasa vatandaşlık için temel nitelik olarak sadece bir etnisiteyi, bir dili, bir dini veya bir ulusu şart koşabilir. Anayasada bazı kimlikler diğer kimliklerin rağmına güçlendirilebilir.²⁹ Ezcümle, bö-

²⁶ SAMUELS / WYETH, s. 5.

²⁷ CHOUDHRY, s. 4.

²⁸ O’LEARY, Branden, “Power Sharing in Deeply Divided Places: An Advocate’s Introduction”, **Power Sharing in Deeply Divided Places**, Ed. Joanne MCEVOY / Brendan O’LEARY, University of Pennsylvania Press, Philadelphia/Pennsylvania, 2013, s. 10.

²⁹ O’LEARY, Power Sharing in Deeply Divided Places: An Advocate’s Introduction, s. 8-9.

lünmüş toplumlarda barış, demokrasi ve istikrar için tercih edilecek anayasal model, klasik liberal anayasacılığın ötesinde yeni bir paradigmaya dayanması gerekmektedir.

Klasik anayasal demokrasinin gereği yapılacak seçimlerde muhalefetin bir gün iktidar olabileceğine yönelik varsayımı, bölünmüş toplumlarda işlememektedir. Bölünmüş toplumlarda klasik demokrasinin yarışmacı siyaseti, ortalama bir seçmen için normal bir seçim yarışını ifade etmemektedir. Çünkü bu tür toplumlarda seçmen davranışını etkileyen en önemli faktör, topluluk mensubiyetidir. Etno-kültürel kimliklere dayalı politik partiler egemen konumdadırlar. Bireyler de mensup oldukları grupların partilerini desteklemektedir.³⁰ Horowitz'ın de işaret ettiği gibi, böyle bir seçim bu tür toplumlarda bir seçimden ziyade bir nüfus sayımıdır.³¹ Bu şartlarda yapılan seçimler periyodik olarak azınlık gruplarının iktidardan dışlanmasına ve buna bağlı olarak toplumsal kutuplaşmaya ve çatışmaya neden olabilir.

Etno-kültürel kimlikler ekseninde meydana gelen her bir toplumsal bölünmüşlüğün ve çatışmanın kendine özgü şartlarda meydana gelmesi ve “biricik” olması, bütün bölünmüş toplumlar için çözüm olacak ortak bir anayasal modelin bulunmadığına işaret etmektedir. Ayrıca, bu çerçevede geliştirilen anayasal ve kurumsal düzenlemeler de kısa vadede bütün çatışmaları çözebilecek, bölünmüş toplumların her derdini giderecek ve bu özelliklere sahip bütün ülkelerin sağlam bir demokrasi kurmasını sağlayacak etkinliğe sahip olmayabilir.³² Bu şartlarla birlikte; bölünmüş toplumlarda barış, istikrar ve demokrasinin sağlanması konusunda bazı anayasal düzenlemelerin ve modellerin diğerlerine nazaran daha işlevsel oldukları da kabul edilmektedir. Yani toplumların özgün koşullarına uyarlanabilecek esnekliğe sahip ortak anayasal çözümler geliştirmek mümkündür. Çünkü etno-kültürel çatışmaların ve bölünmüş toplumların birçok ortak özelliği de bulunmaktadır.

Etnik, dilsel, dinsel/mezhepsel ve ulusal gruplar arasında güç paylaşım (power-sharing) mekanizmaları düzenleyerek bölünmüş toplumlarda barış, demokrasi ve istikrarı sağlayamaya yönelik seçenekler arasında en öne çıkan model, ortaklıkçı demokrasidir (consociational democracy). Ortaklıkçılık, “*etnik olarak bölünmüş toplumları yönetmenin başat modellerinden*” biri olarak gü-

³⁰ CHOUDHRY, s. 17.

³¹ HOROWITZ, Donald L., “Ethnic Conflict Management for Policymakers”, **Conflict and Peacemaking in Multiethnic Societies**, Ed. Joseph V. Montville, Lexington Books, Pennsylvania, 1990, s. 116.

³² BELMONT / MAINWARING / REYNOLDS, s. 3.

nümüzde kabul görmektedir.³³ Ortaklıkçılık taraftarları, “*ortaklıkçı demokrasinin, derince bölünmüş toplumlar için demokrasinin sadece en iyi formu değil, aynı zamanda derince bölünmüş ülkelerin çoğu için uygulanabilir tek çözüm*” olduğunu savunmaktadırlar.³⁴ Lijphart, ortaklıkçılığın birbirinden bağımsız farklı zamanlardaki ve yerlerdeki birçok uygulamasını delil göstererek ortaklıkçılığı “*gerçek veya potansiyel sivil çatışma durumunda yapılacak en rasyonel seçim*” olarak nitelirmektedir.³⁵ Ortaklıkçı teoriyle özdeşleştirilen Lijphart, bölünmüş toplumlarda tercihini ya “*ortaklıkçı demokrasi ya da hiç demokrasi olmayan*”³⁶ iki seçenek arasında olduğunu ileri sürmektedir.

Lijphart’ın belirttiği gibi, “*bölünmüş toplumlarda başarılı bir demokratik yönetimin kurulması iki temel unsuru gerektirmektedir: İktidar/güç paylaşımı ve grup özerkliği. Güç/iktidar paylaşımı, bütün önemli toplum gruplarının temsilcilerinin siyasal karar alma sürecine özellikle yürütme düzeyinde katılmaları anlamına gelmektedir; grup özerkliği ise bu grupların, özellikle eğitim ve kültür alanlarında kendi iç işlerini yönetecek yetkiye sahip olmalarını ifade etmektedir.*”³⁷ Bu iki unsur, ortaklıkçı demokrasinin temel iki niteliğini ifade eden unsurlardır.

Ortaklıkçı demokrasinin veya güç-paylaşım modelinin temel nitelikleri iki unsurla sınırlı değildir. Birbirine ilintili temel dört ilkesi ve unsuru bulunmaktadır: Bütün önemli grupların siyasal karar alma mekanizmalarına, özellikle de yürütmeye dahil edildiği *yürütmede güç-paylaşımı* (executive power-sharing) veya *büyük koalisyon*; siyasal temsilde, kamu istihdamında ve mali kaynakların tahsis edilmesinde toplumdaki grupların genel büyüklükleriyle orantılı bir şekilde temsil edilmesi ve faydalanması olan *orantılılık* (proportionality); toplulukların kendi iç işlerinde (özellikle kültür ve eğitim alanlarında) yetkili oldukları *özerklik*; gruplar için hayati öneme sahip temel konularda yapılacak yasal değişikliklerde grupların *veto* yetkisi.³⁸ Ortaklıkçılığın temel ilkeleri, bölünmüş toplumlarda iktidarı alt gruplar arasında orantısız paylaştırarak gruplar arası güven, barış, demokrasi ve istikrarı sağlamayı hedeflemektedir.

³³ TAYLOR, Rupert, “Introduction: The Promise of Consociational Theory”, **Consociational Theory: McGarry and O’Leary and Northern Ireland**, Ed. Rupert TAYLOR, Routledge, 2009, s. 1.

³⁴ LIJPHART, The Wave of Power-Sharing Democracy, s. 37; LIJPHART, Arend, **Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration**, Yale University Press, London, 1977, s. 48.

³⁵ LIJPHART, Arend, **Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice**, Routledge, Abingdon/OX, 2008, s. 278.

³⁶ LIJPHART, Arend, **Power-Sharing in South Africa**, University of California Press, Oakland/California, 1985, s. 109.

³⁷ LIJPHART, Constitutional Design for Divided Societies, s. 97.

³⁸ LIJPHART, **Democracy in Plural Societies**, s. 25-44; SISK, Timothy D, **Power Sharing and International Mediation in Ethnic Conflicts**, United States Institute of Peace, Washington, DC, 1996, s. 36-38.

Bölünmüş toplumlarda barış ve demokrasiyi hedefleyen ortaklıkçı güç paylaşım sisteminin temel ilkelerinin anlam kazanması, çeşitli anayasal tercihleri beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda bölünmüş toplumlarda toplulukları temsil eden siyasi partileri kapsama olanağından dolayı *yürütmede güç-paylaşım* (executive power-sharing) ilkesinin gerçekleşmesine en elverişli hükümet sistemi parlamenter sistem olduğu düşünülmektedir.³⁹ Ancak parlamenter sistem yerine farklı etno-kültürel grupların temsilcilerini -İsviçre Federal Konsey'i gibi- içeren kolektif bir başkanlık sistemi de, yürütmede güç-paylaşım ilkesinin gerçekleşmesine elverişli olabilir.⁴⁰ Esasen hem parlamenter sistem hem de kolektif bir başkanlık sistemi, iktidarın alt topluluklar arasında paylaşılmasına elverişlidir.⁴¹ Önemli olan nokta, iktidarın bir biçimde alt topluluklar arasında paylaşılmasının gerçekleşmesidir.

Bölünmüş toplumlarda öne çıkan önemli bir anayasal tercih ise, seçim sistemi ile ilgilidir. Seçim sistemi, politikleşmiş etno-kültürel grupların veya etnik olmayan ya da etnik üstü politik grupların orantılı olarak parlamentoda temsil edilmesi ile ilgilidir. Böyle bir temsiliyeti sağlayacak en iyi seçim sisteminin nispi temsil seçim sistemi olduğu konusunda pek bir ihtilaf bulunmamaktadır.⁴² Çoğunluk seçim sistemleri (majoritarian electoral systems), bölünmüş toplumlarda azınlık gruplarının yetersiz temsil edilmelerine neden olduğundan uzlaşıdan ziyade çatışma nedeni olabilirler.

Bölünmüş toplumlarda orantılılık ilkesinin anayasal olarak parlamento ve kabinenin yanı sıra, kamu istihdamında, yüksek yargıda, polis ve ordu gibi kamu hayatının diğer alanlarında da sağlanması gerekmektedir. Ancak bunun çok katı bir biçimde olması gerekmemektedir. Anayasada, orantılılık ilkesinin sağlanacağı lehine bir hükmün bulunması yeterlidir.⁴³

³⁹ LIJPHART, **Thinking About Democracy**, s. 80-81; LIJPHART, *The Wave of Power-Sharing Democracy*, s. 49.

⁴⁰ O'LEARY, Branden, "Power Sharing: An Advocate's Conclusion", **Power Sharing in Deeply Divided Places**, Ed. Joanne MCEVOY / Brendan O'LEARY, University of Pennsylvania Press, Philadelphia/Pennsylvania, 2013, s. 389.

⁴¹ SCHNECKENER, Ulrich, "Making Power-Sharing Work: Lessons from Successes and Failures in Ethnic Conflict Regulation", **Journal of Peace Research**, Y. 2002, C. 39, S. 2, s. 219-220.

⁴² LIJPHART, *Constitutional Design for Divided Societies*, s. 100-101; LIJPHART, *The Wave of Power-Sharing Democracy*, 52-53; MCGARRY, John / O'LEARY, Brendan / SIMEON, Richard, "Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation", **Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?**, Ed. Sujit CHOUDHRY, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 59; MCCULLOCH, Allison, **Power-Sharing and Political Stability in Deeply Divided Societies**, Routledge, 2014, s. 13.

⁴³ LIJPHART, *Constitutional Design for Divided Societies*, s. 105-106; LIJPHART, **Thinking About Democracy**, s. 84.

Bölünmüş toplumlarda anayasal tercih için öne çıkan ilkelere bir diğeri, münhasıran kendileriyle ilgili konularda etno-kültürel gruplara egemenlik yetkisi veren özerklik ilkesidir.⁴⁴ Etno-kültürel gruplar veya azınlıklar coğrafi olarak belirli bir bölgede kümelenmişlerse, bölgesel özerklik veya bu grupların sınırlarıyla özdeş olacak bir federal sistem en iyi sistem olacaktır. Ancak bu gruplar coğrafi açıdan dağınık olduklarında özerklik, bölgesel olmayan (non-territorial) bir biçimde düzenlenebilir.⁴⁵ “Kültürel özerklik” olarak da bilinen bu özerklik, “nerede ikamet ettiklerine bakmaksızın eğitim ve kültür gibi kendi özel alanlarıyla ilgili konularda”⁴⁶ toplumsal grupları yetkili kılmaktadır. Bölünmüş toplumdaki alt toplulukların coğrafi konumları ve demografik yapılarına bağlı olarak her iki özerklik modeli birlikte de anayasal olarak düzenlenebilir. Her iki özerklik modeli birlikte düzenlendiğinde azınlık gruplarının hakları daha sağlam bir güvenceye kavuşmuş olacaktır. Böyle bir anayasal tercih barış ve demokrasi için daha sağlam bir zemin oluşturacaktır.

Bölünmüş toplumlarda uzlaşma sağlayacak bir diğere anayasal düzenleme ise, azınlık vetosudur. Azınlık vetosu, azınlıklara temel “hayati meseleleri söz konusu olduğunda dışlanmayacaklarının bir güvencesini”⁴⁷ vererek azınlıkların korkusunu gidermektedir. Böylelikle kendilerini güven içinde hissedecek azınlıkların çoğunluk ile uzlaşma ve barış içinde yaşamaları daha mümkün hale gelmektedir.

Ortaklıkçı güç paylaşım sistemi, bölünmüş toplumlarda bir çatışma çözüm stratejisi ve anayasal model olarak geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Rupert Taylor, Birinci Dünya Savaşı sonrasında ortaklıkçılığın yirmi dokuz “güçlü örneğini” listelemiştir.⁴⁸ Günümüzde Bosna-Hersek, Kuzey İrlanda, Lübnan, Irak, Güney Tirol gibi birçok bölünmüş toplumda anayasal düzenlemeler, ortaklıkçı demokrasi ilkelerine dayanmaktadır. Bu örnek uygulamalar ortaklıkçı demokrasinin “tek beden” olarak uygulanmadığını, esnek bir yapıda olduğunu ve muhtelif toplumsal bağlamlarda çeşitlenebildiğini göstermektedir.

Bölünmüş toplumlarda ortaklıkçı demokrasiye dayalı bir anayasal sistemde iktidara ortak olacak grupların münhasıran etno-kültürel gruplar olması zorunlu

⁴⁴ LIJPHART, *Democracy in Plural Societies*, s. 41.

⁴⁵ LIJPHART, *Constitutional Design for Divided Societies*, s. 104.

⁴⁶ MCCULLOCH, s. 16.

⁴⁷ LIJPHART, Arend, “Majority Rule versus Democracy in Deeply Divided Societies”, *Politikon*, Y. 1977, C. 4, S. 2, s. 118.

⁴⁸ TAYLOR, s. 6.

değildir. Başka bir anlatımla, anayasal düzenleme “*grupları etnik köken ve din gibi doğuştan edinilen kıstaslara göre tanzim eden*” korporatif ortaklıkçı olmak zorunda değildir. Aksine; anayasanın “*ister etnik ister dini gruplara veya ister alt-grup ya da trans-grup kimliklerine dayalı olsun demokratik seçimlerde ortaya çıkan her türlü belirgin politik kimliğin karşılığını vermekte*” olan liberal ortaklıkçılığa dayanması gerekmektedir.⁴⁹ Böyle bir anayasal tercih, daha önceden var olan ve çatışmanın sertleşmesine neden olan etnik kimlikleri daha da güçlendirdiği ve kurumsallaştırdığı ve böylece elitlerin ılımlılığı için teşvikleri azalttığı şeklindeki geleneksel ortaklıkçılığa yönelik eleştirileri de gidermiş olacaktır.⁵⁰

Ortaklıkçı demokrasiye dayalı bir anayasal model, elitlerin işbirliğine dayanmaktadır.⁵¹ Başka bir anlatımla siyasi elitlerin gösterecekleri uzlaşa ve irade ile böyle bir anayasal sistem inşa edilebilir ve sürdürülebilir. Dolayısıyla belirginleşen toplulukların temsilcilerinin kapsamlı katılımı, bu sistemin hem inşa edilmesi hem de sürdürülmesi konusunda başarı şansını artıracaktır.

Bölünmüş toplumlarda demokrasi, barış ve istikrarın inşasına yönelik en rasyonel anayasal tercihin ortaklıkçı demokrasi olması, ortaklıkçılığın “kusursuz” olduğu veya her derde deva bir reçete olduğu ya da kolay uygulanabilen bir model olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak ortaklıkçı demokrasinin ilke ve unsurlarını içermeyen herhangi bir anayasal tercihin bölünmüş toplumlarda barış ve demokrasi inşa etme şansı pek olası değildir. Ezcümle, çatışmalı ve bölünmüş her bir toplumun “özgün” şartları çerçevesinde ortaklıkçı güç paylaşım sisteminin unsurlarını içeren bir anayasal tasarım, en iyi çözüm olacaktır.

On yıldan fazla bir süredir etno-mezhepsel hatlar üzerinden çatışan ve derin bir biçimde bölünmüş bir yer ve toplum olarak Suriye’de de demokrasi, barış ve istikrar inşası ancak ortaklıkçılık sisteminin unsurlarını içeren bir anayasal sistem ile mümkün olabilecektir. Diğer bir ifadeyle, ortaklıkçı güç paylaşım sisteminin unsurlarını tamamen dışlayan bir anayasal tasarımın Suriye’de demokrasi, barış ve istikrar üretme konusunda başarılı olma olasılığı zor görünmektedir.

⁴⁹ MCGARRY, John / O’LEARY, Brendan, “Iraq’s Constitution of 2005: Liberal Consociation as Political Prescription”, *International Journal of Constitutional Law*, Y. 2007, C. 5, S. 4, s. 675.

⁵⁰ WOLFF, Stefan, “Post-Conflict State Building: The Debate on Institutional Choice”, *Third World Quarterly*, Y. 2011, C. 32, S. 10, s. 1783.

⁵¹ LIJPHART, *Democracy in Plural Societies*, s. 1.

II. SURIYE’DEKİ ÇATIŞMALARIN GENEL NİTELİKLERİ, TARİHSEL KÖKENLERİ VE ÇÖZÜM ARAYIŞLARI

A. Suriye’deki Çatışmaların Genel Nitelikleri

Suriye’de 2011’den beri etno-mezhepsel hatlar üzerinden devam eden bir iç savaş ve çatışma yaşanmaktadır. Yakın tarihin en acımasız iç savaşlarından biri olan bu savaşta, net rakamlar ifade edilememekle birlikte, tahmini olarak yarım milyondan fazla insanın öldüğü⁵² ve 13 milyondan fazla insanın da zorla yerinden edilmiş olduğu belirtilmektedir.⁵³ Yani Suriye’deki nüfusun yarısından fazlası zora dayalı bir biçimde yerinden olmuştur. Bu rakamlar, savaş öncesi nüfusu 22 milyon civarı⁵⁴ olan bir ülkede nerdeyse herkesin -bir şekilde- bu çatışmalardan etkilendiğini göstermektedir. Suriye’de on yıldan fazla bir süredir devam eden bu savaş, meydana getirdiği felaket ve zayıatlar ile Suriye’nin nüfusunu ve demografik yapısını da değiştirmiştir.

Suriye, birçok etno-dinsel ve mezhepsel topluluğu bünyesinde barındıran mozaik bir ülkedir. Suriye nüfusunu oluşturan etno-dinsel ana gruplar içinde Sünni, Alevi, Şii, Hristiyan (Ortodoks çoğunluğun yanı sıra diğer mezhepler), Kürt, Dürzi, Asuri, Ermeni, Türkmen’ler sayılabilir. Resmi rakamlar bulunmadığından ve her kimliğin kendini eşit koşullarda özgür bir biçimde ifade etme imkanı olmadığından dolayı devlet altı bu etno-dinsel grupların oranları net olarak bilinmemektedir. Ancak bu grupların nüfusları hakkındaki istatistikler, aşağı yukarı örtüşmekte ve kesin olmamakla birlikte bir oran vermektedir. Savaş öncesi Suriye’nin nüfusu kabaca %60-65 Arap Sünni, %9-15 Kürt (az sayıda Kürt Ezidi ve Kürt Aleviler bulunmakla birlikte, tamamına yakını Sünni), %10-12 Arap Alevi, %5-9 Ortodoks Hristiyanlar, %3-3.2 Arap Dürzi, %1-1.5 Süryani, %1-2 Ermeni, %1-2 Arap İsmaili, %1-2 Türkmen, %1 Çerkes, Yahudi

⁵² Böyle uzun sürmüş karmaşık bir iç savaşta ölüm sayısının net olarak tespit edilmesi pek kolay değildir. Ancak çeşitli organizasyonlar tarafından tespit edilen minimum ölen kişi sayısı 350.000 ile 610.000 rakamı arasındadır. BBC News, “Syria War: UN Calculates New Death Toll”, **BBC News**, (Çevrimiçi) <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-58664859>, E.T. 07.12.2022; SOHR, “Syrian Revolution 11 years on | SOHR documents by names nearly 161,000 civilian deaths, including 40,500 children and women”, **The Syrian Observatory for Human Rights**, (Çevrimiçi) <https://www.syriaohr.com/en/243125/>, E.T. 07.12.2022.

⁵³ UNHCR, “UNHCR Global Trends 2019”, **unhcr.org**, (Çevrimiçi) <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5ee200e37/unhcr-global-trends-2019.html>, E.T. 05.12. 2022; UNHCR, “Global Trends Report 2021”, **unhcr.org**, (Çevrimiçi) <https://www.unhcr.org/62a9d1494/global-trends-report-2021>, E.T. 05.12.2022.

⁵⁴ The World Bank, “Population, total - Syrian Arab Republic”, **The World Bank Data**, (Çevrimiçi) <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=SY>, E.T. 19.11.2022.

ve diğerlerinden oluşmaktaydı.⁵⁵ Bu toplulukların nüfus oranları ve coğrafi ve bölgesel dağılımları, etno-mezhepsel hatlar üzerinden devam etmekte olan çatışmaların anlaşılması ve buna bağlı olarak sunulacak çözüm reçetesinin belirlenmesi için çok önemli noktaldır.

Suriye'deki toplulukların coğrafi konumları ve bölgesel dağılımları keskin ve net sınırlara sahip değildir ve hiçbir bölgede “mutlak bir homojenlik” görülmemektedir. Ancak bu topluluklardan bazılarının belirli bazı bölgelerde yoğunlaştıkları ve çoğunluk konumunda oldukları gayet açıktır. Küçük topluluklar genellikle daha dağınık bir durumda veya küçük yerel lokasyonlar dışında herhangi bir bölgede çoğunluğu teşkil etmez iken, büyük topluluklar coğrafik olarak belirli bölgelerde kümelenmiş ve çoğunluğu oluşturmaktadırlar. Bu çoğunluk bazı bölgelerde mutlak diğer bazı bölgelerde daha nispi bir çoğunluk olabilmektedir. Başkent Şam gibi büyükşehirlerde durum biraz daha farklı olup grupların dağılımı daha mahalli düzeyde olabilmektedir. Ülke genelinde ise, Kürtler Suriye'nin kuzeyinde, Aleviler Suriye'nin deniz ile tek sınırı olan batı bölgesinde, Dürziler Suriye'nin güneyindeki Süveyda bölgesinde, ülke genelinde çoğunluk olan Sünniler de daha geniş bir coğrafya olan Suriye'nin orta ve doğu bölgelerinde çoğunluk konumundadırlar.⁵⁶ Diğer jeopolitik koşulların yanı sıra toplulukların kendi bölgelerinde çoğunluğu oluşturmaları, bu toplulukların - en azından bir kısmının- tarihsel ve günümüzdeki taleplerini şekillendirmiş ve teritoryal bir boyut eklemiştir. Dolayısıyla halihazırdaki çatışmaların bir kısmının odağında teritoryal nitelik yer almaktadır. Ayrıca bu toplulukların çoğunun komşu ülkelerde akraba toplulukları da bulunmaktadır.

Arap Dünyasındaki diğer otokrasilerde başlayan “Arap Baharı”nın etkisiyle Mart 2011'de Suriye'nin Dera şehrinde ilk başta büyük ölçüde sosyoekonomik nedenlerle yapılan protestolar, kısa bir süre içinde yıllarca sürecek bir iç savaşa dönüştü. Suriye'deki savaşın birbiriyle ilintili birçok nedeni bulunmaktadır. Esad ailesi ile özdeşleşen rejimin yıllardan beri uygulamış olduğu baskılar ve

⁵⁵ IZADY, Michael, **Infographs, Maps and Statistics Collection (Columbia University, Gulf 2000 Project: 2006-present)**, (Çevrimiçi) https://gulf2000.columbia.edu/images/maps/Syria_Ethnic_summary_Ig.png, E.T. 20.12.2022; BALANCHE, Fabrice, **Sectarianism in Syria's Civil War, The Washington Institute for Near East Policy**, Washington, DC, 2018, s. 13; DOPPELHOFER, Christoph, “Will Palmyra rise again? - War Crimes against Cultural Heritage and Post-war reconstruction”, **Office of the High Commissioner for Human Rights**, (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/CulturalRights/DestructionHeritage/NGOS/Ch.Doppelhofer.pdf>, E.T. 21.12.2022; KHALIFA, Mustafa, “The impossible partition of Syria”, **Arab Reform Initiative**, (Çevrimiçi) https://s3.eu-central-1.amazonaws.com/storage.arab-reform.net/ari/2013/10/02101305/Arab_Reform_Initiative_2013-10_Research_Paper_en_the_impossible_partition_of_syria.pdf, E.T. 15.11.2022.

⁵⁶ IZADY; BALANCHE, s. XIII; KHALIFA, s. 13-17.

sosyoekonomik sebepler, çatışmaların önemli nedenlerini oluşturmaktadırlar. Ancak bu nedenler, hikayenin tamamını değil sadece bir kısmını anlatmakta ve savaşın asıl nedenini teşkil etmemektedirler. Çünkü protestoların ilk başladığı ülkelerde de uzun yıllardan beri otoriter rejimlerin uygulamış olduğu baskılar ve sosyoekonomik nedenler bulunmasına karşın, ayaklanmalar Suriye’deki gibi bir iç savaşa dönüşmedi. Suriye’yi diğerlerinden farklılaştıran ve özgün kılan onun etno-mezhepsel yapısı ve bu yapıya dayalı uygulamış olduğu politikalarıdır. Protestolar, zemini hazır olan etno-mezhepsel çatışmaların başlaması için bir kıvılcım görevi görmüştür. Diğer sosyoekonomik nedenler etno-mezhepsel çatışmayı destekleyen ve besleyen faktörler olmuştur. Protestoların ve çatışmaların yayılım haritası ve toplulukların bu çatışmadaki pozisyonları, iç savaşın etno-mezhepsel niteliğini net bir biçimde göstermektedir.

Suriye’deki alt topluluklardan hiçbiri, doğal olarak mutlak bir homojenlik arz etmemektedir ve bu toplulukların her bir mensubu aynı siyasi pozisyonu paylaşmamaktadır. Özellikle Suriye toplumunun çoğunluğunu oluşturan (%60-65) Sünni Arap topluluğunun, diğer topluluklara kıyasla çok daha alt gruplara ayrılmış olduğunu ifade etmek mümkündür. Sünni Arap topluluğu, inançlarını yaşayan müminler, inançsızlar, laikler, apolitik tarafsızlar/sessizler, tasavvuf ehli olanlar ve İslam’ın katı yorumlarını empoze eden muhtelif radikal gruplar arasında ayrılmıştır. Sünniler arasındaki bölünme, bölgesel ve kabile ekseninde de söz konusudur.⁵⁷ Dolayısıyla bu iç savaşta, topluluk olarak en az yekpare tutum alan topluluk Sünni Arap topluluğu olmuştur. Bu gerçeklikle birlikte, Suriye’de devlet-altı toplulukların üyelerinin kahir ekserisinin siyasi pozisyonu ve tarafı, örtüşmekte ve ortaklaşmaktadır.

Uzun yıllardan beri rejim üzerinde egemen olan Aleviler, kendi gelecekleri ile rejimin geleceğini bir görerek Esad ve rejimi desteklediler. Alevi topluluğunun geçmişteki deneyimlerinin getirmiş olduğu tarihsel korkular ve rejimin başarılı manipülasyonu, Alevileri yekpare bir biçimde rejimin destekçisi kılmıştır. Aleviler arasında yaygın olan “Esad’ı desteklerseniz, kendinizi desteklersiniz”⁵⁸ sözünün anlamı tam karşılık bulmuştur. Daha önce Esad rejimi aleyhine olan muhalif Alevi figürler, bu çatışmalarda -münferit katılanlar hariç- rejimin karşısındaki gruplara katılmamışlardır. Hülasa, Alevilerin nazarında rejimi desteklemek varoluşsal bir zorunluluk olarak görülmüştür. Nitekim protestolar başladığında, bu protestoların bastırılması için istihbarat servisi ve güvenlik

⁵⁷ BALANCHE, s. 13.

⁵⁸ BALANCHE, s. 118.

güçlerinin yanı sıra Alevi milisler (Shabbiha) de aktif olarak çalıştılar.⁵⁹ Dahası Esad rejimi, Sünnilerin çoğunlukta olduğu bazı kasabalarda protestoları bastırdıktan sonra sivil Alevilere silah gönderdi.⁶⁰ Bu durumlar, protestoların ve çatışmaların mezhepsel niteliğini daha fazla keskinleştirdi.

Çatışmaların oluşturmuş olduğu güvensizlik, Suriye'nin daha önceden var olan etno-dinsel ve mezhepsel bölünmüşlüğüne perçinleyerek insanları keskin bir biçimde mensubu oldukları bu kimliklere sığınmaya itmiştir. Oluşan güvensizlik ve korku -potansiyel bir soykırım korkusu dahil- diğer tarihsel ve siyasal nedenlerin yanı sıra Aleviler ile birlikte diğer azınlıkların da rejimi desteklemesine neden olmuştur. Bu bağlamda Hristiyanlar, Dürziler, Şiiler gibi azınlıklar bu savaşta büyük ölçüde rejimin yanında durmuşlardır.⁶¹ En azından rejim karşıtı olan şiddetli Sünni muhalefete katılmamışlardır. Çatışmaya dönüşmeden önce bile ayaklanmalar, seçilen dil ve sembollerden ötürü bütün azınlık topluluklarını kapsayacak bir nitelikte değildi. Hatta Sünni Arap topluluğu dışındaki grupları dışlayan ve yer yer aşağılayan bir tutum sergileyebiliyorlardı.⁶² Çatışmalar başladıktan sonra rejim karşıtı muhalefetin azınlıklara doğrudan saldırdığı birçok olay da meydana gelmiştir. Bu olaylar, azınlıkları rejimin doğal müttefiki haline getirmiştir.

Rejim karşıtı ayaklanmaların ilk aylarındaki yayılım haritası, devam eden savaşın nedenlerinin ve topluluklar ile bağlantısının anlaşılması açısından çok önemli bir göstergedir. Dera'da başlayan ayaklanmalar, Sünni Arap nüfusun egemen olduğu bölgelere hızla yayılmasına karşın; Dera'ya çok yakın olan büyük ölçüde Dürzilerin egemen olduğu Süveyda bölgesinde kısa süre içerisinde durmuştur. İlk protestolardan sonra Dürzilerin yoğunlukta olduğu bölgede sadece birkaç küçük gösteri yapılmıştır. Dürziler, Sünniler ile eşit derecede kötülen ekonomik koşullarına, tarihsel olarak rejim aleyhine ayaklanmalarda bulunmuş olmalarına ve rejim tarafından fiili olarak tahakküm altında tutulmuş olmalarına rağmen, Sünnilerin öncülüğündeki bu ayaklanmaya katılmamışlardır.⁶³ Daha sonra rejim karşıtı isyancıların saldırılarına maruz kaldıkça rejim ile iş birliklerini geliştirerek çeşitli savunma gruplarını oluşturmuşlardır.

⁵⁹ ÜNGÖR, Uğur Ümit, "Shabbiha: Paramilitary groups, mass violence and social polarization in Homs", **Violence: An International Journal**, Y. 2020, C. 1, S. 1, s. 59-79.

⁶⁰ BALANCHE, s. 8.

⁶¹ WIMMEN, Heiko, "The Sectarianization of the Syrian War", **Beyond Sunni and Shia: The Roots of Sectarianism in a Changing Middle East**, Ed. Frederic WEHREY, Oxford University Press, New York, 2018, s. 76.

⁶² WIMMEN, s. 81.

⁶³ BALANCHE, s. 15.

Rejim karşıtı ayaklanmaların esas öncülüğünü yapan grup, çoğunluğu oluşturan Sünni Arap topluluğudur. Sünni Arap topluluğunun içsel yapısından ve rejim tarafından uygulanan politikalardan kaynaklı bölünmüşlüğü, Sünnilerin bir bütün olarak rejim karşısında yer almalarını engellemiştir. Tarihsel süreç içerisinde gelişen siyasi ve sosyoekonomik ilişkilerinden dolayı Sünni Arapların bir kısmının rejimin yanında yer alması, çatışmanın mezhepsel karakterini değiştirmemektedir. Çünkü rejimin karşısındaki ana grupların kahir ekserisi Sünni Araplardan oluşmaktadır. İronik bir biçimde hem Esad rejimi hem de muhalifleri, kapsayıcı olduklarını ve mezhepçi olmadıklarını belirtmektedirler.

Suriye’nin kuzey bölgesinde yoğunlaşan ve o bölgede çoğunluğu oluşturan etnik bir azınlık olan Kürtler ise, çok daha farklı bir arayış içerisine girdiler. Suriye’nin Kürt meselesi, doğası gereği, tarihsel ve siyasal geçmişi ile mezhepsel sorundan farklılaşmakta ve kendi başına bir davayı temsil etmektedir. Yine de yirminci yüzyılın ortalarından beri Suriye’yi yöneten derin baskıcı Arap milliyetçi rejimlerine karşı uzun bir muhalefet geçmişine sahip olan Kürtlerin, Mart 2011’de başlayan ayaklanmaya coşkulu bir katılımı beklenmekteydi. Bu beklentiye karşın; muhtemelen tarihsel deneyimlerinden ve muhalefetin taleplerine karşı duyarsız ve kapsayıcı olmayan tavrından hareketle Kürtler, daha “dikkatli”, “stratejik” ve karmaşık bir tutum geliştirdiler. Çünkü muhalefet de, Kürtlerin mustarip olduğu rejimin Arap milliyetçiliğini büyük ölçüde benimsemekteydi ve Kürtlerin etnik taleplerini “bölücü” veya gereksiz görmekteydi. Ayrıca, Kürtlerin siyaseten talepleri ile muhalefetin talepleri ideolojik ve sistemsel olarak da farklılaşmaktaydı. Diğer muhalefet ile kıyaslandığında nispeten daha iyi örgütlenmiş siyasi bir yapıya sahip olan Kürtler, Sünni Arap muhalefete katılmak yerine, etno-ulusal ve kültürel hakları için Suriye’nin kuzey bölgesinde özerklik mücadelesine giriştiler.⁶⁴ Kendi bölgelerini kontrol etmek için hızlı bir biçimde silahlı gruplar oluşturup Sünni isyancıların bu bölgelere girmesini engellemeye çalıştılar. Bu süreçte rejim, diğer muhalif gruplara karşı uygulamış olduğu sert ve şiddetli saldırılardan farklı olarak Kürtlere daha “hoşgörülü” bir tutum içerisinde oldu.⁶⁵ Kürtler ile rejim arasındaki ilişki, güvene dayalı olmayan ve aynı zamanda şiddete dayalı çatışmalar da içermeyen bir biçimde ilerlemiştir. Esasen ayaklanmanın başından beri ilişki, karşılıklı iş birliğinden ziyade birbirini kullanmaya dayanan bir yapıda olmuştur. Ancak Kürtler ile rejimin

⁶⁴ LOWE, Robert, “The Emergence of Western Kurdistan and the Future of Syria”, **Conflict, Democratization, and the Kurds in the Middle East**, Ed. David ROMANO / Mehmet GURSES, Palgrave Macmillan, New York, 2014, s. 226-227.

⁶⁵ WIMMEN, s. 74-75.

muhalifleri arasındaki ilişki, daha çatışmalı ve keskin olmuştur. Kürt bölgesindeki Sünni Arap aşiretlerinin bir kısmı ile Süryaniler gibi diğer azınlıklar da Kürtler ile birlikte hareket etmişlerdir.

Suriye'deki iç savaş, rejim ve destekçi grupları, rejim karşıtı Sünni Arap grupları ve kendi bölgesel özerkliklerine odaklanmış Kürt grupları şeklinde üç ana eksen üzerinden gelişmiş ve şekillenmiştir. Bu savaşta karmaşık olarak her bir tarafa ulusal, ulusüstü ve uluslararası birçok aktör dahil olmuştur. Çatışmaların devam etmesinden ötürü sahada alan değişimi yaşamaya devam etmekle birlikte Suriye coğrafyası da halihazırda bu üç ekseninde fiilen bölünmüş durumdadır. Çatışmalar boyunca İŞİD gibi ulus-üstü veya ulus-aşırı terörist gruplar da ortaya çıkmış ve zaman zaman coğrafik olarak küçük sayılmayacak alanları kontrol edebilmişlerdir. İŞİD'e karşı yürütülen çok taraflı ve geniş çaplı mücadeleler sonucunda İŞİD'in Suriye'deki bölgesel kontrolü ve yönetimi ortadan kaldırılmıştır. Ancak İŞİD tehdidinin Suriye'de tamamen giderilmediği, aktif ve gizli hücreler ile varlığını sürdürdüğü belirtilmektedir.⁶⁶ İŞİD, uygulamış olduğu barbarlıktan dolayı küresel ölçekte terörist olarak görülmekte ve herhangi bir çözümün parçası olarak kabul edilmemektedir.

Suriye ordusu ve güvenlik güçleri, benzer olayları yaşayan Arap Dünyasındaki diğer ülkelerden farklı olarak çatışmaların başından itibaren Beşar Esad ve rejimini destekleyen temel ulusal aktörlerdir. Suriye ordusunun tarihsel olarak özellikle ordunun üst yönetiminde çok yüksek sayıda Alevi üyeye sahip olması ve mezhepsel açıdan "Alevileşmiş" olmasının bu tutum üzerinde büyük bir etkisi bulunmaktadır. Bu durum, Esad rejiminin direnç kaynağını oluşturmaktadır.⁶⁷ Suriye ulusal ordusunun yanı sıra, Esad hükümeti tarafından desteklenen ve üye sayısı binlerce olan Ulusal Savunma Kuvvetleri (the National Defense Forces-NDF) gibi yapılar da rejimin arkasında duran başka aktörlerdir. Suriye'de rejime destek veren ulusötesi aktörler ise, Hizbullah ve Iraklı Şii milis gruplardır.⁶⁸ İran ve Rusya ise, uluslararası aktörler olarak Suriye rejimine alenen destek vermektedir.⁶⁹

⁶⁶ European Asylum Support Office (EASO), **Syria Actors - Country of Origin Information Report**, s. 59-60, (Çevrimiçi) https://coi.euaa.europa.eu/administration/easo/PLib/2019_12_EASO_COI_Report_Syria_Actors.pdf, E.T. 29.12.2022.

⁶⁷ BELLIN, Eva, "Reconsidering the Robustness of Authoritarianism in the Middle East: Lessons from the Arab Spring", **Comparative Politics**, Y. 2012, C. 44, S. 2, s. 127-149.

⁶⁸ Illinois Library, "The Syrian Conflict: Pro-Assad Forces", **Illinois Library**, (Çevrimiçi) <https://guides.library.illinois.edu/Syria/Pro-Assad>, E.T. 28.11.2022.

⁶⁹ Illinois Library, "The Syrian Conflict: Foreign States", **Illinois Library**, (Çevrimiçi) <https://guides.library.illinois.edu/Syria/Foreign>, E.T. 28.11.2022; EASO, s. 4-11.

Suriye çatışmasındaki ikinci ana eksen olan rejim karşıtı gruplar, esas olarak İslamcı ve İslamcı olmayan şekilde tasnif edilmektedirler. Ulusötesi nitelikte olan Selefi ve cihatçı İslamcı gruplar başta İŞİD, Hay’at Tahrir Al Sham olmak üzere birçok farklı gruptan müteşekkildir. Hem rejimle hem de diğer muhalif gruplarla çatışma halinde olan bu radikal gruplar, meşru görülmemekte ve bunların çoğuna karşı uluslararası düzeyde mücadele yürütülmektedir.⁷⁰ Bir kısım “ılıman” İslami grupları içeren ama İslamcı olarak nitelenmeyen rejim karşıtı aktörler, 2011’de çatışmaların başlarında Suriye ordusundan ayrılan bir kısım askerlerin öncülüğünde kurulan ve zamanla çok çeşitli alt grupların katılımı ile şekillenen Özgür Suriye Ordusu (ÖSO) ile Şubat 2014’te Suriye’nin güneyinde kurulan ve çeşitli alt fraksiyonları içinde barındıran Güney Cephesi’nden (The Southern Front) oluşmaktadır. Bu iki grup, genel olarak uluslararası düzeyde terörist olarak değerlendirilmedikleri için rejim karşıtı olan uluslararası aktörler olarak Türkiye, ABD, Birleşik Krallık, Suudi Arabistan, Katar, Ürdün, Birleşik Arap Emirlikleri gibi birçok devlet tarafından desteklenebilmektedir.⁷¹ Bu gruplar da asıl hedefleri olan Suriye rejimi ile çatışmanın yanı sıra üstünlük sağlamak için birbirleriyle ve diğer muhalif gruplar ile de zaman zaman çatışmakta ve mücadele etmektedirler.

Temel aktörlerden bir diğeri ise, 2015’te Kürt, Arap ve diğer etnik gruplardan oluşturulan ve büyük ölçüde Kürt güçlerinin öncülüğündeki Suriye Demokratik Güçleri’dir (The Syrian Democratic Forces-SDF). Suriye’deki kilit Kürt örgütü olan ve Kürtler için Suriye’nin kuzeyinin özerkliğini hedef olarak belirleyen Demokratik Birlik Partisi’nin (PYD) askeri kolunu, Halk Savunma Birlikleri (YPG) oluşturmaktadır. YPG ise, SDF’nin komuta ve kontrolünü sağlayan ve üçte ikisini oluşturan güçtür.⁷² İŞİD’e karşı mücadele, ABD liderliğindeki koalisyon güçleri için öncelikli bir hedef olarak konulmuştu. Bu çerçevede, SDF’ye destek sunan en önemli uluslararası aktör ABD’dir. İlk başlarda YPG’nin ve daha sonra SDF’nin İŞİD’e karşı göstermiş olduğu mücadele performansı, dünya genelinde bu güçlere yaygın bir sempati ve itibar kazandırmıştır. PYD/YPG’ye -doğal olarak SDF’ye de- karşı olan en önemli uluslararası aktör ise, Türkiye’dir. Suriye’deki diğer muhaliflere aktif olarak destek veren Türkiye, YPG’yi Kürdistan İşçi Partisi’nin (PKK) bir uzantısı ve dolayısıyla da

⁷⁰ Illinois Library, “The Syrian Conflict: Islamist Opposition”, **Illinois Library**, (Çevrimiçi) <https://guides.library.illinois.edu/Syria/Islamist>, E.T. 29.11.2022.

⁷¹ Illinois Library, “The Syrian Conflict: Non-Islamist Opposition”, **Illinois Library**, (Çevrimiçi) <https://guides.library.illinois.edu/Syria/Non-Islamist>, E.T. 29.11.2022.

⁷² EASO, s. 45; Illinois Library, “The Syrian Conflict: Kurdish Forces”, **Illinois Library**, (Çevrimiçi) <https://guides.library.illinois.edu/Syria/Kurds>, E.T. 29.11.2022.

Türkiye'nin güvenliğine en büyük tehdit olarak görmektedir. Hatta halihazırda-ki Türkiye'nin en temel hedeflerinden biri, PYD'nin -Suriye'nin Türkiye ile sınır boyunu oluşturan- kuzey bölgesi için gaye edindiği özerkliği engellemektir. Türkiye, bu gerekçeyle Suriye'nin kuzey bölgesine operasyonlar (2018'de Zeytin Dalı Operasyonu, 2019'da Barış Pınarı Harekatı) düzenlemiş ve fiilen bazı yerleri kontrol etmektedir.⁷³ YPG liderliğindeki SDF ile askeri ve mali yeteneklerini artırarak ortaklık kuran ABD ile Türkiye arasında zaman zaman bundan dolayı gerilimler meydana gelmiştir. ABD, zaman zaman aktif askeri gücünde değişiklikler yapsa ve SDF'ye sağladığı desteklerde azalmalar olsa da bölgede hala varlığını sürdürmekte ve o bölgedeki partneri olarak gördüğü SDF'yi aktif olarak desteklemektedir. ABD'nin kuzeydoğu Suriye'deki varlığı, aynı zamanda hem Suriye rejimine hem de Türkiye güçlerine karşı SDF ve dolayısıyla YPG'ye bir koruma sağlamaktadır.⁷⁴ Kuzey Suriye bölgesinde askeri olarak var olan SDF dışında diğer bir güvenlik gücü olarak Asayiş birimi, iç güvenlik güçleri olarak polislik ve terörle mücadele gibi çeşitli güvenlik görevlerini yerine getirmektedir. Kürt bölgesinde başka Kürt parti ve hareketleri bulunmakla birlikte, esas egemen olan hareket PYD ve onun askeri koludur. Kuzey doğu Suriye bölgesi, Kürt güçleri öncülüğünde fiili olarak özerk bir yönetim tarafından yönetilmektedir. Ancak bu özerk bölgeler, Türkiye'nin saldırı tehdidi (bu arada ÖSO ve diğer Sünni Arap muhalifler de Türkiye'ye destek vermekte) altındadır.

İŞİD'in teritoryal hakimiyetinin son bulmasından sonra Suriye, fiilen üç ana coğrafik bölgeye bölünmüştür: Rejim ve destekçilerinin kontrol ettiği, Kürt güçleri ve SDF'nin kontrol ettiği ve Sünni Arap muhaliflerinin kontrolündeki bölgeler. Suriye haritası da etno-mezhepsel olarak, Sünni Arap, Alevi Arap, Kürt ve Dürzi yoğunluklu bölgeler şeklinde çeşitli bölgelere ayrılmaktadır. Ancak mevcut olan bu fiili kontrol bölgeleri, Suriye'nin etno-mezhepsel haritasının doğal sınırlarıyla kesişmemektedir. Çatışmalar devam ettiğinden dolayı bu kontrol alanları ve saha hakimiyeti değişim göstermektedir. Nitekim savaşın başından bugüne, grupların kontrol bölgeleri çok fazla değişmiştir. Halihazırda Suriye rejimi, doğrudan çatışma halinde olduğu Sünni Arap muhalif gruplara karşı "askeri bir zafere" doğru ilerlemekte ve kontrol alanını genişletmektedir.⁷⁵ 2021'in sonlarında Suriye coğrafyasının %63,38'i Suriye rejim güçleri,

⁷³ EASO, s. 8.

⁷⁴ EASO, s. 46.

⁷⁵ HEYDEMANN, Steven, "The Syrian Conflict: Proxy War, Pyrrhic Victory, and Power Sharing Agreements", *Studies in Ethnicity and Nationalism*, Y. 2020, C. 20, S. 2, s. 153-160.

%25,64’ü SDF ve Kürt güçleri, %10,98’i de Sünni Arap muhalif güçleri tarafından kontrol edilmektedir.⁷⁶ Devam eden aktüel çatışmaların ne zaman ve nasıl sona ereceği önceden net olarak bilinmemektedir. Fakat grupların anlaşmasına dayanmayan, çatışmaların nedenlerini es geçen salt askeri üstünlük ile neticelenen bir sonuç ve buna dayalı bir yönetim sistemi, Suriye’ye barış, demokrasi ve istikrar sağlamayacaktır. Grupların rıza göstereceği ve çatışmaların temel nedenlerini giderecek bir anayasal düzen, Suriye’de barış inşa edebilecektir. Suriye’deki etno-mezhepsel gerilim, tarihsel nedenlere dayanmaktadır. Dolayısıyla çatışmanın tarihsel nedenlerinin anlaşılması ve belirlenmesi, bu nedenlerin giderilmesi için sunulacak çözümün tespit edilmesi için önem arz etmektedir.

B. Etno-Mezhepsel Çatışmaların Tarihsel Kökenleri

Suriye’deki çatışmaların başlıca nedeni, Suriye toplumunun çok sayıda etnik, dinsel ve mezhepsel kimliğe sahip heterojen dokusu ile Suriye’nin ulus-devlet yapısı ve politikasının tarihsel ve yapısal uyumsuzluğudur. Suriye ulus inşası, söylemsel olarak “seküler” Arap milliyetçiliğine dayanmaktadır. Ancak bu söylem, uygulamada Suriye’deki alt toplulukları kuşatacak bir ulusal kimlik yaratma başarısı göstermemiştir. Esasen Suriye ulusu, hiçbir zaman güçlü bir ulusal ve bölgesel kimliğe sahip olamamıştır.⁷⁷ I. Dünya Savaşına kadar Osmanlı İmparatorluğu’nun bir parçası olan Suriye’nin sınırlarının “yapay” ve “keyfi” olarak belirlenmesi, tarihsel olarak ulusal kimliğinin güçlü bir bölgesel kimlik olmasına engel olmuştur. Bu sınırlar, benzer toplumsal bağlara sahip olan grupları farklı devletler arasında bölmüş ve buna bağlı olarak Suriye’de sınır ötesi ve ulusötesi bağlantılara sahip farklı yerel kimlikler yaratmıştır. 1946’da bağımsızlığından bu yana Suriye, devlet-altı ve devlet-üstü kimlikler arasında güçlü gerilimler yaşamış ve Pan-Arapçılık ile Suriye özelinde bir Arap milliyetçiliği şeklinde çeşitli ulusal kimlik formlarını denemiştir.⁷⁸ Derin etnik, mezhepsel ve dinsel çekişmeler ve çatışmalar kıskacında ortaya çıkan modern Suriye devletinin ulusal kimliği, nihayetinde Suriye’ye özel kapsayıcı olmayan bir Arap milliyetçiliğine yaslanmıştır. Suriye devlet milliyetçiliği, Suriye’deki etno-dinsel

⁷⁶ NASROLLAH, Bashir / SHARIFA, Abbas / AL-ABDULLAH, Obada, “Map of Military Control in Syria End of 2021 and Beginning of 2022”, *Jusoor for Studies*, (Çevrimiçi) <https://jusoor.co/en/details/map-of-military-control-in-syria-end-of-2021-and-beginning-of-2022>, E. T. 05.01.2023.

⁷⁷ ALDOUGHLI, Rahaf, “What is Syrian nationalism? Primordialism and romanticism in official Baath discourse”, *Nations and Nationalism*, Y. 2022, C. 28, S. 1, s. 126.

⁷⁸ BACHLEITNER, Kathrin / MATTHIESEN, Toby, “Introduction to themed section on ‘Belonging to Syria. National identifications before and after 2011’”, *Nations and Nationalism*, Y. 2022, C. 28, S. 1, s. 118.

grupları kapsayan ve bütünleştiren topluluklar üstü bir kimlik geliştiremediğinden, bu gruplar arası ayrışma modern Suriye siyasal tarihi boyunca hep var olmuştur. Suriye’de mezhepsel bölünmüşlük, daha eski bir tarihe gitmekte ve Osmanlı dönemine dayanmaktadır.

Yahudi ve Hristiyanlar gibi gayr-i Müslim toplulukların özerkliğinin bulunduğu ve Müslümanların tek bir ümmet olarak görüldüğü Osmanlı’nın millet sisteminde, uzun bir süre boyunca genel yaklaşım olarak İslam’ın da dışında tutulan Alevilerin tanınmış bir konumu bulunmamaktaydı. Genellikle dağlarda tecrit edilen Aleviler, yüzyıllar boyunca Suriye’nin en zayıf, en fakir, en kırsal, en hor görülen ve en geri kalmış topluluğu konumunda kalmışlardır.⁷⁹ Osmanlı’da Müslüman olup olmadıkları teorik olarak sık sık tartışılmakla birlikte Aleviler, uygulamada her daim dışlanan ve ayrımcılığa uğrayan bir topluluk olmuştur.

Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra Fransız manda yönetiminin (1920-1946) kurulması, Alevilerin önceki konumlarından dolayı Alevilere diğer tüm topluluklardan daha fazla fayda sağlamıştır. Tarihsel yaşanmışlığın Aleviler için oluşturmuş olduğu “Sünni korkusu”, Alevileri Fransız taraftarı bir tutuma sevk etmiştir. Sömürgeci güçler genellikle azınlıkları kullanmayı tercih etme anlayışındadırlar. Buna denk olarak Fransızlar da, Suriye’de Arap milliyetçi duygulara fazla açık ve bağımsızlık isteklerini daha güçlü buldukları Sünni Araplar yerine başta Aleviler olmak üzere diğer azınlıklar ile işbirliği geliştirdiler.⁸⁰ Fransızların azınlıklarla iş birliği yapma çabaları, Alevilerin siyasi özerklik kazanması ve Sünni kontrolünden kurtulması anlamına gelmekteydi. Bu çerçevede 1 Temmuz 1922’de Lazkiye devleti (Alevi devleti) kuruldu.⁸¹ Aleviler tarafından coşkuyla desteklenen bu Alevi devleti, Fransız manda idaresindeki Suriye ve Lübnan’ın genel olarak bölünmüş devletler şeklindeki yapısına yeni bir devlet olarak eklenmiş oldu. Fransız manda yönetimi uygulamış olduğu mezhepçi politikalar, daha sonraki süreçte Suriye’de ortaya çıkan iç çekişmeleri de doğrudan etkilemiştir.

Fransızların Alevilere desteğine karşılık Aleviler, Fransız egemenliğinin korunmasına yardımcı olmuşlardır. Bu bağlamda, Fransız destekli hükümete orantısız bir biçimde yüksek sayıda asker temin etmişlerdir. Aleviler, Fransa’nın

⁷⁹ PIPES, Daniel, “The Alawi Capture of Power in Syria”, *Middle Eastern Studies*, Y. 1989, C. 25, S. 4, s. 429-434.

⁸⁰ BALANCHE, s. 117.

⁸¹ PIPES, s. 438.

ayrılmasının kendileri üzerinde Sünni kontrolünün yeniden sağlanmasına yol açacağından korktukları için, alenen Fransız yönetiminin devam etmesini desteklemişlerdir. Aralık 1936’da özerk statüsünü kaybetmesine rağmen, Lazkiye “özel bir idari ve mali rejim”den yararlanmaya devam etmiştir. Ancak 1946’da Fransız mandası resmen ve fiilen sona erdiğinde hükümeti devralan Şam’daki Sünni yöneticiler, Lazkiye’yi entegre etme konusunda her türlü çabayı göstermişlerdir. Aleviler, bu entegrasyon çabalarına karşı bir süre direnseler de nihayetinde başarılı olamamışlardır. Artık Suriye’den ayrı değil, Suriye içinde güçlü bir gelecek arayışına girişmişlerdir.⁸² Fransız manda yönetimi ile işbirliği içerisinde olan Aleviler, bu süreçte askeriyede kendi nüfus oranlarından çok daha fazla yer edinmişlerdir. Suriye ordusunda yüksek olan Alevi oranı, daha sonraki süreçte kolektif bir biçimde çok daha yükselecek ve Suriye’nin siyasal geleceğini şekillendirecektir.

Bağımsızlığı ile yeni bir siyasi aşamaya geçen Suriye merkezi hükümetine etno-mezhepsel açıdan çoğunluk olan Sünni Araplar egemen olmuştur. Daha önce Fransızlara karşı sürdürülen milliyetçi mücadele yerini Suriye ulusal kimliğinin belirlenmesine ve ekonomik politikanın organizasyonuna yönelik iktidar çatışmalarına bırakmıştır.⁸³ Sömürgecilik sonrası bağlamlarda ortaya çıkan milliyetçilikler gibi Suriye milliyetçiliği ve belirlemeye çalıştığı Suriye ulusal kimliği de, yukarıdan aşağıya doğru bir yapıda gelişmiş ve bunun en önemli aktörü askerler olmuştur. Bağımsızlığına kavuştuktan sonra Suriye, 3 yıl gibi kısa bir süre “sivil bir siyaset” tecrübesini yaşamıştır. 1949’da meydana gelen ilk askeri darbeden 1970’e kadar birçok darbe ve darbe teşebbüsü yaşanmıştır. Her bir darbenin Suriye siyasetini ve ulusal kimliğini etkileme biçimi farklılık göstermekle birlikte, Suriye için bağımsızlığından 1970 yılına kadarki süreci darbeler tarihi olarak tarif etmek mümkündür.

Bu yıllarda “Suriye için” yürütülen mücadele, esasen devlet kurumlarının kontrolü için yürütülen bir mücadele ve çatışma olmuştur. İktidar ve devletin kurumlarının kontrolüne yönelik askeri darbeler ile yürütülen bu mücadele ve kavga, Suriye’nin siyasal sisteminin çökmesinin ve 1958’de Mısır ile birleşerek Birleşik Arap Cumhuriyeti’nin oluşmasının koşullarını meydana getirmiştir.⁸⁴ Suriye’nin Mısır ile birlikteliği 1961’de gerçekleşen başka bir askeri darbe ile son bulmuştur. Mısır ile birleşme ve ayrılma, aynı zamanda Suriye devletinin

⁸² PIPES, s. 438-440.

⁸³ HEYDEMANN, Steven, **Authoritarianism in Syria: Institutions and Social Conflict, 1946-1970**, Cornell University Press, New York, 1999, s. 30.

⁸⁴ HEYDEMANN, **Authoritarianism in Syria**, s. 30-31.

ulusal kimliğine yönelik Pan-Arapçılık ile Suriye'ye mahsus bir Arap milliyetçiliği arasındaki mücadele ile ilgilidir. Bu darbe ile Pan-Arapçılığa karşı iktidar olan Suriye'ye özgü Arap milliyetçiliği, Suriye'nin ulusal kimliğini bu çerçevede şekillendirmiştir. Darbeden kısa bir süre sonra devletin yeni adı "Suriye Arap Cumhuriyeti" olarak ilan edilmiştir.

Bu süreçte egemen olan Sünni Araplar, devlete egemen olmanın bir aracı olarak orduyu fiilen görmezlikten gelmiş, siyaset ve siyasi kurumlar üzerindeki kontrolü önemsemişlerdir. Sünni liderler, üst mevkileri kendilerine ayırmanın askeri güçleri kontrol etmek için yeterli olacağına inanmışlardır. Sünnilerin aksine Aleviler, orduya yerleşmiş ve ordu üzerindeki kontrol ile ilgilenmişlerdir. Nüfuslarına oranla askeriyede zaten yüksek olan Alevi temsiliyeti, bağımsızlıktan sonraki süreçte de gittikçe daha yüksek bir düzeye ulaşmıştır.⁸⁵ Bu ayrışma, bir anlamıyla Suriye'de iki başlı bir yapıyı geliştirmiştir ve yıllar sonra ortaya çıkan Suriye'deki mevcut iç savaşın gelişim sürecini de doğrudan etkilemiştir.

Genel olarak askeri makamları hedeflemeseler de egemen oldukları süreçte ordunun üst kademelerinde Sünniler yer aldılar. Bu süreçte Aleviler ve diğer azınlıklar daha alt mevkilere sahip oldular. 1949 ile 1963 yılları arasında yaşanan askeri darbeler Sünnilerin kendi aralarındaki iktidar mücadelesiyle ilgili olmuş ve doğal olarak Sünni olan üst düzey askerlerin tasfiyesine ve ordu içerisinde Sünni safların tükenmesine neden olmuştur. Bu durum, Alevilerin ordu içerisinde üst makamlara gelmesine de yol açmıştır. Bir grubun üyesi olarak orduya giren Aleviler, daha kolektif bir iş birliği geliştirmişlerdir. Askeriyede üst makamlara gelen ve gittikçe kontrolü ele geçiren Aleviler, bu süreçte daha sonra darbe ile iktidara gelecek olan Baas Partisi'ne de çok güçlü katılım göstermişlerdir. Baas Partisi'nin sosyalizm ve laiklik doktrinleri, fakir ve hor görülen bir azınlık topluluğu olan Alevilere doğrudan hitap etmekteydi.⁸⁶ Hem ordudaki güçleri hem de Baas Partisi içindeki güç ve etkinlikleri, Alevileri iktidara getirmiştir.

Suriye siyasi tarihi için bir dönüm noktası niteliğinde olan 8 Mart 1963'teki askeri darbe ile Baas Partisi iktidara gelmiştir. O tarihten itibaren "Suriye'nin siyasi yaşamını kitleyen" bu darbenin ardından siyasi rekabet tamamen yok edilmiş ve Baas Partisi ülkeyi yöneten tek parti olmuştur. Bu darbe tek parti otoriterliğinin ötesinde mezhepsel açıdan o güne kadar Suriye siyasetinde esas

⁸⁵ PIPES, s. 440.

⁸⁶ PIPES, s. 441-442.

rol sahibi olan Sünni Araplar yerine Alevi Arapların iktidara gelmesine yol açmıştır. 1963’teki darbeden sonra Ulusal Devrim Komuta Konseyi oluşturulmuş ve Baasçıların etkili makamlara getirildiği yeni bir hükümet kurulmuştur. 1963’ten 2011 yılına kadar yürürlükte kalacak bir Olağanüstü Hal ilan edilmiştir.⁸⁷ Bu Olağanüstü Hal, güvenlik güçlerine kapsamlı tutuklama ve gözaltı yetkisi vermiştir. Bu yetki ile güvenlik güçleri sayısız insan hakları ihlalinde bulunmuştur.⁸⁸ Baas Partisi iktidara geldikten sonra Suriye’deki iktidar mücadelesi artık iktidardaki tek parti olan Baas içinde devam etmiştir. Parti içi bu mücadele, 3 yıl sonra 1966’da başında Neo-Baasçı Alevi bir generalin (Salah Cedit) bulunduğu kanlı bir darbe doğurmuştur. 1963 ile 1966 yılları arasında ordu ve Baas Partisi içinde azınlıkları Sünnilerle karşı karşıya getiren mezhep çatışmaları yaşanmıştır. 1966’daki darbeye Aleviler ve diğer azınlıkların yoğun desteği olduğundan ve başında Alevi birisinin olmasından dolayı, Pipes bu darbeyi doğrudan “Alevi darbesi” şeklinde isimlendirmektedir.⁸⁹

Suriye’deki iktidar mücadelesi 1966 darbesinden sonra iktidardaki güçlerini konsolide eden Alevi liderler -Salah Cedit ile Hafız Esad- arasında devam etmiştir. Bu rekabet, Suriye’yi uzun süreli otoriter bir rejim altına sokacak olan 1970’te General Hafız Esad liderliğindeki darbe ile nihayet bulmuştur. Etno-mezhepsel açıdan bu darbe, Suriye’de Arap Alevilerin uzun süre devam edecek tahakkümüne yol açmış ve mevcut iç savaşın ve çatışmanın zeminini döşemiştir. 1971’de yeni cumhurbaşkanı seçilen Hafız Esad, bazı “kardeş” partilerin kurulmasına izin vermiş ve onları daha geniş Ulusal İleri Cephe’ye entegre etmiştir.⁹⁰ Bağımsızlığından beri sürekli darbeler ile değişen ve istikrarsız bir anayasa sürecinden sonra 1973’te Hafız Esad liderliğinde atanmış bir Halk Meclisi tarafından hazırlanan yeni bir anayasa referandum ile kabul edilmiştir. Bu anayasa, 1973’ten beri Suriye’nin yönetim yapısının ve kimliğinin temel dayanağı olmuştur.

1973 Anayasası, “toplum ve devlet” lideri ve Ulusal İlerici Cephe’nin başı olarak Baas Partisi’nin anayasal gücünü sağlamlaştırmış ve etkili bir tek parti sistemi kurmuştur (madde 8). Ayaklanmalardan sonra 2012’de 1973 Anayasasında bazı değişiklikler yapılmış ve Baas Partisi’ne devleti yönetme yetkisi veren Anayasanın 8. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak demokratik görü-

⁸⁷ ConstitutionNet: Supporting Constitution Builders Globally, “Constitutional History of Syria”, (Çevrimiçi) <https://constitutionnet.org/country/syria#fn11>, E.T. 19.11.2022.

⁸⁸ Amnesty International, “Amnesty International Report 2009, Syria”, **Amnesty International**, (Çevrimiçi) <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/033/2009/en/>, E.T. 10.01.2023.

⁸⁹ PIPES, s. 442.

⁹⁰ BALANCHE, s. 116.

nen bu değişiklik, daha sonra yapılan seçimlerdeki uygulamalarda bir değişime neden olmamıştır.⁹¹ Esasen önemli bir değişiklik olsa da, uygulamada biçimsel bir değişikliğin ötesine geçememiştir.

Arapçılık, 1973 Anayasası'nın en temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. 2012'de Anayasada yapılan değişiklik, bu değeri değiştirmemiş ve Arapçılık hala anayasal değer olarak varlığını sürdürmektedir. Anayasa'nın giriş kısmında ve kimlik ile ilgili diğer maddelerinde "Suriye Arap Cumhuriyetinin" ve vatandaşlarının temel kimliği ve gurur kaynağı olarak anayasal bir kimlik şeklinde sunulan Arap kimliği ve Arapçılık, Arap olmayan diğer etnik topluluklara -özellikle Suriyeli Kürt vatandaşlara- yönelik ayrımcılığı ve asimilasyonu sistematik bir uygulama haline getirmiştir.⁹² Arap milliyetçiliğinin Suriye versiyonu, ideolojik ve jeopolitik nedenlerle Kürt ve Türkmen kimliklerini ortadan kaldırmaya çalışmıştır. Ermeniler ve Çerkesler gibi dağınık ve sayıları daha az olan etnik azınlıkların aksine, teorik olarak Suriye'nin toprak bütünlüğüne bir tehdit olarak görmüştür. Nitekim Suriye devleti, 1963'ten başlayarak Kürt toprak bütünlüğünü bozmak için Kamışlı'nın batısında Arap köylerinden oluşan bir kuzey sınır kuşağını oluşturmuştur. Araplaştırmak amacıyla bu bölgeleri ekonomik olarak fakir bırakarak Kürtlerin, Arap olan güney bölgelere taşınmasını teşvik etmiştir. Kürtçe ve Türkçe eğitimi yasaklamıştır. Çok yüksek sayıda Kürde vatandaşlık verilmemiş veya vatandaşlıktan çıkarılmıştır. Kürtlerin aksine, 1970'lerde eğitim sisteminin millileştirilmesi ve Araplaştırılması sırasında, daha küçük bir azınlık olan Ermenilere yarı özel hale gelecek olan kendi okullarında dillerini kullanmaya devam etmelerine izin verilmiştir.⁹³

1973 Anayasası'nın ve Baas Partisi'nin Suriye için kapsayıcı ve kuşatıcı bir Arap ulusunu inşa etmeye yönelik resmi söylemi hiçbir zaman gerçekleşmemiştir. Uygulamada mezhepçi, aşiretçi ve kayırmacı bir Arapçılık olarak var olmuştur. Baas Partisi'nin liderleri etnik ve dini farklılıkların özel olduğu konusunda ısrarlı söylemlerde bulunmalarına karşın, mezhepçiliği kullanarak topluma hükmetmeyi sürdürmüşlerdir. Nitekim Hafız Esad cumhurbaşkanı olmadan önce Baaslı yoldaşlarını sık sık "mezhepçi" olmakla suçlamış, ancak kendisi de aynı yöntemlere başvurmaktan geri durmamıştır.⁹⁴ Pragmatist bir lider olan Ha-

⁹¹ Syrians for Truth and Justice, "Racial Discrimination in The Syrian Constitution", (Çevrimiçi) <https://stj-sy.org/en/racial-discrimination-in-the-syrian-constitution/>, E.T. 23.12.2022.

⁹² Syrians for Truth and Justice, "Racial Discrimination in The Syrian Constitution", (Çevrimiçi) <https://stj-sy.org/en/racial-discrimination-in-the-syrian-constitution/>, E.T. 23.12.2022.

⁹³ BALANCHE, s. 109-110.

⁹⁴ BALANCHE, s. 95.

fız Esad, darbeyle başa geldiğini ve askeri liderlerin kendisine karşı darbe olasılığını tamamen gidermek için üst düzey askeri makamlara kendisine sadık aile ve mezhep üyelerini getirmiştir. Kuşkusuz bu, Suriye rejiminin tamamen “Alevi” olduğu anlamına gelmemektedir. Birçok Sünni, devletin yetkin makamlarında yetki almış ve temsil edilmiştir. Esad ailesi, ülkeyi kontrol etmek için önceliği Alevilere vermiş olsa da, bu himaye sisteminin ağ çemberine Alevi olmayanları da eklemiştir. Esasen doğrudan Esad ailesine bağlılığa dayanan bir sistem gelişmiştir. Burada Esad ailesinin Alevi olması, Alevileri sistemin merkezi haline getiren ve himaye sisteminin omurgası yapan temel faktör olmuştur.

Hafız Esad cumhurbaşkanı olduktan sonra Suriye rejimi, Baas Partisi’nin siyasi programını (Arapçılık onun en kilit unsurlarından biridir) devlet merkezli bir milliyetçilik ve kişilik kültürüyle ustaca iç içe geçirecek yukarıdan aşağıya doğru bir sadakat tabanı geliştirmiştir. Ortaya çıkan özgün Suriye-Arap kimliğinin kilit unsuru, devlete ve onun yönetici ailesine vatansever bir bağlılık olmuştur.⁹⁵ Hafız Esad, otoritesini tanıyan ve kendisine kan veya ekonomik bağlarla bağlı olan istihbarat sektöründe, silahlı kuvvetlerde ve parti bürokratlarında küçük bir grup yetkili üzerindeki gücüyle hükümünü sürdürmüştür. Bu durum ve yapı, yönetimi boyunca esasen istikrarlı ve uyumlu kalmıştır.⁹⁶ Hafız Esad, iktidarını sağlamlaştırmak için ekonomi politikalarını da “ustalıkla” kullanmıştır. Devletin ekonomi politikaları, hükümetin Suriye halkı üzerinde çok fazla etkiye sahip olmasına izin vermiştir. Bu süreçte, devletin ekonomik politikalarından yararlananlar Esad ve rejime destek vermişlerdir. Alevilerin yanı sıra, yandaşlarına ekonomik güç veren ve onları kayıran bu sistemden faydalanan çok sayıda Sünni de sisteme sadakat göstermiş ve onu korumak istemiştir. Bu çerçevede mevcut iç savaşta birçok Sünni, muhalif Sünni gruplar yerine rejime destek vermeye devam etmiştir.⁹⁷ Bu sistem ile Alevi topluluğundan yekpare bir sadakat almaya çalışan Hafız Esad, Sünnileri de bölünmüş durumda tutmaya çalışmıştır.

Arap ulusunun birliği ve özgürlüğü için Siyonizm ve emperyalizme karşı mücadele 1973 Anayasasının temel bir ilkesi olarak belirtilmiştir. Hafız Esad, bu dış düşmanla savaşma ve bağımsızlığı koruma bahanesini iktidarını pekiştirmenin ve sürdürmenin bir aracı olarak kullanmıştır. Arap milliyetçiliği ideo-

⁹⁵ BACHLEITNER / MATTHIESEN, s. 118.

⁹⁶ SLIM, Hugo / TROMBETTA, Lorenzo, **Syria Crisis Common Context Analysis**, United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, New York, 2014, s. 11.

⁹⁷ MAZUR, Kevin, “State Networks and Intra-Ethnic Group Variation in the 2011 Syrian Uprising”, **Comparative Political Studies**, Y. 2019, C. 52, S. 7, s. 995-1027.

lojisine damgasını vuran “birlikte ayakta dururuz ve bölünürsek düşeriz” fikri, uygulamada muhalefetin bastırılmasını ve toplumsal seslerin ötekileştirilmesini haklı çıkarmak için kullanılmıştır.⁹⁸ Siyonizm ve dış düşman tehdidi, Suriye’de çoğunluk olan Sünni Arapların kontrolü için de oldukça elverişli bir argüman olmuştur.

2000’de baba Hafız Esad’ın ölümünden sonra rejimin başına geçen ve bir Sünni ile de evli olan Beşar Esad, babasından farklı olarak Alevi topluluğuna daha az ilgi göstermiş ve hızlandırılmış bir ekonomik liberalleşmeye yönelmiştir. Ancak Esad’ın elit çevresine fayda sağlayan bu neo-liberal reformlar “ah-bap-çavuş” kapitalizmine dayanmış⁹⁹ ve devletin patrimonyal özelliğini güçlendirmiştir. Bu durum, Suriye nüfusunun daha fazla yoksullaşmasına ve bu ekonomik politikalarından faydalanan iç çevre ile ana akım nüfus arasındaki uçurumun daha çok genişlemesine yol açmıştır. Böyle bir ilişki, Suriye’deki ayaklanmaların önemli tetikleyici nedenlerinden biri olmuştur.¹⁰⁰ Çatışmalar başladıktan sonra Beşar Esad, Alevi topluluğuna yönelik ilk yıllarındaki daha az ilgili tutumunu değiştirmiş ve Alevi topluluğunu arkasında konsolide etmiştir.

2011’de başlayan ayaklanmalar ve devamındaki çatışmalar, birbirinden bağımsız olmayan etno-mezhepçilik, siyasal şiddet ve ekonomik kayırmacılık gibi nedenleri içeren ve bu hatlar üzerinden inşa edilmeye çalışılan ve böylelikle kapsayıcı olmayan baskıcı Suriye ulus inşa politikalarının bir sonucu olmuştur.

2011’e gelene kadarki süreçte de rejim aleyhine çeşitli başkaldırıları olmuştur. Rejim, özellikle 1976-1982 arası, hem İslamcı hem de seküler muhalefet ile karşı karşıya kalmıştır. 1979’da Müslüman Kardeşlerin saldırısı sonucu tamamı Alevi olan 83 genç askerin öldürülmesi ile başlayan ve 1982’ye kadar devam eden başkaldırıları (bu süreçte binlerce kişi hayatını kaybetmiş) rejimin şiddetli baskısı sonucu Hama Katliamı ile son bulmuştur.¹⁰¹ Benzer şekilde 2004’te Suriye’nin Kürt bölgelerinde, bir futbol maçı ile başlayan gerginlikler hızlıca sis-

⁹⁸ SALAMEY, Imad / RIZK, Samuel, “Ways Forward for Syria”, **Post-Conflict Power-Sharing Agreements: Options for Syria**, Ed. Imad SALAMEY, Mohammed ABU-NIMER / Elie ABOU AOUN, Palgrave Macmillan, Cham/Switzerland, 2018, s. 150.

⁹⁹ 2011 Financial Times raporuna göre, Esad’ın yakın sırdaşı ve kuzeni Rami Mahluf’un kendi ticari ağı aracılığıyla Suriye ekonomisinin %60 kadarını kontrol ettiği tahmin edilmekteydi. PEEL, Michael, “Assad’s Family Picked Up by the West’s Radar”, **Financial Times**, (Çevrimiçi) <https://www.ft.com/content/05e5ffcc-70fa-11e0-962a-00144feabdc0>, E.T. 05.02.2023.

¹⁰⁰ DAHER, Joseph, “Syria: The Social Origins of the Uprising”, **Rosa Luxemburg Stiftung**, (Çevrimiçi) <https://www.rosalux.de/en/publication/id/39149/syria-the-social-origins-of-the-uprising>, E.T. 10.02.2023.

¹⁰¹ TALHAMY, Yvette, “The Syrian Muslim Brothers and the Syrian-Iranian Relationship”, **The Middle East Journal**, Y. 2009, C. 63, S. 4, s. 567-570.

tem karşıtı bir Kürt başkaldırısına dönüşmüştür. Binlerce Kürt, protestolar ve yürüyüşler, anma törenleri, kültürel festivaller ve gösteriler gibi toplu eylemlerle rejime karşı açıkça meydan okumuştur. Bu olaylar da şiddet ile bastırılmıştır.¹⁰² Bu siyasi eylemler bastırılmış olmakla birlikte, tarihsel ve toplumsal hafızada birikmiş ve 2011’de başlayan olayların şekillenmesine etki etmiştir.

C. Suriye’de Barış İnşasına ve Anayasal Tasarıma Yönelik Girişimler ve Bir Seçenek Olarak Güç Paylaşım Sistemi

Suriye’de ayaklanmalar başladığında rejim bir yandan gösterileri şiddetle bastırırken diğer yandan da bazı siyasi ve anayasal reform vaatlerinde bulunmuştur. Bu bağlamda, ayaklanmalardan bir ay sonra 48 yıldır yürürlükte olan ve insan haklarına yönelik birçok ihlalin yasal dayanağını oluşturan olağanüstü hal yasası yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁰³ Bu süreçte bazı siyasi tutsakların bırakılması gibi bir kısım sembolik adımların yanı sıra 2012’de anayasal bazı değişiklikler de yapılmıştır. 2012’deki anayasal değişiklik, Baas Partisi’ne dayalı tek parti sistemini kuran (madde 8) hükmün kaldırılması gibi bazı yenilikler getirmekle birlikte, 1973 Anayasasından esaslı bir ayrılmayı ifade etmemektedir. Hem çok geç kalınmış hem de köklü reformlar olmayan bu değişikliklerin çatışmaların yatışmasında herhangi bir etkisi olmamıştır.

Çatışmaların başından itibaren çatışma çözümüne, barış inşasına ve anayasal tasarıma yönelik uluslararası ve bölgesel aktörler öncülüğünde birçok girişim olmuş ve çeşitli barış görüşmeleri yapılmıştır. Bu çerçevede Suriye’de şiddetin durdurulması ve bir “ulusal diyalogun” başlatılmasına yönelik ilk girişim, 2011’in sonbaharında Arap Ligi tarafından başlatılmıştır. Lig’in bu arabuluculuk girişimi, 2012’nin ilk aylarında başarısız bir biçimde son bulmuştur.¹⁰⁴ 2012’nin başlarında BM, Suriye’de barış arayışlarına başlamış ve Kofi Annan’ı barış elçisi olarak atamıştır. Haziran 2012’de Kofi Annan’ın öncülüğünde Cenevre’de Suriye’de etkisi olan devletlerden oluşan bir “temas grubu” veya “eylem grubu” konferansı düzenlenmiştir. Cenevre Konferansında “tam yürütme yetkilerine sahip geçici bir hükümetin” kurulması da dahil olmak üzere barış süreciyle ilgili bir dizi öneri içeren bir bildiri düzenlenmiştir. Cenevre Bildirisi

¹⁰² SAVELSBERG, Eva, “The Syrian-Kurdish Movements: Obstacles Rather Than Driving Forces for Democratization”, **Conflict, Democratization, and the Kurds in the Middle East**, Ed. David ROMANO / Mehmet GURSES, Palgrave Macmillan, New York, 2014, s. 91-92.

¹⁰³ BBC News, “Syria protests: Bashar al-Assad lifts emergency law”, **BBC News**, (Çevrimiçi) <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-13161329>, E.T. 12.02.2023.

¹⁰⁴ LUNDGREN, Magnus, “Mediation in Syria: initiatives, strategies, and obstacles, 2011-2016”, **Contemporary Security Policy**, Y. 2016, C. 37, S. 2, s. 275.

olarak bilinen ve BMGK beş daimi üyesinin de desteklediği bu bildiri, o zamandan beri barış müzakerelerinin odak noktasında yer almaktadır. Ancak bu metnin yorum biçimleri –özellikle Esad’ın gelecekteki bir siyasi sürece dahil edilip dilmeyeceği konusunda- farklılaşmış ve bu anlaşma hızlıca aşınmıştır.¹⁰⁵ Özgür ve adil seçimlere zemin hazırlayacak, halk oylamasına sunulacak yeni bir anayasal düzen öngörmüş olan bu bildiri hiçbir zaman uygulanmamış olmakla birlikte, sonraki girişimlerin üzerine inşa edileceği yüksek derecede uluslararası meşruiyete sahip önemli bir belge olarak kalmıştır.¹⁰⁶

2012’den bu yana Suriye için barışçıl bir çözüme yönelik uluslararası çabaları koordine etmek için birden fazla BM özel temsilcisi atanmış ve Cenevre Konferansları veya Cenevre Barış Görüşmeleri olarak bilinen birçok toplantı ve görüşme gerçekleşmiştir. BM öncülüğündeki bu müzakerelerde ciddi çıkmazlar yaşanmıştır. Esasen BMGK içindeki farklılaşan vizyonlar –özellikle ABD ve Rusya arasında- Suriye için çözüm arayışına da hep yansımıştır.

BM Güvenlik Konseyi’nin 2015’te oybirliği ile kabul ettiği 2254 Sayılı Karar, 2012 Cenevre Bildirisini teyit etmiş ve siyasi geçiş için bir eylem planı ortaya koymuştur. Bu bağlamda, BMGK 2254 Sayılı karar, altı aylık süreç içerisinde güvenilir, kapsayıcı ve mezhepsel olmayan bir yönetim kurmayı ve yeni bir anayasa taslağı için bir takvim ve süreç belirlemeyi hedeflemiştir. Ayrıca yeni anayasaya göre 18 ay içinde BM gözetiminde özgür ve adil bir seçim yapılması şeklinde bir yol planı da belirtilmiştir.¹⁰⁷ Suriye liderliğinde ve Suriye’nin sahip olduğu bir siyasi süreç çağrısında bulunan 2254 Sayılı karar ve 2012 Cenevre Bildirisi, Suriye krizine yönelik daha sonra oluşacak olan farklı süreçlerin de dayanağı olmuşlardır.

BM öncülüğündeki Cenevre Sürecine paralel olarak Ocak 2017’de Rusya, Türkiye ve İran üçlüsü Astana Süreci’ni başlatmışlardır. Astana Süreci, Suriye iç savaşına siyasi bir çözüm bulmaya öncelik vermekten ziyade, daha çok savaş alanındaki sorunları çözmek ve durumu Astana üçlüsünün çıkarları doğrultusunda yönlendirmek için bir platform işlevi görmüştür. Bu doğrultuda Astana Süreci, Suriye’de fiili olarak askeri varlıkları bulunan devletler tarafından yürü-

¹⁰⁵ LUNDGREN, s. 276.

¹⁰⁶ HAUCH, Lars, **Mixing politics and force: Syria’s Constitutional Committee in Review**, Netherlands Institute of International Relations ‘Clingendael’ CRU Report 2020, s. 5, (Çevrimiçi) <https://www.clingendael.org/sites/default/files/2020-08/the-politics-of-syrias-constitutional-committee.pdf>, E.T. 17.12.2022.

¹⁰⁷ UNSCR, “United Nations Security Council Resolution 2254 (2015)”, UNSCR, (Çevrimiçi) <http://unscr.com/en/resolutions/doc/2254>, E.T. 21.11.2022.

tüldüğünün avantajıyla zaman zaman ateşkesin sağlanması konusunda başarılı olsa da Suriye’de kalıcı bir barış sağlayamamıştır.¹⁰⁸ Astana Sürecinin Suriye rejiminin ömrünü uzatma ve Esad’ı “meşrulaştırma” ve Suriye’yi yönetme konusundaki soruları bastırma aracı olarak işlev gördüğü şeklinde çeşitli eleştiriler yapılmaktadır.¹⁰⁹

İlk Astana zirvesinden hemen sonra Ocak 2017’de Rusya, Suriye’deki bazı muhalif grup temsilcileri ile Moskova’da bir araya gelmiş ve yeni bir anayasa taslağı sunmuştur. Bu yeni anayasa taslağında Rusya, ülkenin resmi adından “Arap” ibaresinin kaldırılmasını, Cumhurbaşkanı görev süresinin yedi yıllık tek bir dönemle sınırlandırılmasını ve Cumhurbaşkanı’nın yetkilerini kısıtlayacak “Bölgeler Meclisi” adında yeni bir organ oluşturulmasını önermiştir. Bu anayasal taslak daha kapsayıcı ve daha az merkezi bir Suriye devleti öngörmüştür. Rusya’nın bu anayasa önerisi, Suriye öncülüğündeki bir sürece dayanmaktan ziyade prefabrike bir anayasa dayatması olarak değerlendirildiğinden hem Suriye rejimi hem de muhalif gruplar tarafından reddedilmiştir.¹¹⁰ Bundan sonra Rusya tarafından herhangi bir anayasal öneri söz konusu olmamıştır. Ancak 2018’de Astana üçlüsünün görüşmelerinde Anayasa Komitesi oluşturma fikri ortaya çıkmış ve bu fikir daha sonra BM tarafından desteklenmiştir. Böylelikle Suriye için yeni bir Anayasa Komitesinin oluşturulması konusu BM’ye geçmiştir. Astana’dan BM’ye böyle bir geçiş durumu, Rusya için Astana Sürecinin BM desteğini güvence altına alması anlamına da gelmiştir.

Nasıl ve kimlerden oluşturulacağıyla ilgili ciddi anlaşmazlıklar bulunduğundan dolayı, Anayasa Komitesi ancak yoğun tartışmalar ve uzun bir süreç sonucunda oluşturulabilmiştir. Bu süreç içerisinde BM Anayasa Komitesi ve onunla birlikte gelmesini umduğu siyasi çözüme destek arayışları ile meşgulken; Suriye rejimi bir yandan elini güçlendirmek için askeri saldırılarını artırarak muhalefetin elindeki önemli bölgeleri geri kazanmış ve diğer yandan da daha büyük bir siyasi çözüm için çalıştığını yansıtmaya çalışmıştır. Nihayet, 2019 Eylül’ünün sonlarında BM Genel Sekreterinin “Görev Tanımı ve Temel Usul Kurallarını” duyurduğu Anayasa Komitesi oluşturulmuştur. Toplamda 150 delegeden oluşan bu Komitenin 50’si Suriye hükümetini, 50’si muhalefeti (Suriye Müzakere Komisyonu) ve 50’si de Sivil Toplumunu temsil etmektedir. Bu

¹⁰⁸ MICHIELS, Magali / KIZILKAYA Zafer, “Mediation in Syria: A Comparative Analysis of the Astana and the Geneva Processes”, *Syria Studies, Interventions and Spill-overs: External Aspects of the Syrian Uprising*, Y. 2022, C. 14, S. 1, s. 1-40.

¹⁰⁹ MICHIELS / KIZILKAYA s. 3, 26.

¹¹⁰ HAUCH, s. 7.

büyük kurulun kabul etmesi amacıyla anayasal önerileri hazırlamak ve taslak haline getirmek için eşit oranlı katılımlı 45 kişilik küçük kurul oluşturulmuştur. Anayasa Komitesinin çalışma usullerini belirleyen belgenin temel yapısı değişmemiştir. Buna göre, her iki kurul da üyelerinin en az yüzde 75'inin destek oyu temelinde karar alabilmektedir. Bu, her grubun kararları bloke etme olanağına sahip olduğu ve kararların ancak geniş konsensüs ile alınabileceği anlamına gelmektedir.¹¹¹ Başka bir anlatımla, her grubunun dolaylı olarak veto yetkisi bulunmaktadır.

Anayasa Komitesinin oluşumundan sonra Suriye için barış görüşmeleri yoğunluklu olarak anayasa merkezli bir istikamette devam etmiştir. Bu çerçevede BM'nin rolü genellikle usule ilişkin ve anayasanın içeriğinin formüle edilmesinden ziyade kolaylaştırıcılık düzeyinde olmuştur. Ancak karşılıklı güvensizlik ile birçok kez toplanmış olan Anayasa Komitesi, oluşum dayanağı olan BMGK 2254 Sayılı karar gereğince siyasi bir geçişin yolunu açmak ve yeni bir anayasal düzen sağlamak için henüz esaslı bir başarı gösterememiştir. Anayasa Komitesi sürecinde, çatışmaları durduracak herhangi bir ateşkes sağlanmamış ve sahadaki askeri çatışmalar devam etmiştir. Rejim güçlerinin muhalefete karşı askeri üstünlük kazanmaları, Anayasa Komitesinin müzakerelerini de etkilemiştir. Anayasa Komitesi ile Astana Süreci ve BM öncülüğündeki barış süreci arasında BMGK 2254'e dayalı bir köprü kurulmuştur. Bu diplomatik süreç ile zaman kazanan ve bu süreci askeri saldırılarına bir örtü aracı olarak kullanan rejimin elde etmiş olduğu galibiyetlere dayanarak esasen askeri bir çözüm arayışında olduğunu ifade etmek mümkündür.¹¹² Halihazırdaki resim, başarı potansiyeli sahadaki güç dengeleriyle doğrudan ilintili olan Anayasa Komitesi'nin yakın tarihte tek başına etkili bir çözüm sunamayacağını göstermektedir. Ancak her halükarda Anayasa Komitesi'nin varlığı, gruplar arası temas ve iletişimi yaratan bir köprü olduğu için çatışma çözümü ve barış inşası konusunda olumlu etki etme potansiyeline sahiptir.

Anayasa Komitesi'nin en büyük eksikliklerinden bir tanesi, kapsayıcı bir yapıda olmamasıdır. Suriye'deki ana aktörlerden biri olan Kürt güçleri veya Kürt güçlerinin öncülüğündeki gruplar, Türkiye'nin engellemesi sonucu Anayasa Komitesi'ne dahil edilmemişlerdir.¹¹³ Yaklaşık olarak Suriye topraklarının

¹¹¹ HAUCH, s. 12.

¹¹² HAUCH, s. 21.

¹¹³ France 24, "Syria's Kurds protest exclusion from constitutional committee", **France 24**, (Çevrimiçi) <https://www.france24.com/en/20191002-syria-s-kurds-protest-exclusion-from-constitutional-committee>, E.T. 17.02.2023.

dörtte birini kontrol eden, önemli bir topluluk ile özdeşleşen ve ABD gibi uluslararası güçler tarafından desteklenen bir grubun, Suriye’nin siyasal ve anayasal geleceğini şekillendirecek Anayasa Komitesi’nden “dışlanması” Komite’nin hem başarısını hem de Suriye’deki halkın bir kısmının nezdindeki meşruiyetini olumsuz etkilemektedir. Bu dışlanma sadece Anayasa Komitesi’ne münhasır değildir. Türkiye, Suriye’deki kilit Kürt grubunu PKK’nin bir uzantısı olarak değerlendirdiğinden dolayı, başından beri bütün barış görüşmelerine katılmalarını engellemiştir. Müzakere süreçlerinden dışlanmaları, Suriye çatışması için kapsayıcı ve kapsamlı çözüm bulunmasını olumsuz etkilemektedir. Türkiye’nin Kuzey Suriye’deki Kürt gruplarına karşı kaygısı ve her an müdahale gündemine sahip olması, çözüm konusuna da ciddi bir sorun olarak yansımaktadır.

Şubat 2022’de Rusya ile Ukrayna arasında başlayan savaş, Suriye’nin barış sürecini de etkilemiş ve etkilemeye devam edecektir. Suriye’deki en etkili harici aktörler Suriye için Anayasa Komitesinin kurulmasında göstermiş oldukları “nispi iş birliklerini” Ukrayna savaşındaki gerilimden korumaya çalışmışlardır. Ancak Ukrayna’daki uluslararası gerilimin böyle devam etmesi, muhtemelen çatışma çözümü için uluslararası iş birliğini, Cenevre müzakerelerini ve Anayasa Komitesi’ni de olumsuz etkileyecektir.

Şimdiye kadar yürütülen barış girişimleri ve anayasal tasarım çabaları, Suriye’de barışı temin etmiş değildir. Barış arayış sürecinde ve akademik çalışmalarda sunulan çözüm seçenekleri arasında en kilit öneri, güç paylaşım sistemi olmuştur. Özellikle Soğuk Savaş sonrası dönemde etno-mezhepsel şiddeti sona erdirecek bir mekanizma ve çözüm olarak güç paylaşım sistemine başvurulmuştur. Bu süreçte oluşan tarihsel ve uluslararası deneyim ve güncel örnekler, Suriye’de de güç paylaşım sisteminin çözüm potansiyeli konusunda karine oluşturmaktadır. Her bir çatışma gibi Suriye çatışması da nevi şahsına münhasır olmakla birlikte, özellikle ortak tarihsel, kültürel ve siyasal özellikleri nedeniyle ortaklıkçı güç paylaşım modelini tecrübe eden iki komşu ülke olarak Lübnan ve Irak deneyimleri üzerinden değerlendirilmektedir. Suriye’de çatışma çözümü için olası bir güç paylaşım sisteminin önceki tecrübelerden -özellikle bu iki ülke deneyiminden- çıkarılacak dersler ve ilkeler çerçevesinde oluşturulması, istikrar ve başarı potansiyelini artıracaktır. Bu çalışmanın birinci bölümünde çatışmalı ve bölünmüş toplumlar için anayasal tasarım ve barış inşasına yönelik yapılan genel değerlendirmeler, Suriye’nin barış inşası ve anayasal tasarımı için zemin oluşturan ve geçerliliğini koruyan değerlendirmelerdir.

Ortaklıkçı güç paylaşım mekanizmalarının nispeten daha hızlı bir çözüm sunma ve şiddeti sonlandırma potansiyeli, onu dünyanın birçok bölgesindeki

etnik, dinsel, dilsel veya ulusal çatışmalar için tercih edilen bir seçenek haline getirmiştir. Lübnan'ın dinsel ve mezhepsel çizgisindeki güç paylaşım yaklaşımını reddetmesine rağmen Lübnanlı Dürzi lider Velid Canbolat, Kasım 2011'de Suriye için güç paylaşım seçeneğini dile getiren ilk kişi olmuştur. Eylül 2012'de Rusya Dışişleri Bakan Yardımcısı da vermiş olduğu bir röportajda (10 Eylül Le Figaro) bu fikri yeniden gündeme getirmiştir. Özellikle 1989'de Taif Anlaşmasını (Lübnan güç paylaşım anlaşması) hazırlayan Arap Birliği Üçlü Yüksek Komitesi'ne başkanlık eden Lakhdar Brahimi'nin 2012'de BM Suriye özel elçisi olarak atanması, Suriye için güç paylaşım sistemini tartışmaların merkezine taşımıştır.¹¹⁴ Bütün temel grupları ve siyasi seçkinlerin katılımını esas alarak gruplar arası güveni temin etme potansiyelinden dolayı, bugüne kadar Suriye için ortaklıkçı güç paylaşım modeli birçok kişi tarafından önerilmiştir. 2017'de Rusya tarafından önerilen anayasal çözüm de esasen bu modelden çok uzak bir noktada durmamaktadır. Ancak Rusya'nın bu önerisi, Suriye'deki esas aktörlerin ve grupların iradesine dayanmayan empoze bir tasarı olarak görülmüş olduğundan taraflarca kabul edilmemiştir.

Şiddet, terörizm, yolsuzluk, ayrımcılık ve hak ihlalleri gibi Suriye'nin endemik sorunları, Suriye'de barış inşasını siyasi bir antlaşmanın ve anayasal tasarımın ötesine taşımakta ve gruplar arası ve grup içi ilişkileri yeniden inşa edecek bir "kültürel geçiş" gerektirmektedir.¹¹⁵ Lakin bu "kültürel geçişin" ilk adımı ise, siyasi bir antlaşma ve ona bağlı anayasal tasarımıdır. Bir grubun tek başına meşru bir biçimde -velev ki askeri olarak galibiyet elde etse bile- Suriye'yi inşa etme kapasitesi pek mümkün görünmemektedir. Bu çerçevede etno-mezhepsel kaygıları giderebilen ve bu gruplara siyasi koruma sağlayan en olası rasyonel seçenek, iktidarı bu gruplar arasında paylaştıran kapsayıcı bir güç paylaşım sistemidir.

Toplumların özel durumlarına bağlı olarak şekillenebilen esnekliğe sahip ortaklıkçı güç paylaşım modeli, Suriye toplumunun siyasal-sosyolojik yapısına ve etno-mezhepsel dinamiklerine uygun bir biçim alabilecektir. Bu doğrultuda olası bir anayasal tasarım, ortaklıkçı güç paylaşımının diğer unsurlarının yanı sıra kültürel özerklik ile teritoryal özerkliği birlikte içerebilir. Suriye'nin özellikle Kürt nüfusunun kümelenildiği ve Kürt güçlerinin öncülüğünde fiili olarak özerk

¹¹⁴ ROSINY, Stephan, **Power Sharing in Syria: Lessons from Lebanon's Experience**, German Institute for Global and Area Studies, Hamburg, 2013, s. 17, (Çevrimiçi) https://www.giga-hamburg.de/assets/pure/21214075/wp223_rosiny.pdf, E.T. 19.11.2022.

¹¹⁵ SALAMEY, Imad / ABU-NIMER, Mohammed / ABOUAOUN, Elie, "Comparative Post-conflict Power Sharing Models for Syria", **Post-Conflict Power-Sharing Agreements: Options for Syria**, Ed. Imad SALAMEY, Mohammed ABU-NIMER / Elie ABOUAOUN, Palgrave Macmillan, Cham/Switzerland, 2018, s. 11.

olan kuzey doğu bölgesi, olası bir güç paylaşım seçeneğini teritoryal bir eksen-
de var edebilir. Suriye, sahip olduğu Kürt sorunu açısından Irak’taki güç payla-
şım modeli ile kıyaslanabilir.¹¹⁶

Suriye’de olası bir barış antlaşması ve anayasal tasarımın temel ilke ve çer-
çevesini oluşturacak güç paylaşım modeli, demokratik seçimlerde ortaya çıkan
her türlü belirgin siyasal kimliği (ister etno-mezhеспel ister topluluk üstü) güç
paylaşımına dahil eden liberal bir nitelikte olması gerekmektedir. Çünkü böyle
bir güç paylaşım modeli, toplumun sabit toplumsal bölünmüşlüğün ötesine
geçmesine yardım etmekte ve bu bölünmüşlükleri iyileştirmek için fırsatlar
sağlamaktadır.¹¹⁷ Suriye için aksi bir güç paylaşım modeli, Lübnan örneğine
yapılan eleştiriler gibi, çatışan grupların dayandığı etno-mezhеспel kimlikleri
kurumsallaştırma ve güçlendirme eleştiri ve sorunları ile karşılaşacaktır.

Uluslararası aktörler, daha önce bir kısım bölünmüş toplumlarda güç payla-
şım antlaşmalarının sağlanması ve uygulamasında olduğu gibi, Suriye’de de bir
güç paylaşım antlaşmasında olumlu rol oynayabilirler. Hatta Suriye için bir güç
paylaşım sisteminin başarısı, bu çatışmaya doğrudan veya dolaylı olarak müda-
hil olan uluslararası aktörlerin desteğine bağlıdır. Ancak uluslararası aktörlerin
desteği kolaylaştırıcı bir nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde salt uluslararası aktör-
lerin iradesiyle empoze edilecek bir güç paylaşımı, uzun vadede meşruiyet so-
rununu yaşayabilir.

Suriye’de çatışmadan barışa geçiş için çözüm olarak ortaklıkçı güç payla-
şımı, en “rasyonel” seçenek olarak görülse de siyaseten çok kolay inşa edilebi-
len ve uygulanabilen bir model değildir. Her şeyden önce, gruplarının siyasal
tutkularını yönetebilen elitlerin iş birliğine ve uzlaşmasına dayanmaktadır. Elit-
lerin iş birliği konusunda gösterecekleri siyasi irade ise, esasen grupların birbir-
lerini tanıma ve birbirlerinin haklarına saygı gösterme ön kabulünü gerektir-
mektedir. Suriye’de halihazırdaki hem rejimin hem de muhalefetin yaklaşım ve
tutumu iş birliğine dayalı bir güç paylaşım antlaşmasının ortaya çıkma olasılı-
ğından uzak görünmektedir. Özellikle askeri olarak zafere doğru ilerleyen ve
savaşın ilk yıllarına göre diplomatik olarak da nispi bir “meşruiyet” kazanan
görevdeki rejim, bir güç paylaşım antlaşmasına yakın durmamakta ve bu olası-
lığı uzak hale getirmektedir. Ancak şimdiye kadarki askeri galibiyet veya olası

¹¹⁶ SALAMEY / ABU-NIMER / ABOUAOUN, s. 15.

¹¹⁷ MABON, Simon / MCCULLOCH, Allison, “Power-Sharing: Why is it still central in the efforts to end the wars in Syria and Yemen?”, **The Foreign Policy Centre**, (Çevirimiçi) <https://fpc.org.uk/power-sharing-why-is-it-still-central-in-the-efforts-to-end-the-wars-in-syria-and-yemen/>, E.T. 17.11.2022.

kesin bir askeri zafer, rejimin meşruiyetini güçlendirmeyecektir. Dolayısıyla Suriye'deki iktidar olası askeri bir zafer sonrası meşruiyet sorununu gidermek için kendi çıkarlarını önceleyen sembolik bir güç paylaşımına yanaşabilir. Siyasi fayda elde etmek için araçsal olarak kullanılacak böylesi bir güç paylaşım sistemi, esasen Rusya'nın savaşın erken aşamalarında tasavvur ettiği bir güç paylaşım biçimine denk düşmektedir.¹¹⁸ Diğer yandan, güç paylaşım seçeneğini tamamen hariç tutan salt askeri bir galibiyet, en iyi ihtimalle yine dışlayıcı, otoriter ve hegemonik bir kontrol sistemini meydana getirecektir. Böyle bir durum ise, yeni potansiyel çatışmaları bünyesinde barındıracaktır. Lakin, Suriye'deki çatışmanın temel nedeni, geçmiş ve mevcut dinamikleri mutlak bir askeri galibiyet olasılığının da pek mümkün olmadığına işaret etmektedir.

Suriye'deki çatışmalara bölgesel ve uluslararası aktörlerin yoğun bir biçimde dahil olması ve bunların beklenti ve hedeflerinin de farklılaşması, çözümü zorlaştıran nedenlerden biridir. Suriye'nin kuzey batı bölgesinde fiili olarak bulunan harici aktör olarak Türkiye, Suriye'nin kuzey bölgesine teritoryal özerklik verecek bir güç paylaşım antlaşmasına şiddetle karşı çıkmaktadır. Böyle bir özerkliği kendi güvenliği için tehdit olarak değerlendirmektedir. Ancak Suriye'deki temel aktörlerinden biri olan ve ABD tarafından da desteklenen Kürt gruplarının temel hedefi, teritoryal özerkliktir. Böyle bir özerklik biçimini tamamen dışlayan muhtemel bir sistem, Suriye'nin kuzey bölgesi için çözüm ve istikrar sunma kapasitesinden uzak gibi görünmektedir.

Suriye'de bir güç paylaşım seçeneği, birçok zorluğa sahip olmakla birlikte diğer olası seçeneklere nazaran Suriye'de barış inşa etmenin “yegane” yolu olarak görünmektedir. Tüm paydaşları kapsayacak bir uzlaşma olmadığı sürece toplumu çatışmaya iten temel nedenler varlığını koruyacağından, olası başka seçeneğin sunacağı çözüm çatışma tehdidini hep taşıyacaktır. “Demokratik” diğer bir seçenek olarak etno-mezhepsel gruplardan ziyade sadece bireysel insan hakları temelli bir sistem ise, ancak kısa ve orta vadede bir güç paylaşım sisteminden sonra mümkündür.

SONUÇ

Suriye'deki gibi etno-mezhepsel hatlar üzerinden çatışan ve bölünmüş toplumlarda anayasal tasarım çatışma çözümünün ve barış sürecinin ayrılmaz bir parçası haline gelmektedir. Bu tür toplumlarda anayasa müzakereleri, barış görüşmelerinin bir parçası olarak çatışmalı veya çatışma sonrası derin kutuplaş-

¹¹⁸ HEYDEMANN, The Syrian Conflict, s. 154-156.

manın bulunduğu ve çatışma riskinin yüksek olduğu bir atmosferde yürütülmektedir. Bu koşullarda doğal olarak bölünmüş toplumlar için anayasal tasarım birçok zorluğu ve riski barındırmanın yanı sıra normal toplumlara göre daha özel amaçlar da taşımaktadır. Bu çerçevede çatışan ve bölünmüş toplumlar için anayasal tasarım, çatışmayı sonlandıracak, şiddeti durduracak ve çatışmaların yeniden başlama riskini bertaraf edecek bir barış inşasını özel olarak hedeflemektedir. Başka bir anlatımla, anayasa kısmen bir barış antlaşması (veya barış antlaşmasının bir parçası) kısmen de yeni demokrasinin işleyeceği kuralları belirleyen bir çerçeve olabilmektedir. Elbette bu tür toplumlarda istikrarlı bir barış ve demokrasinin inşası için anayasal tasarıma, kapsamlı bir hukuk sisteminin yanı sıra barış sürecinin sosyoekonomik, politik ve kültürel açılarının gerektirdiği diğer mekanizmaların da eşlik etmesi gerekmektedir. On yılı aşkın bir süredir etno-mezhepsel hatlar üzerinden devam eden savaşın ve çatışmaların kıskacında kalan ve derin bir biçimde bölünmüş bir ülke ve toplumun prototip örneğini oluşturan Suriye için çatışma çözümüne ve barış inşasına yönelik arayışlar ile anayasal tasarım müzakereleri iç içe geçmiş durumdadır. Muhtemel bir barış antlaşması anayasal bir nitelik taşıyacağı gibi olası bir anayasal tasarım da barış inşasının temelini oluşturacaktır.

Ortaklıkçılığın güç paylaşım sisteminin etno-dinsel/mezhepsel çatışmalarda nispeten daha hızlı bir çözüm sunma ve şiddeti sonlandırma potansiyeline sahip olması, onu dünyanın birçok yerinde benzer çatışmalar için (Bosna-Hersek, Kuzey İrlanda, Makedonya, Güney Afrika [geçiş sürecinde], Irak, Lübnan gibi örnekler) başvurulmuş bir model yapmıştır. Ortaklıkçılığın bir antlaşma, çatışan tarafları kesin kazanan ve kaybeden şeklinde tanımlamaktan ziyade temel grupları iktidara ve sisteme dahil ettiğinden karşıt ve düşman tarafların desteğini kazanabilmektedir. Dolayısıyla ilk adım olarak ortaklıkçılığın bir antlaşma, negatif barışı kurarak grupların ve tarafların birbirlerine karşı ılımlı uygulamalarının gelişmesi ve normalleşmesine zemin hazırlamaktadır. Bu çerçevede, Suriye gibi etno-mezhepsel hatlar üzerinden derin bir biçimde bölünmüş toplumlar için ortaklıkçılığın güç paylaşımını içeren bir antlaşma ve anayasal tasarım dışında “acil” olarak çatışmayı sonlandıracak başka bir seçenek de bulunmamaktadır. Haddi zatında ortaklıkçılığın demokrasi, çatışmanın çözümü ve barışın inşası için başka demokratik seçeneklerin işlevsel olmadığı koşullarda en “rasyonel” ve “demokratik” -en azından Güney Afrika deneyiminde olduğu gibi “geçiş süreci” (transition process) için- çözüm seçeneğidir.

Ortaklıkçılığın bir anayasal tasarım, Suriye’nin derin bir biçimde bölünmüş etno-mezhepsel yapısına uygun olarak çözüm sunacak ve barış inşa edecek en olası çözüm olarak görünmektedir. Tarihsel kökenleri modern Suriye’nin etno-

mezhepsel gerilimler kıskacında ortaya çıkmasına kadar giden ve birçok aktörün de dahil olmasıyla uzun yıllardan beri devam ederek karmaşıklaşan Suriye’deki mevcut çatışmaların çözümü ve barış inşası için böyle bir anayasal tasarım, elbette birçok zorluğu barındırmaktadır. Ancak barış inşa edecek başka bir çözüm yolu da bulunmamaktadır. Suriye özelinde böyle bir barış antlaşmasının tersi, askeri olarak taraflardan birinin mutlak galip gelmesidir ki, Suriye’de muhtemel olarak rejimdir. Savaşın ilk yıllarına göre hem askeri olarak hem de diplomatik olarak daha fazla güçlenmiş olan Suriye rejimi, iktidarını paylaşacağı herhangi bir antlaşma yapmaya yanaşmamakta ve isteksiz davranmaktadır. Bu tutum, Suriye için oluşturulan Anayasa Komitesinin müzakere ve çalışma ilerleyişine de yansımaktadır. Ancak salt askeri bir galibiyet, yaratacağı insani trajedilerin yanı sıra çatışmaların temel nedenlerini de gideremeyeceği için çatışma sonrası istikrarlı bir barış getirmeyecek ve potansiyel olarak başka çatışmaları barındıracaktır.

Suriye için başka bir çözüm seçeneği olarak klasik anayasacılık ilkelerine dayalı bireysel hakları esas alan bir anayasal tasarım, ilk bakışta otoriter rejimin yıllardan beri uyguladığı baskıların son bulması ve bireysel özgürlüklerin gelişmesi için ideal bir seçenek olarak görülebilir. Lakin Suriye’deki mevcut çatışmalar otoriter rejimin salt baskıcı tutumundan değil, esas olarak bu rejimin yıllardan beri uygulamış olduğu etno-mezhepsel politikalarının bir sonucu olarak meydana gelmiştir. Dolayısıyla bu seçenek, etno-mezhepsel çatışmaların olmadığı otoriter rejimler (“Arap Baharı”ndaki diğer ülkeler gibi) için çözüm sunsa da, Suriye’deki etno-mezhepsel çatışmalara “ilk çıkış” olarak çözüm sunmamaktadır. Bu bağlamda, en iyi olasılıkla bu seçenek ancak güç paylaşımına dayalı kısa veya orta vadeli bir “geçiş sürecinden” sonra “bütünleşme” için bir çözüm seçeneği olabilir. Daha teknik bir anlatımla, ancak negatif barıştan sonra uzun vadeli pozitif barışın inşası için başvurulabilir.

Suriye için ortaklıkçı güç paylaşımına dayalı bir antlaşma ve anayasal tasarım, Suriye’nin özgün koşullarına uygun olarak çatışmayı sonlandırmanın ve pozitif barışın ortaya çıkmasını engelleyen yapısal faktörleri ele almanın bir yolu olarak mümkün olan en kapsayıcı şekilde tasarlanmalıdır. Çünkü savaşı ve çatışmayı sonlandırmak, barış inşa etmekle eş anlama gelmemektedir. Barış inşası aynı zamanda çatışmanın temel yapısal nedenlerinin giderilmesini de gerektirmektedir. Bu çerçevede, Suriye’nin iki komşu ülkesi olan Irak ve Lübnan örneklerinde ortaklıkçı güç paylaşım modeli, çatışmayı sonlandırmış (negatif barışı kurmuş) ancak insanların “potansiyellerini” gerçekleştiribildikleri pozitif barışın koşullarını tam yaratamamış veya güvenceye alamamıştır. Suriye için güç paylaşımına dayalı olası bir anayasal tasarım, sadece çatışmayı sonlan-

dırmakla kalmayıp aynı zamanda barış inşa etme olanağına sahip olacaksa önceki ortaklıkçı -özellikle Lübnan ve Irak- deneyimlerinin ortaya çıkardığı sonuçlar ışığında ele alınması gerekmektedir.

Bu bağlamda, önceki ortaklıkçı tecrübelerin teorik olarak ortaya koyduğu en önemli ders, Suriye için ortaklıkçı güç paylaşım modelinin etno-mezhepsel hatlar üzerinden imtiyazlar yaratan bir nitelikte değil, ister etno-mezhepsel ister bu kimlikler üstü belirginleşen bütün politik kimlikleri demokratik siyasete dahil eden ve bu sistemin gelecekte değişimine açık kapı bırakan liberal bir nitelikte olmasıdır. Liberal model, etno-mezhepsel grupların üyelerinin bu kimliklerin dışına çıkmasını ve bu kimlikler üstü politikalar oluşturmasını olanaklı kılmanın yanı sıra, toplumun mevcut bölünmüşlüklerin ötesine geçmesine yardım etmekte ve gruplar arası geçiş ve hareketliliğin oluşumuna fırsat vererek de istikrarlı bir barış inşasına imkan sağlamaktadır.

Suriye’de ilk adım olarak ortaklıkçı güç paylaşımının unsurlarını tamamen dışlayan herhangi bir seçenek uzun vadeli bir barış, demokrasi ve istikrar tesis etme potansiyeline sahip olmayacaktır. Bu çatışmaların ve savaşın en demokratik alternatifi, “kusursuz” ve kolay olmamakla birlikte ortaklıkçı güç paylaşımına dayalı bir anayasal sistemdir. Elbette böyle bir sistem, Suriye’deki bütün sorunların reçetesi olmayacak ve toplumsal bütün düzeylerde barışı tesis etmeyecektir. Ancak ilk adım olarak insan güvenliğinin kurulmaya ve demokratik siyasetin kök salmaya başlayabileceği istikrarlı bir barışın tesis edilmesi için bir zemin ve bir fırlatma rampasını sağlayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

ALDOUGHLI, Rahaf, “What is Syrian nationalism? Primordialism and romanticism in official Baath discourse”, **Nations and Nationalism**, Y. 2022, C. 28, S. 1, ss. 125-140.

Amnesty International, “Amnesty International Report 2009, Syria”, **Amnesty International**, (Çevrimiçi) <https://www.amnesty.org/en/documents/po110/033/2009/en/>, E.T. 10.01.2023.

BACHLEITNER, Kathrin / MATTHIESEN, Toby, “Introduction to themed section on ‘Belonging to Syria. National identifications before and after 2011’”, **Nations and Nationalism**, Y. 2022, C. 28, S. 1, ss. 117-124.

BALANCHE, Fabrice, **Sectarianism in Syria’s Civil War, The Washington Institute for Near East Policy**, Washington, DC, 2018.

BALI, Aslı / LERNER, Hanna, “Constitutional Design Without Constitutional Moments: Lessons from Religiously Divided Societies”, **Cornell International Law Journal**, Y. 2016. C. 49, S. 2, ss. 227-308.

BBC News, “Syria protests: Bashar al-Assad lifts emergency law”, **BBC News**, (Çevrimiçi) <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-13161329>, E.T. 12.02.2023.

BBC News, “Syria War: UN Calculates New Death Toll”, **BBC News**, (Çevrimiçi) <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-58664859>, E.T. 07.12.2022.

BELLIN, Eva, “Reconsidering the Robustness of Authoritarianism in the Middle East: Lessons from the Arab Spring”, **Comparative Politics**, Y. 2012, C. 44, S. 2, ss. 127-149.

BELMONT, Katharine / MAINWARING, Mainwaring / REYNOLDS Andrew: “Institutional Design, Conflict Management, and Democracy”, **The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy**, Ed. Andrew REYNOLDS, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 1-11.

BENOMAR, Jamal, “Constitution-Making After Conflict: Lessons for Iraq”, **Journal of Democracy**, Y. 2004, C. 15, S. 2, ss. 81-95.

CHARBONNEAU, Louis, “Syria Conflict Now a Civil War, U.N. Peacekeeping Chief Says”, **Reuters**, <https://www.reuters.com/article/us-syria-crisis-un-idUSBRE85B11V20120612>, E.T. 10.12.2022.

- CHOUDHRY, Sujit, “Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies”, **Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?**, Ed. Sujit CHOUDHRY, Oxford University Press, Oxford, 2008, ss. 3-40.
- ConstitutionNet: Supporting Constitution Builders Globally, “Constitutional History of Syria”, (Çevrimiçi) <https://constitutionnet.org/country/syria#fn11>, E.T. 19.11.2022.
- DAHER, Joseph, “Syria: The Social Origins of the Uprising”, **Rosa Luxemburg Stiftung**, (Çevrimiçi) <https://www.rosalux.de/en/publication/id/39149/syria-the-social-origins-of-the-uprising>, E.T. 10.02.2023.
- DOPPELHOFER, Christoph, “Will Palmyra rise again? - War Crimes against Cultural Heritage and Post-war reconstruction”, **Office of the High Commissioner for Human Rights**, (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/CulturalRights/DestructionHeritage/NGOS/Ch.Doppelhofer.pdf>, E.T. 21.12.2022.
- European Asylum Support Office (EASO), **Syria Actors - Country of Origin Information Report**, s. 59-60, (Çevrimiçi) https://coi.euaa.europa.eu/administration/easo/PLib/2019_12_EASO_COI_Report_Syria_Actors.pdf, E.T. 29.12.2022.
- FELDMAN, Noah, **The Arab Winter: A Tragedy**, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2020.
- France 24, “Syria’s Kurds protest exclusion from constitutional committee”, **France 24**, (Çevrimiçi) <https://www.france24.com/en/20191002-syria-s-kurds-protest-exclusion-from-constitutional-committee>, E.T. 17.02.2023.
- GALTUNG, Johan, “Violence, Peace, and Peace Research”, **Journal of Peace Research**, Y. 1969, C. 6, S. 3, ss. 169-191.
- GOUREVITCH, Philip, “The Arab Winter”, **The New Yorker**, (Çevrimiçi) <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-arab-winter>, E.T. 14.11.2022.
- HART, Vivien, “Constitution-Making and the Transformation of Conflict”, **Peace & Change**, Y. 2001, C. 26, S. 2, ss. 153-176.
- HAUCH, Lars, **Mixing politics and force: Syria’s Constitutional Committee in Review**, Netherlands Institute of International Relations ‘Clingendael’ CRU Report 2020, s. 5, (Çevrimiçi) <https://www.clingendael.org/sites/default/files/2020-08/the-politics-of-syrias-constitutional-committee.pdf>, E.T. 17.12.2022.
- HEYDEMANN, Steven, “The Syrian Conflict: Proxy War, Pyrrhic Victory, and Power Sharing Agreements”, **Studies in Ethnicity and Nationalism**, Y. 2020, C. 20, S. 2, ss. 153-160.
- HEYDEMANN, Steven, **Authoritarianism in Syria: Institutions and Social Conflict, 1946-1970**, Cornell University Press, New York, 1999.
- HOROWITZ, Donald L., “Ethnic Conflict Management for Policymakers”, **Conflict and Peacemaking in Multiethnic Societies**, Ed. Joseph V. Montville, Lexington Books, Pennsylvania, 1990.

- Illinois Library, “The Syrian Conflict: Foreign States”, **Illinois Library**, (Çevrimiçi) <https://guides.library.illinois.edu/Syria/Foreign>, E.T. 28.11.2022;
- Illinois Library, “The Syrian Conflict: Islamist Opposition”, **Illinois Library**, (Çevrimiçi) <https://guides.library.illinois.edu/Syria/Islamist>, E.T. 29.11.2022.
- Illinois Library, “The Syrian Conflict: Kurdish Forces”, **Illinois Library**, (Çevrimiçi) <https://guides.library.illinois.edu/Syria/Kurds>, E.T. 29.11.2022.
- Illinois Library, “The Syrian Conflict: Non-Islamist Opposition”, **Illinois Library**, (Çevrimiçi) <https://guides.library.illinois.edu/Syria/Non-Islamist>, E.T. 29.11.2022.
- Illinois Library, “The Syrian Conflict: Pro-Assad Forces”, **Illinois Library**, (Çevrimiçi) <https://guides.library.illinois.edu/Syria/Pro-Assad>, E.T. 28.11.2022.
- IZADY, Michael, **Infographs, Maps and Statistics Collection (Columbia University, Gulf 2000 Project: 2006-present)**, (Çevrimiçi) https://gulf2000.columbia.edu/images/maps/Syria_Ethnic_summary_1g.png, E.T. 20.12.2022.
- KHALIFA, Mustafa, “The impossible partition of Syria”, **Arab Reform Initiative**, (Çevrimiçi) https://s3.eu-central-1.amazonaws.com/storage.arab-reform.net/ari/2013/10/02101305/Arab_Reform_Initiative_2013-10_Research_Paper_en_the_impossible_partition_of_syria.pdf, E.T. 15.11.2022.
- LERNER, Hanna, “Constitution-writing in deeply divided societies: the incrementalist approach”, **Nations and Nationalism**, Y. 2010, C. 16, S. 1, ss. 68-88.
- LERNER, Hanna, **Making Constitutions in Deeply Divided Societies**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- LIJPHART, Arend, “Majority Rule versus Democracy in Deeply Divided Societies”, **Politikon**, Y. 1977, C. 4, S. 2, ss. 113-126.
- LIJPHART, Arend, “The Wave of Power-Sharing Democracy”, **The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy**, Ed. Andrew REYNOLDS, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- LIJPHART, Arend, “Constitutional Design for Divided Societies”, **Journal of Democracy**, Y. 2004, C. 15, S. 2, ss. 96-109.
- LIJPHART, Arend, **Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration**, Yale University Press, London, 1977.
- LIJPHART, Arend, **Power-Sharing in South Africa**, University of California Press, Oakland/California, 1985.
- LIJPHART, Arend, **Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice**, Routledge, Abingdon/OX, 2008.
- LOWE, Robert, “The Emergence of Western Kurdistan and the Future of Syria”, **Conflict, Democratization, and the Kurds in the Middle East**, Ed. David ROMANO / Mehmet GURSES, Palgrave Macmillan, New York, 2014, ss. 225-246.

- LUNDGREN, Magnus, “Mediation in Syria: initiatives, strategies, and obstacles, 2011-2016”, **Contemporary Security Policy**, Y. 2016, C. 37, S. 2, ss. 273-288.
- MABON, Simon / MCCULLOCH, Allison, “Power-Sharing: Why is it still central in the efforts to end the wars in Syria and Yemen?”, **The Foreign Policy Centre**, (Çevirimiçi) <https://fpc.org.uk/power-sharing-why-is-it-still-central-in-the-efforts-to-end-the-wars-in-syria-and-yemen/>, E.T. 17.11.2022.
- MAZUR, Kevin, “State Networks and Intra-Ethnic Group Variation in the 2011 Syrian Uprising”, **Comparative Political Studies**, Y. 2019, C. 52, S. 7, ss. 995-1027.
- MCCULLOCH, Allison, **Power-Sharing and Political Stability in Deeply Divided Societies**, Routledge, 2014.
- MCGARRY, John / O’LEARY, Brendan / SIMEON, Richard, “Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation”, **Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?**, Ed. Sujit CHOUDHRY, Oxford University Press, Oxford, 2008, ss. 41-88.
- MCGARRY, John / O’LEARY, Brendan, “Iraq’s Constitution of 2005: Liberal Conso-ciation as Political Prescription”, **International Journal of Constitutional Law**, Y. 2007, C. 5, S. 4, ss. 670-698.
- MICHIELS, Magali / KIZILKAYA Zafer, “Mediation in Syria: A Comparative Analysis of the Astana and the Geneva Processes”, **Syria Studies, Interventions and Spill-overs: External Aspects of the Syrian Uprising**, Y. 2022, C. 14, S. 1, ss. 1-40.
- NASROLLAH, Bashir / SHARIFA, Abbas / AL-ABDULLAH, Obada, “Map of Military Control in Syria End of 2021 and Beginning of 2022”, **Jusoor for Studies**, (Çevirimiçi) <https://jusoor.co/en/details/map-of-military-control-in-syria-end-of-2021-and-beginning-of-2022>, E. T. 05.01.2023.
- O’LEARY, Branden, “Power Sharing in Deeply Divided Places: An Advocate’s Introduction”, **Power Sharing in Deeply Divided Places**, Ed. Joanne MCEVOY / Brendan O’LEARY, University of Pennsylvania Press, Philadelphia/Pennsylvania, 2013, ss. 1-64.
- O’LEARY, Branden, “Power Sharing: An Advocate’s Conclusion”, **Power Sharing in Deeply Divided Places**, Ed. Joanne MCEVOY / Brendan O’LEARY, University of Pennsylvania Press, Philadelphia/Pennsylvania, 2013, s. 386-422.
- ORHAN, Salim, **Bö lünmüş Toplumlarda Anayasal Uzlaş ı ve Demokrasi**, Orion Kitabevi, Ankara, 2020.
- PEEL, Michael, “Assad’s Family Picked Up by the West’s Radar”, **Financial Times**, (Çevirimiçi) <https://www.ft.com/content/05e5ffcc-70fa-11e0-962a-00144feabdc0>, E.T. 05.02.2023.
- PIPES, Daniel, “The Alawi Capture of Power in Syria”, **Middle Eastern Studies**, Y. 1989, C. 25, S. 4, ss. 429-450.

- ROSINY, Stephan, **Power Sharing in Syria: Lessons from Lebanon's Experience**, German Institute for Global and Area Studies, Hamburg, 2013, (Çevrimiçi) https://www.giga-hamburg.de/assets/pure/21214075/wp223_rosiny.pdf, E.T. 19.11.2022.
- SALAMEY, Imad / ABU-NIMER, Mohammed / ABOUAOUN, Elie, "Comparative Post-conflict Power Sharing Models for Syria", **Post-Conflict Power-Sharing Agreements: Options for Syria**, Ed. Imad SALAMEY, Mohammed ABU-NIMER / Elie ABOUAOUN, Palgrave Macmillan, Cham/Switzerland, 2018, ss. 1-22.
- SALAMEY, Imad / RIZK, Samuel, "Ways Forward for Syria", **Post-Conflict Power-Sharing Agreements: Options for Syria**, Ed. Imad SALAMEY, Mohammed ABU-NIMER / Elie ABOUAOUN, Palgrave Macmillan, Cham/Switzerland, 2018, ss. 149-164.
- SAMUELS, Kirsti / WYETH, Vanessa Hawkins, **State-building and Constitutional Design after Conflict**, International Peace Academy, New York, 2006.
- SAMUELS, Kirsti, "Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making", **Chicago Journal of International Law**, Y. 2006, C. 6, S. 2, ss. 663-682.
- SAVELSBERG, Eva, "The Syrian-Kurdish Movements: Obstacles Rather Than Driving Forces for Democratization", **Conflict, Democratization, and the Kurds in the Middle East**, Ed. David ROMANO / Mehmet GURSES, Palgrave Macmillan, New York, 2014, ss. 85-107.
- SCHNECKENER, Ulrich, "Making Power-Sharing Work: Lessons from Successes and Failures in Ethnic Conflict Regulation", **Journal of Peace Research**, Y. 2002, C. 39, S. 2, ss. 203-228.
- SISK, Timothy D, **Power Sharing and International Mediation in Ethnic Conflicts**, United States Institute of Peace, Washington, DC, 1996.
- SLIM, Hugo / TROMBETTA, Lorenzo, **Syria Crisis Common Context Analysis**, United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, New York, 2014.
- SOHR, "Syrian Revolution 11 years on | SOHR documents by names nearly 161,000 civilian deaths, including 40,500 children and women", **The Syrian Observatory for Human Rights**, (Çevrimiçi) <https://www.syriahr.com/en/243125/>, E.T. 07.12.2022.
- SPENCER, Robert, **Arab Winter Comes to America: The Truth about the War We're in**, Regnery Publishing, Washington, DC, 2014.
- Syrians for Truth and Justice, "Racial Discrimination in The Syrian Constitution", (Çevrimiçi) <https://stj-sy.org/en/racial-discrimination-in-the-syrian-constitution/>, E.T. 23.12.2022.
- TALHAMY, Yvette, "The Syrian Muslim Brothers and the Syrian-Iranian Relationship", **The Middle East Journal**, Y. 2009, C. 63, S. 4, ss. 561-580.

- TAYLOR, Rupert, “Introduction: The Promise of Consociational Theory”, **Consociational Theory: McGarry and O’Leary and Northern Ireland**, Ed. Rupert TAYLOR, Routledge, 2009, ss. 1-11.
- The World Bank, “Population, total - Syrian Arab Republic”, **The World Bank Data**, (Çevrimiçi) <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=SY>, E.T. 19.11.2022.
- ÜNGÖR, Uğur Ümit, “Shabbiha: Paramilitary groups, mass violence and social polarization in Homs”, **Violence: An International Journal**, Y. 2020, C. 1, S. 1, ss. 59-79.
- UNHCR, “Global Trends Report 2021”, **unhcr.org**, (Çevrimiçi) <https://www.unhcr.org/62a9d1494/global-trends-report-2021>, E.T. 05.12.2022.
- UNHCR, “UNHCR Global Trends 2019”, **unhcr.org**, (Çevrimiçi) <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5ee200e37/unhcr-global-trends-2019.html>, E.T. 05.12. 2022.
- UNSCR, “United Nations Security Council Resolution 2254 (2015)”, **UNSCR**, (Çevrimiçi) <http://unscr.com/en/resolutions/doc/2254>, E.T. 21.11.2022.
- WIDNER, Jennifer, “Constitution writing and conflict resolution”, **The Round Table**, Y. 2005, C. 94, S. 381, ss. 503-518.
- WIDNER, Jennifer, “Constitution Writing in Post-conflict Settings: An Overview”, **William & Mary Law Review**, Y. 2008, C. 49, S. 4, ss. 1513-1541.
- WIMMEN, Heiko, “The Sectarianization of the Syrian War”, **Beyond Sunni and Shia: The Roots of Sectarianism in a Changing Middle East**, Ed. Frederic WEHREY, Oxford University Press, New York, 2018, ss. 61-85.
- WOLFF, Stefan, “Post-Conflict State Building: The Debate on Institutional Choice”, **Third World Quarterly**, Y. 2011, C. 32, S. 10, ss. 1777-1802.

Bağlılık Kuralı Kapsamında Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi^(*)

The Effect of Qualified Cases on Accomplices within the Scope
of the Dependency Rule

Ali PEHLİVAN^(**)

Öz:

Suçların çok büyük bir kısmı tek kişi tarafından işlenebilir. Bununla birlikte fail tarafından işlenen suçta başka kişilerin de maddi veya manevi katkıda bulunması mümkündür. İşte böylesi bir durumda iştirak hükümleri gündeme gelir. İştirak hükümleri sayesinde, failin fiiline katkıda bulunan suç ortaklarının katkısı, suç tanımında gösterilen fiilin gerçekleştirilmesi niteliğinde olmasa da cezalandırılabilir. Bu nedenle iştirak hükümlerinin gündeme gelebilmesi için failin kasten ve hukuka aykırı bir fiili işlemesi gerekir. Suç niteliğindeki bu fiil, suç ortaklarının sorumluluğunun dayanağını oluşturmaktadır. Suç ortaklarının, failin fiiline bağlı olarak cezalandırılmasını sağlayan kurala bağlılık kuralı denilmektedir. Ancak fail veya suç ortaklarının herhangi birisiyle ilgili kusuru kaldırın veya azaltan bir neden, kendisinde bu neden bulunan kişiyle sınırlı bir etki yaratacak, diğerlerinin sorumluluğunu etkilemeyecektir. Bağlılık kuralı, TCK m.40'ta açıkça düzenlenmiş ve koşulları gösterilmiştir. Kanun koyucu tarafından bağlılık kuralının açıkça düzenlendiği gerekçesiyle suçun temel şeklini değiştirmemekle birlikte, cezayı ağırlaştırın veya hafifleten kişisel nitelikli hal ve nesnel (maddi) nitelikli hal ayırımına yer verilmemiştir. Bu ayırma yer verilmemesine bağlı olarak kişisel ve nesnel nitelikli hallerin suç ortaklarına etkisine dair bir düzenleme de yapılmamıştır. Bu durum, özellikle kasten öldürme suçlarında fail veya suç ortaklarında bulunan kişisel ağırlaştırıcı hallerin diğer suç ortaklarına etkisine ilişkin öğretilerde ve uygulamada görüş ayrılıklarına yol açmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Suçta İştirak, Fail, Suç Ortağı, Bağlılık Kuralı, Nitelikli Haller, Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 31.07.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 10.09.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1358039>

Bu makaleye atf için: PEHLİVAN, Ali, "Bağlılık Kuralı Kapsamında Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi", *İMİHFD*, C. 8, S. 2, 2023, s. 573-608

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuku Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: ali.pehlivan@medeniyet.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2040-6134>

Abstract:

A very large portion of offences may be committed by singular persons. However, it is possible that other persons contribute morally or materially to the offence committed by the offender. It is in these cases that involvement provisions come into consideration. By means of these involvement provisions, the contribution of the persons who participated in an offence may be sentenced to a penalty even though the said participation does not qualify as the commitment of an act shown in the definition of an offence. Therefore, in order for involvement provisions to come into consideration, the offender must have intentionally committed an unlawful act. This act, which constitutes an offence, forms the basis of the responsibility of parties to the offence. The rule that ensures an imposition of penalty on joint offenders depending on the act of the offender is called the dependency rule. However, any reason that eliminates or reduces a fault related to the offender or any of the accomplices will have an effect limited to the person who possesses this reason and will not affect the responsibility of others. The dependency rule is regulated explicitly in article 40 of Turkish Penal Code and its conditions have been stated. A distinction has not been made between personal qualified versions of an offence and objective (material) qualified versions of an offence which aggravate or mitigate a penalty although this does not alter the basic version of an offence as the dependency rule is explicitly regulated by the lawmaker. Since no distinction as such has been made, there is no regulation in regard to the effect of individual and objective qualified versions on accomplices. This results in differences of opinion both in doctrine and application in regard to individual aggravating conditions found in the offender accomplices especially in intentional homicide.

Keywords:

Complicity, Principal, Accomplice, Dependency Rule, Qualified Versions of Offences, Effect of Qualified Versions of Offences on Accomplices.

GİRİŞ

Suçların büyük bir kısmı tek kişi tarafından işlenebilir. Bu durum, gerek TCK'da gerekse diğer kanunlarda yer alan suçlar için geçerlidir. Bilindiği gibi suçu işleyen kişiye fail denir¹. Yaşayan bir insan fail olabilir². Suç tanımında fail, genellikle “kişi” veya “kimse” gibi sözcüklerle gösterilmektedir. Örneğin kasten öldürme suçunda, “bir insanı kasten öldüren kişi”; organ ticareti suçunda ise “kişiden organ alan kimse” suçun faili olarak gösterilmiştir (TCK m.81/1,

¹ Fail, Arapça kökenli bir sözcük olup “işleyen, yapan”; “tesirli”; “bir fi’lin anlattığı işi yapan” yani özne anlamına gelmektedir. Bak. DEVELLIOĞLU, Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 20. Baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003, s. 249.

² DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 526-527; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, U-S-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 393; ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 199; ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 114; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 114; ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 370-371; ÖZEN, Mustafa, **Öğreti ve Uygulama İşığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 416; BAŞ, Eylem, **Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 115.

TCK m.91/1)³. Bu itibarla birçok suç bakımından bir failin varlığı suçun oluşumu yeterlidir. Ancak bazı suç tanımlarında birden fazla kişi fail olarak gösterilmekte, buna bağlı olarak suçun oluşumu için birden fazla kişinin fiili aranmaktadır. Birden fazla kişinin fail olarak varlığını gerektiren bu suçlara, “çok failli suçlar” denilmektedir⁴. Çok failli suçlar, iştirakin bir şekli değildir; çünkü burada kanun koyucu tarafından birden fazla failin varlığı suç tanımında zorunlu olarak aranmıştır. Bir başka anlatımla bu suçlarda, faillerin çokluğu suçun kurucu bir unsurudur. Bu nedenle çok failli suçların, öğretide “gerçek olmayan iştirak” ya da “zorunlu iştirak” olarak adlandırıldığı da görülmektedir⁵.

Çok failli suçlar, öğretide yapıları bakımından “yakınsama suçları” ve “karşılaşma suçları” olarak ikiye ayrılmaktadır⁶. Yakınsama suçlarında, suçun işlenmesi için varlıkları zorunlu olarak aranan kişiler, hem aynı yönde hareket etmekte hem de aynı amacı gerçekleştirmeye yönelmektedirler⁷. Örneğin TCK m.220’de düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun oluşumu için en az üç kişinin, aynı amaca yönelik olarak bir araya gelmesi gerekir⁸. Yakın-

³ Buna karşılık 765 sayılı TCK’da suçun faili, genellikle “her kim” veya “bir kimse” şeklinde gösterilmiştir. Bak. ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 414. Örneğin kasten öldürme suçunun düzenlendiği TCK m.448’de suçun faili, “her kim”; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun düzenlendiği TCK m.179’da suçun faili, “bir kimse” olarak gösterilmiştir.

765 sayılı TCK’da suçun failinin, suç tanımlarının başında yer aldığı; faille yer verildikten sonra suçun kanuni tanımına yer verildiği belirtilmiştir. Bak. ÖNDER, s. 414. TCK’nın suç tanımlarına bakıldığında, genellikle önce suçun tanımının yapıldığı, suçun failine ise daha sonra yer verildiği söylenebilir. Örneğin 765 sayılı TCK’da kasten öldürme suçunun düzenlendiği m.448’de “Her kim, bir kimseyi kasten öldürürse 24 nedenen 30 seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur” denilmiştir. Görüldüğü gibi önce suçun failine yer verilmiş, daha sonra suçun tanımı yapılmıştır. Buna karşılık kasten öldürme suçunun düzenlendiği TCK m.81’de ise, önce suçun tanımı yapılmış, tanımdan sonra suçun faili gösterilmiştir.

⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 448; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 592; ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, k.no. 709; DEMİRBAŞ, s. 528; ZAFER, s. 548; AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 770; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 529.

⁵ Bak. CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 487; ÖNDER, s. 433; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 448; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 592; ZAFER, s. 548; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 741-743; DEMİRBAŞ, s. 528; SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 511; TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 322; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 709; AKBULUT, Genel Hükümler, s. 770.

⁶ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 593; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 448; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 741; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 530; DEMİRBAŞ, s. 530; İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 552-553.

⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 530; DEMİRBAŞ, s. 530; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 741; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 593.

⁸ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 593; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 448; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 741; DEMİRBAŞ, s. 530; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 530.

sama suçlarına, öğretilerde “aynı yönlü çok failli suç”⁹ veya “birleşme suçları”¹⁰ da denilmiştir. Karşılaşma suçlarında ise suçun işlenmesi için varlıkları zorunlu olarak aranan kişiler, aynı amacı gerçekleştirmeye yönelmekle birlikte, farklı yönlerden hareket etmektedirler; bu kişilerin suçun işlenişine yaptıkları katkılar da birbirinden farklı niteliktedir¹¹. Belirtelim ki, karşılaşma suçlarının bir kısmında, korunmak istenen hukuki yarar gözetilerek suçun işlenişine katılan kişilerden bazılarının cezalandırılmaması öngörülmüş olabilir¹². Örneğin TCK m.252’de düzenlenen rüşvet suçunda, hem rüşvet veren (birinci fıkra) hem rüşvet alan (ikinci fıkra) cezalandırılmıştır. Buna karşılık tefecilik suçunda (TCK m.241), ödünç para verenin cezalandırılmasıyla yetinilmiş, ödünç para alanın cezalandırılmaması öngörülmüştür.

Suçun oluşumu için kural olarak tek bir failin varlığı yeterli olmakla birlikte; başka kişiler de failin işlediği suça katkıda bulunabilirler. Örneğin A, B’yi öldürmek istemektedir. A, öldürmede kullanmak üzere C’den silah istemiş; C, silahını B’nin öldürülmesinde kullanılacağını bilerek ve isteyerek A’ya vermiş, nihayetinde A, C’den aldığı silahla B’yi öldürmüştür (TCK m.81). Verilen örnekte olduğu gibi suç tanımında tek bir kişi tarafından işlenebilen suçun, ki suçların büyük bir kısmı böyledir, başka kişi veya kişilerin farklı nitelikteki katılımıyla işlenmesine suça iştirak denir¹³. Çok failli suçların da, suç tanımında gösterilen failer dışında kalan kişilerin katılmasıyla işlenmesi mümkündür. Bu itibarla suça iştirak, çok failli suçlar bakımından da gündeme gelebilir¹⁴. Birden fazla kişinin fail olarak varlığını gerektiren çok failli suçlar, istisnai niteliktedir¹⁵; dolayısıyla sayıca azdırlar. Çok failli suçların sayıca az olduğu gözetildiğinde, bu tür suçların iştirak halinde işlenmesinin nadir olacağı söylenebilir.

⁹ SANCAR, Türkan Yalçın, **Çok Failli Suçlar**, 1. Baskı, Ankara, 1998, s. 119; ZAFER, s. 548.

¹⁰ ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 709; ÖNDER, s. 433; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 506.

¹¹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 742; DEMİRBAŞ, s. 530; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 594; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 530.

¹² ÖNDER, s. 434.

¹³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 448.

¹⁴ TOROSLU / TOROSLU, s. 363; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 448; ZAFER, s. 549; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 743-744; HAKERİ, s. 506-507; SANCAR, s. 56; MAHMUTOĞLU, Fatih S. “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, **İÜHFİM**, Y. 2005, C. LXIII, S. 1-2, s. 58. Örneğin kamu görevlisi olmayan A; kamu görevlisi B, C, D ve E’yi üstlendikleri kamu görevini terk etme suçuna azmettirebilir (TCK m.38, m.40/2).

¹⁵ ZAFER, s. 199. Benzer yönde bak. ve karşı. SANCAR, s. 27-28.

Suçta kanunilik ilkesinin bir yansıması olan suçun kanunilik ya da tipiklik unsuruna¹⁶ göre, sadece suç tanımındaki fiilin öznesi olan; yani suç tanımındaki fiili gerçekleştiren kişinin fail olarak cezalandırılması mümkündür¹⁷. Bu itibarla işlenen suça katılmakla birlikte, suç tanımındaki fiili gerçekleştirmeyen kişiler fail olarak cezalandırılmaz¹⁸. Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi C, A'ya verdiği silahın B'nin öldürülmesinde kullanılacağını bildiği için A'nın öldürme fiiline bilerek ve isteyerek katkıda bulunmaktadır. Ancak C'nin bu hareketinin, tek başına TCK m.81 uyarınca cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü anılan hüküm, bir başkasını kasten öldürenin cezalandırılmasını öngörmüştür. Somut olayda ise C, bir başkasını kasten öldürmemiş; silahını kasten öldürmede kullanılacağını bilerek ve isteyerek suçun faili A'ya vermiştir. Bu itibarla C'nin hareketi, kasten öldürme suçunun tanımında gösterilen fiil değildir. Ancak C'nin bu hareketinden dolayı cezalandırılması gerektiği açıktır. C'nin hareketinin cezalandırılmasını sağlayan, iştirak hükümleridir. İştirak hükümleri sayesinde, suçun işlenişine yapılan ve fakat suçun tanımında gösterilen fiil niteliğinde olmayan katkılar cezalandırılabilir. Bu itibarla iştirak hükümleri, cezalandırılabilir alanını genişletmektedir¹⁹. Aksi takdirde işlenen suç sebebiyle sadece fail cezalandırılabilir, suçun işlenmesine katkıda bulunan kişilerin cezalandırılması mümkün olmayacaktır²⁰. Suç tanımındaki fiili işleyen kişi faildir; fail tarafından işlenen ve suç teşkil eden fiile katkıda bulunmakla birlikte, bu katkıları suç tanımındaki fiille örtüşmeyenler, öğretide ortak (şerik) olarak adlandırılmaktadır²¹. Elbette ki bir kimsenin ortak olarak cezalandırılabilmesi için, suça katkısının, TCK'da gösterilen iştirak şekillerinden azmettirme veya yardım etme niteliğinde olması gerekir.

¹⁶ Karş. KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 106-107; ZAFER, s. 231.

¹⁷ ZAFER, s. 546; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 530; MAHMUTOĞLU, s. 59, 63.

¹⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 450; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 739.

¹⁹ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II**, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, k.no. 1199, k.no. 1203; İÇEL, s. 554; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 348; ÖNDER, s. 415; TOROSLU / TOROSLU, s. 326; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 595; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 450; ZAFER, s. 547; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 745; DEMİRBAŞ, s. 532; AKBULUT, Genel Hükümler, s. 772; ÖZEN, s. 943; MAHMUTOĞLU, s. 58; AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 51-52; ÇELEN, Ömer, **Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asıl Fail-Yardım Eden Ayrımı)**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 131.

²⁰ DEMİREL, Muhammed, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 38.

²¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 450; HAKERİ, s. 509; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 747; MAHMUTOĞLU, s. 65; EKİCİ ŞAHİN, Meral, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", **AÜHF**, Y. 2015, C. 64, S. 3, s. 646; YILMAZ, Zahit, **Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 95.

TCK'nın *Genel Hükümler*'in yer aldığı Birinci Kitap'ın *Ceza Sorumluluğunun Esasları* başlıklı İkinci Kısım'ın Dördüncü Bölüm başlığı *Suçta İştirak*'tir (TCK m.37- m.41). Suçta iştirak başlığı altında; faillik, azmettirme, yardım etme, bağlılık kuralı ve iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerine yer verilmiştir. Bu itibarla iştirak şekillerinin; faillik, azmettirme ve yardım etme olduğu belirtilmiştir²². İştirak kavramı, hem failliği hem ortaklığı bünyesinde barındırmaktadır²³. İştirak, Arapça kökenli olup şirket sözcüğünden türetilmiştir. Buna bağlı olarak iştirak, ortak olma, ortaklık anlamına gelmektedir²⁴. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'te iştirak; paydaşlık, bir işte yer alma, paydaşlık etme, katılım, katılma, ortaklık şeklinde açıklanmıştır²⁵. Kısacası iştirak, ortaklık anlamına geldiğine göre suçta rol alan herkesin ortak olduğu söylenebilir. Bu nedenle iştirak hükümlerinin açıklanmasıyla ilgili öğretilerde azmettiren ve yardım edenin ortak (şerik) olarak nitelendirmesi suretiyle failden ayrılması²⁶, yerinde olmakla birlikte, kanımızca iştirak halinde işlenen suçlarda fail de geniş anlamda ortaklardan birisidir. Hatta failin ortaklığının, azmettiren ve yardım eden olan diğer ortaklara göre birincil olduğu söylenebilir; çünkü aşağıda bağlılık kuralı bağlamında açıklanacağı üzere azmettiren ve yardım edenin sorumluluğunun doğabilmesi, fail tarafından işlenen kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin varlığına bağlıdır (TCK m.40/1)²⁷. Nitekim öğretilerde iştirakin, en genel anlamıyla ortaklık olayının yasadışı bir şeklini oluşturduğu belirtilmiştir²⁸. Bu itibarla geniş anlamda suç ortakları kavramının, azmettiren ve yardım edenin yanı sıra faili kapsadığı söylenebilir²⁹. Öğretilerde Tosun, azmettiren ile suçu irtikap edenler veya doğrudan doğruya beraber işleyenleri, “birincil suç ortağı” olarak nitelendirmek suretiyle faili de suç ortağı olarak kabul etmiştir³⁰.

²² ZAFER, s. 548. Öğretilerde bazı yazarlar tarafından iştirak şekilleri, faillik ve şeriklik (suç ortaklığı) olarak gösterilmekte, suç ortaklığı/şeriklik ise azmettirme ve yardım etme olarak adlandırılmaktadır. Bak. KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 451; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 747 vd.; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 709; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 533-534; AKBULUT, Genel Hükümler, s. 776 vd.

²³ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 739.

²⁴ DEVELLİOĞLU, s. 466.

²⁵ Bak. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 30.06.2023.

²⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 482; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 641.

²⁷ SOYASLAN, s. 514; Karş. SAVAŞCI TEMİZ, Bilgehan, “İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, *AÜHF*, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 2489.

²⁸ TOROSLU / TOROSLU, s. 323-324; ZAFER, s. 546.

²⁹ Suç ortağı kavramının faili de kapsadığı yönünde bak. ve karşı. ÖZGENÇ, İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, 1. Baskı, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul, 1996, s. 51.

³⁰ TOSUN, Öztekin, *Suç Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Ar Basım Yayın, İstanbul, 1982, s. 287.

İştirak hükümlerinin cezalandırılabilme alanını genişlettiği yolundaki görüş, klasik görüş olarak da adlandırılan dar anlamda fail anlayışının sonucudur³¹. Dar anlamda fail anlayışına göre suç tanımında faili gösteren “kişi” veya “kimse” sözcükleri, suçun işlenmesine herhangi bir şekilde katkıda bulunan kişiyi ifade etmemektedir. Suç tanımlarında yer alan “kişi” veya “kimse” sözcükleriyle tanımda gösterilen fiili gerçekleştiren kişinin fail olduğu kastedilmektedir. Böylelikle neticenin oluşumuna nedensel katkıda bulunulmasıyla yetinilmemekte, tanımda gösterilen somut hareket (fiil) esas alınmaktadır³². Bir başka anlatımla, suça herhangi bir şekilde katkıda bulunmakla birlikte, suç tanımında gösterilen fiili gerçekleştirmeyenlerin fail sayılması mümkün değildir. Suçta kanunilik ilkesinin vazgeçilmez olduğu bir hukuk düzeninde, dar anlamda fail anlayışının geçerli olması gerektiği açıktır³³.

Geniş anlamda fail anlayışına göre fail, suç tanımında gösterilen fiili işleyen kişiden ibaret değildir. Suç teşkil eden fiili işleyen, azmettiren ya da ona yardım eden de faildir³⁴. Bu itibarla suç tanımındaki fiilin gerçekleşmesine doğrudan veya dolaylı bir biçimde katkıda bulunan bütün kişilerin, fail olduğu kabul edilmelidir³⁵. Bu görüşe göre suçla korunan bir hukuki değer ihlaline kururlu ve hukuka aykırı hareketiyle katkıda bulunan herkes, katkının niteliği ne olursa olsun faildir³⁶. Kanunda iştirak şekli olarak kabul edilen azmettirme ve yardım etmede, azmettiren ve yardım eden de geniş anlamda fail anlayışına göre faildir. Suçun failine yardım edenler için daha hafif bir ceza öngörülmesinin nedeni, bu kişilerin katkısının, suç teşkil eden fiili işleyene göre suçla korunan hukuki değeri daha hafif bir şekilde ihlal etmesidir. Bu nedenle iştirak hükümleri, cezalandırmanın alanını daraltmaktadır³⁷.

Suçta kanunilik ilkesi, TCK m.2’de³⁸ düzenlenmiş, ayrıca anayasal bir ilke olarak kabul edilmiştir³⁹. Bu nedenle dar anlamda fail anlayışının kabul edilmesi

³¹ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Giriş, s. 488; ÖNDER, s. 415; ZAFER, s. 547.

³² ÖZGENÇ, Suça İştirak, s. 51, 62.

³³ ZAFER, s. 547; TOROSLU / TOROSLU, s. 326.

³⁴ ÖNDER, s. 415.

³⁵ ZAFER, s. 547.

³⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 449; ÇELEN, s. 132.

³⁷ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Giriş, s. 488-489; ÖNDER, s. 415; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 449; ZAFER, s. 547; DEMİREL, s. 16; EVİK, Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 90; ÇELEN, s. 133.

³⁸ “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” (TCK m.2/1, cümle 1).

³⁹ “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” (Anayasa m.38/1, cümle 1).

gerektiği, bu anlayışa göre suç tanımındaki fiili gerçekleştirmeyen kişilerin, suça katkıları bulunmakla birlikte fail olarak kabul edilemeyeceği, fail sayılmayan bu kişilerin cezalandırılması için iştirak hükümlerinin vazgeçilmez olduğu açıktır. TCK'daki iştirak hükümleri de, dar anlamda fail anlayışına uygun bir şekilde düzenlenmiştir⁴⁰. İştirak hükümlerinin uygulanabilmesi, bağlılık kuralı sayesinde mümkün olabilmektedir. Çalışmamızda önce bağlılık kuralı açıklanacak, daha sonra öğretisi ve uygulamada tartışmalara yol açan suçun nitelikli hallerinin suç ortaklarına etkisi incelenecektir.

I. BAĞLILIK KURALI

A. Hukuki Niteliği

Bağlılık kuralı, iştirak hükümlerinin uygulanabilirliğini sağlamaktadır. İştirak hükümlerinin gündeme gelebilmesi için öncelikle failin suç teşkil eden bir fiilinin bulunması gerekir⁴¹. Bu itibarla iştirak hükümleri, ikincil ya da tamamlayıcı niteliktedir⁴². Bir başka anlatımla iştirak hükümleri bağımsız bir niteliğe sahip değildir⁴³. Suç ortaklarının, failin fiiline bağlı olarak cezalandırılmasını sağlayan kurala bağlılık kuralı denilmektedir⁴⁴. Suç tanımındaki fiili fail gerçekleştirmekte; suç ortağı ise fiille doğrudan bir ilişkisi olmadığı halde, faille kişisel bağlantısına dayalı olarak sorumlu tutulmaktadır⁴⁵. Bu itibarla bağlılık kuralı, azmettiren ve yardım edenin işlenen suça katkıları nedeniyle cezalandırılabilirliği için gereklidir⁴⁶. Bağlılık kuralına göre failin olmadığı yerde suç ortağından da söz edilemez⁴⁷.

Yukarıda belirtildiği gibi dar anlamda fail anlayışına göre suç tanımında gösterilen fiili gerçekleştirmeyen kişi fail olarak kabul edilemez. Bağlılık kuralı

⁴⁰ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Giriş, s. 489; ZAFER, s. 548, 550; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 718; EKİCİ ŞAHİN, s. 646.

⁴¹ Karş. DEMİRBAŞ, s. 550.

⁴² DÖNMEZER / ERMAN II, k.no. 1203; ZAFER, s. 547; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 745; DEMİRBAŞ, s. 533; ÖZEN, s. 942; AYDIN, s. 53.

⁴³ ÖNDER, s. 424.

⁴⁴ ZAFER, s. 552; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 748, 783.

Bağlılık sözcüğünün kökü, bağ'dır. Bağ sözcüğünün mecaz anlamı, ilişkidir. Bak. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 27.06.2023. Bu nedenle suç ortakları tarafından failine fiiline yapılan katkıların bağlılık sözcüğüyle ifade edilmesi yerindedir; çünkü katkı ile işlenen ve suç teşkil eden fiil arasında ilişki bulunmaktadır.

⁴⁵ ÖZGENÇ, Suça İştirak, s. 141.

⁴⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 485; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 782-783.

⁴⁷ EKİCİ ŞAHİN, s. 647; ÇAKIR, Kerim, **Suçta İştirakte Müsterek Faillik**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 76; AKBULUT, Genel Hükümler, s. 821.

sayesinde, fail olarak kabul edilmeyen suç ortaklarının işlenen suçtan dolayı sorumluluklarının koşulları tespit edilebilmektedir⁴⁸. Suç tanımında gösterilen fiil fail tarafından gerçekleştirilmekle birlikte; suç ortakları da, failin fiiline katkıda bulunurlar. Suç ortakları, suçla korunan hukuki değeri, kendi katkılarıyla doğrudan ihlal etmezler. Hukuki değer, suç ortakları tarafından failin fiili aracılığıyla; yani dolaylı olarak ihlal edilmektedir⁴⁹; çünkü suç ortakları, failin fiiline maddi (örneğin suçta kullanılacak aracı vermek) veya manevi (örneğin suç işleme kararını kuvvetlendirmek) katkıda bulunmaktadırlar. Fail de, suç ortaklarının bu katkılarıyla suç teşkil eden fiili işlemektedir. Suç ortaklarının bu katkısı, failin suç teşkil eden fiili üzerinde hakimiyet kurma boyutuna varmakla birlikte, ortakların işlenen fiilden dolayı sorumlu tutulması bağlılık kuralıyla mümkün olmaktadır. Bağlılık kuralı, özgü suçlarda da özel faillik niteliğinin yerine geçerek bu niteliği taşımayan suç ortaklarının işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulmalarına olanak tanımaktadır⁵⁰. Bağlılık kuralının suç teşkil eden fiil üzerinde hakimiyet kurmayanların ya da özgü suçlarda özel faillik niteliğini taşımayanların cezalandırılmasını sağlaması, öğretide “bağlılık kuralının çifte fonksiyonu” olarak adlandırılmıştır⁵¹.

Failin suç tanımında gösterilen fiili olmaksızın suç ortaklarının sorumluluğu söz konusu olamaz. Suç ortaklarının sorumluluğunun failin fiiline bağlı olması nedeniyle ortakların sorumluluğu da, fiile ve fiilin özelliklerine göre belirlenir⁵². Fiili işleyen; yani fiilin öznesi olan failin kusurlu veya cezalandırılabilir olması da aranabilir. Bu nedenle TCK’nın benimsediği bağlılık kuralının şeklinin kısaca açıklanmasında yarar görülmüştür.

“Bağlılık kuralı” başlıklı TCK m.40/1’de suça iştirak için kasten ve hukuksal aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterli görülmüş, böylelikle TCK sınırlı

⁴⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 485, ZAFER, s. 552, YILMAZ, s. 95.

⁴⁹ ZAFER, s. 553; EKİCİ ŞAHİN, s. 647.

⁵⁰ Bağlılık kuralının bu işlevi, TCK m.40’ın gerekçesinde de vurgulanmıştır: “Bağlılık kuralı, suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması hâlinde, bu kişilerin işlenen suçtan sorumluluğunu sağlamaktadır. Böylece: suçun işlenişinde hakimiyet kurmadığı veya özel faillik niteliğini taşımadığı için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde sorumlu tutulabilmektedir.” Gerekçe için bak. CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, **Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemesi Kanunu Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat**, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 72.

⁵¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 485; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 783; ÖZGENÇ, Suça İştirak, s. 142; DEMİRBAŞ, s. 550; ÖNOK, R. Murat, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, Müsterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 77.

⁵² KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 485.

bağlılık kuralını benimsemiştir⁵³. Bu tercihiyle TCK, sadece fiilin tipik olmasının arandığı asgari bağlılık kuralıyla yetinmemiş; tipik fiilin mutlaka hukuka aykırı olmasını aramıştır. Ancak TCK tipik ve hukuka aykırı fiilin failinin, ayrıca kusurlu veya cezalandırılabilir olmasını aramamış; dolayısıyla aşırı bağlılık kuralı ile katı bağlılık kuralına rağbet etmemiştir⁵⁴. Bu itibarla failin kusurlu ya da cezalandırılabilir⁵⁵ olup olmaması, suç ortaklarının sorumluluğunu etkilemeyecektir.

TCK m.40/1, cümle 2’de “Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” denilmek suretiyle sınırlı bağlılık kuralının benimsendiği açıkça gösterilmiştir⁵⁶. TCK’nın benimsediği sınırlı bağlılık kuralı, Alman Ceza Kanunu’nda da kabul edilmiştir⁵⁷. Alman Ceza Kanunu’nda, “bağlılık kuralı” tamlamasına yer verilmemiş; ancak azmettirmenin düzenlendiği m.26’da ve yardım etmenin düzenlendiği m.27’de, gerek azmettirmenin gerekse yardım etmenin, bir başkasının kasten ve hukuka aykırı bir fiil işlemesine yönelik olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Alman Ceza Kanunu m.29’da ise, TCK m.40/1, cümle 2’ye paralel bir şekilde her suç ortağının, diğerinin kusuru dikkate alınmaksızın kendi kusuruna göre cezalandırılacağına dair bir hükme yer verilmiştir⁵⁸. Öğretide, her suç ortağının kendi kusuruna göre cezalandırılacağına ilişkin bu hükmün bağlılık kuralını sınırlandırdığı belirtilmiştir⁵⁹. Kanımızca anılan

⁵³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 486; TAŞKIN KAPUSUZUOĞLU, Beril, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 101; AKBULUT, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, **GÜHFD**, Y. 2010, C. XIV, S. 1, s. 182; DEMİREL, s. 315; EKİCİ ŞAHİN, s. 649.

⁵⁴ Bağlılık kuralının şekilleriyle ilgili bak. KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 486; TAŞKIN KAPUSUZUOĞLU, s. 95 vd.; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 783; ÖNDER, s. 426; SARIGÜL, Ali Tanju, **Suçta İştirak**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 174-191.

Öğretide aşırı bağlılık kuralının, ekstrem bağlılık kuralı; katı bağlılık kuralının, aşırı bağlılık kuralı olarak adlandırılması konusunda bak. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 783; ÖNDER, s. 426; AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 181.

⁵⁵ Burada kastedilen, faille ilgili cezayı ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin, suç ortaklarına etki etmesidir. Bak. ve karşı. TAŞKIN KAPUSUZUOĞLU, s. 96; AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 181; ÖNDER, s. 426; BALCI, Meral, **Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 169. Ancak bunların objektif cezalandırılabilirlik koşullarıyla karıştırılmaması gerekir. Bu koşullar gerçekleşmediğinde failin fiili suç teşkil etmeyecek, buna bağlı olarak suç ortağı da cezalandırılmayacaktır. Bak. AKBULUT, Genel Hükümler, s. 824.

⁵⁶ ÖNOK, s. 80; TAŞKIN KAPUSUZUOĞLU, s. 101; AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 182; BALCI, s. 179-180.

⁵⁷ TAŞKIN KAPUSUZUOĞLU, s. 96; EKİCİ ŞAHİN, s. 648, dn. 46; SARIGÜL, s. 178.

⁵⁸ Aynı yönde bak. BALCI, s. 179-180.

⁵⁹ EKİCİ ŞAHİN, s. 648; EVİK, Vesile Sonay, “Suçta İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu”, **YÜHFD, Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan**, Y. 2012, C. IX, S. 2, s. 295.

hüküm, kusuru bağlılık kuralının dışına çıkarmak⁶⁰; yani kuralın kapsamını daraltmak suretiyle kuralın uygulanmasını genişletici bir etkiye sahiptir.

Bağlılık kuralının kapsamı genişledikçe, iştirak hükümlerinin uygulanması zorlaşacaktır. Buna karşılık kuralın kapsamı daraldığında iştirak hükümlerinin uygulanması kolaylaşacaktır. İştirak hükümleri uygulanmadığında, suç ortaklarının sorumluluğunun başka kurumlarla doldurulması gerekir. Başka kurumların başlıcası, dolaylı failliktir⁶¹. Bu itibarla bağlılık kuralının kapsamı ile dolaylı faillik arasında sıkı bir ilişki bulunduğu söylenebilir⁶². Öğretide TCK m.220/5'te yer alan ve örgüt yöneticilerinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılmalarına dair hükmün, dolaylı faillik kurumundan hareketle getirildiği; ancak bunun uygulanmasıyla ilgili TCK'da somut bir ölçütün öngörülmediği, bu itibarla söz konusu hükmün değiştirilmesi önerilmektedir⁶³. Hatta öğretide; TCK m.220/5'te yer alan düzenlemenin ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesini ihlal ettiği, bu nedenle kaldırılması⁶⁴ veya Anayasa Mahkemesi'ne götürülmek suretiyle iptalinin sağlanması gerektiği belirtilmektedir⁶⁵. Ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesini ihlal eden düzenlemenin bu nedenle objektif sorumluluk niteliğinde olduğu savunulmuştur⁶⁶.

TCK'nın sınırlı bağlılık kuralını benimsediği ortaya konulduktan sonra, bağlılık kuralının bu şeklinin koşullarının irdelenmesine geçilebilir.

B. Bağlılık Kuralının Koşulları ve Kusurun Kuralın Dışına Çıkarılması

1. Genel Olarak

Bağlılık kuralının koşulları, TCK m.40'ta yer almaktadır. Anılan hükmün birinci fıkrasında, suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığının yeterli olduğu belirtilmek suretiyle bağlılık kuralının koşulları ortaya

⁶⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 487.

⁶¹ ZAFER, s. 554.

⁶² ÖNDER, s. 427, 430-432.

⁶³ ERDEM, Mustafa Ruhan, "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m.220/5", CHKD, Y. 2014, C. 2, S. 1-2, s. 11-12, 30.

⁶⁴ CANOĞLU, Veysel Candan, **Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 322.

⁶⁵ İNCİ, Z. Özen, "Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5'inci Maddesi'nin Anayasa'ya Aykırılığı", İBD, Y. 2014, C. 79, S. 1, s. 19, 28.

⁶⁶ İNCİ, s. 19. Objektif sorumlulukla ilgili ayrıntılı bilgi için bak. ÜNVER, Yener, "Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk", **Ceza Hukuku Günleri 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul)**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 109 vd.

konulmuştur. Ancak fiilin işlenmesi, suçun tamamlanması anlamına gelmemektedir. Suçun icra hareketlerine başlanması; yani suçun en azından teşebbüs aşamasına varması halinde de suç işlenmiş sayılacaktır⁶⁷ (TCK m.40/3). Bu itibarla suç teşebbüs aşamasında kalsa bile, bağlılık kuralı gereğince suç ortaklarının sorumluluğuna gidilebilecektir.

Öğretide, haklı olarak kasıtlı ve hukuka aykırı fiilin, aynı zamanda tipik olduğu; dolayısıyla suç olarak tanımlandığı belirtilmiştir⁶⁸. Bilindiği gibi tipiklik, fiilin hukuka aykırılığına karinedir⁶⁹. Eğer tipik fiil ile ilgili hukuka uygunluk nedenlerinden biri gerçekleşmezse, hukuka aykırılık karinesi kesinleşecektir⁷⁰. Bu itibarla hukuka aykırı olan fiil, aynı zamanda tipiktir. Nitekim öğretilerde suç, “tipe uygun bir haksızlık” şeklinde tanımlanmıştır⁷¹.

Bağlılık kuralına dayalı olarak suç ortaklarının sorumluluğuna gidilebilmesi için fiilin; tipik, kasıtlı ve hukuka aykırı olması gerekir. TCK m.40/1’de fiilin tipik olması gerektiği açıkça belirtilmemiş ise de, yukarıda belirtildiği gibi hukuka aykırı bir fiil aynı zamanda tipiktir. TCK m.40/1’de, suça iştirak; yani bağlılık kuralının işletilebilmesi için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığının yeterli olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, aslında bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suçun varlığı aranmaktadır⁷². Bir başka anlatımla fail tarafından suç işlenmediği sürece, suç ortağının cezalandırılması da söz konusu olmaz⁷³. Ancak suçun işlenmiş sayılabilmesi için suçun tamamlanması gerekmez; icra hareketlerine başlanması yeterlidir. Bu itibarla suç, teşebbüs aşamasında da kaldığında işlenmiş demektir (TCK m.40/3).

Bağlılık kuralının koşullarının tamamı objektiftir. TCK m.40/1 ve m.40/3’te açıkça yer verilmiş söz konusu objektif koşullar, öğretilerde bağlılık kuralının koşulları başlığı altında incelenmektedir⁷⁴. Bağlılık kuralının koşulları, tarafımızca öğretilerdeki bu eğilime uygun olarak incelenecektir.

⁶⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 543-544.

⁶⁸ ZAFER, s. 553, dn. 21; KARAKEHYA, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 235.

⁶⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 107; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 294-295.

⁷⁰ Karş. ZAFER, s. 236; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 109.

⁷¹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 292.

⁷² Aynı yönde görüş için bak. SARIGÜL, s. 199; AKBULUT, Genel Hükümler, s. 820.

⁷³ EKİCİ ŞAHİN, s. 647; Yılmaz, s. 95.

⁷⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 486 vd.; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 783-785; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 757 vd.

Belirtelim ki, öğretide bağlilık kuralının koşulları arasında, iştirak iradesi-ne⁷⁵ veya iştirak iradesinin yanı sıra suç ortağının katkısının suçun işlenmesinde nedensel değer taşımına da yer verilebilmektedir⁷⁶. Bağlılık kuralının özü suç teşkil eden fiilin varlığına dayanmaktadır. Tarafımızca da benimsenen öğretide-ki görüş, bağlılık kuralının koşullarını bir fiilin suç teşkil etmesi için gerekli olan unsurlarla sınırlandırmaktadır. Buna karşılık iştirak iradesi ve suç ortağının katkısının suçun işlenmesinde nedensel değer taşıması, öğretide genellikle suçta iştirakin koşulları başlığı altında incelenmektedir⁷⁷.

Bağlılık kuralının koşullarıyla ilgili genel açıklamalardan sonra, fiilin kasten ve hukuka aykırı olması ile suçun en azından teşebbüs aşamasına varması koşullarının irdelenmesine geçilebilir. Ancak bağlılık kuralının koşullarından önce, TCK m.40/1, cümle 2’de yer alan düzenlemeyle bağlılık kuralının kapsamının dışına ıkarılan kusura ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

2. Kusurun Bağlılık Kuralının Dışına ıkarılması

Yukarıda belirtildiği gibi sınırlı bağlılık kuralının benimseyen TCK m.40/1 uyarınca suçta iştirak kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Bu itibarla fiilin failinin ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur⁷⁸. Bu husus, TCK m.40/1, cümle 2’de yer alan “Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” şeklindeki hükümlerle açıkça öngörölmüştür. Suç ortaklarının cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenlerin sadece ilgili suç ortağı için sonuç doğurması, bu kişisel nedenlerin diğer suç ortaklarının sorumluluğunu etkilememesi, herkesin kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılması; öğretide “niteliksel bağlılık kuralı” olarak adlandırılmaktadır⁷⁹. Belirtelim ki, 765 sayılı TCK döneminde de isnad yeteneği veya ceza ehliyetini etkile-

⁷⁵ TAşKIN KAPUSUZÖĞLU, s. 136 vd.; SARIGÖL, s. 239 vd.

⁷⁶ SARIGÖL, s. 234 vd.; SAVAşCI TEMİZ, s. 2497, 2499. Demirbaş tarafından öğretideki genel eğilime uygun olarak bağlılık kuralının koşullarına yer verildikten sonra, suç ortağının katkısının nedensel değer taşımına da koşul olarak yer verilmiştir. Bak. DEMİRBAş, s. 554.

⁷⁷ CENTEL / ZAFER / ıAKMUT, Giriş, s. 493 vd.; ZAFER, s. 550 vd.; ÖNDER, s. 419 vd.; TOROSLU / TOROSLU, s. 331 vd.; SOYASLAN, s. 519 vd.; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 542 vd.; İCEL, s. 556 vd.; HAKERİ, s. 510 vd.; MAHMUTOĞLU, s. 62 vd.; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / KARADENİZ, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler şerhi**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 895 vd.

⁷⁸ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 643; ÖZTÖRK / ERDEM, k.no. 757; TAşKIN KAPUSUZÖĞLU, s. 100; AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 191; ÖZGENÇ, İzzet, “Failligin Üçüncü Bir Görünüş şekli Olarak Müşterek Faillik”, **SÜHFD**, Y. 1994, C. 4, S. 1-2, s. 161.

⁷⁹ KOCA / ÜZÖLMEZ, s. 487; AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 191; SAVAşCI TEMİZ, s. 2493.

yen nedenler olarak adlandırılan yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi nedenlerin sadece ilgili suç ortağı yönünden etkili olacağı, bu nedenlerin diğer suç ortaklarına etki etmeyeceği kabul edilmiştir⁸⁰.

Kusur; bütün unsurlarıyla tamam olan suçu işleyen failin, işlediği suç nedeniyle kınanıp kınanamayacağına ilişkin değer yargısıdır⁸¹. Bir başka anlatımla kusur, failin işlediği fiil sebebiyle cezalandırılmaya layık olup olmadığıdır; bu nedenle öğretide “cezanın yüklenebilirliği” başlığı altında incelenmiştir⁸². Kusur ve yaygın kullanımıyla kusurluluk, suçun unsurlarının dışındadır⁸³. Nitekim CMK m.223/3-4 uyarınca suç oluşmasına rağmen sanık hakkında kusurluluğunu ortadan kaldıran nedenlerin varlığına dayalı olarak ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir⁸⁴.

TCK m.40/1, cümle 2’de yer alan hükümlerle suç ortaklarının sorumluluğu failin suç teşkil eden fiiliyle sınırlandırılmış, bu fiilin failinin ayrıca kusurlu olması aranmamış, böylelikle kusur bağlılık kuralının bütünüyle dışına çıkarılmış; suç ortaklarından her birinin kendi kusuruna göre cezalandırılması sağlanmıştır⁸⁵. Bunun doğal sonucu olarak kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir neden; sadece ilgili suç ortağı hakkında uygulanacak, diğerlerinin ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir⁸⁶.

TCK m.40/1, cümle 2 hükümü; kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin yanı sıra, kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı kaldıran kişisel nedenler yönünden de geçerlidir. Bu itibarla söz konusu nedenler hangi suç ortamında bulunuyorsa, sadece o suç ortağı hakkında uygulanacaktır⁸⁷. Böylelikle

⁸⁰ DÖNMEZER / ERMAN II, k.no. 1273; TOSUN, s. 290.

⁸¹ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 454; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 572; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 312; ZAFER, s. 441; HAKERİ, s. 359-360.

⁸² ZAFER, s. 441 vd.

⁸³ ZAFER, s. 442; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 312.

⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. ZAFER, Hamide, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı-Normatif Teorinin Öne Çıkışı-Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, *MÜHFD*, Y. 2009, C. 8, S. 2, s. 151-194. Ayrıca bu yönde bak. MERAKLI, Serkan, *Ceza Hukukunda Kusur*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 364, 366-367.

⁸⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 487; AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 191; KARAKEHYA, s. 234; KEÇELİ-OĞLU, Elvan, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, *TBBD*, Y. 2010, S. 87, s. 307-308.

⁸⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 487; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 757; DEMİRBAŞ, s. 551; AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 191; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 757; EKİCİ ŞAHİN, s. 648.

⁸⁷ ZAFER, s. 553; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 643; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 784; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 487; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 757; AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 202-203; BALCI, s. 181.

kanun koyucu tarafından failin suç teşkil eden fiilinin olması kaydıyla, failin cezalandırılabilir olup olmamasının sadece onu ilgilendirdiği, bunun suç ortaklarının sorumluluğuna bir etkisinin bulunmadığı ortaya konulmuştur⁸⁸.

Öğretide fiilin failiyle ilgili kusurluluğu kaldıran bir neden mevcut olduğu takdirde, aranan diğer koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla arkadaki kişinin dolaylı fail olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir⁸⁹. Kusurun, bağlılık kuralının dışına çıkarıldığı ortaya konulduktan sonra kuralın koşullarının incelenmesine geçilebilir.

3. Fiilin Kasten İşlenmiş Olması

TCK m.21'e göre kural olarak⁹⁰ suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır (TCK m.21/1). Kanımızca bağlılık kuralının birinci koşulu olan fiilin kasten işlenmesi, suçun oluşması için kastın varlığı arayan hükmün uzantısı sayılabilir; çünkü yukarıda belirtildiği gibi bağlılık kuralı gereğince suçun bütün unsurlarıyla gerçekleşmesi gerekir. Kast olmadan suç oluşmayacağına göre fiilin kasten işlenmesinin koşul olarak öngörülmesi olağandır. Kast koşulunun, kanun koyucu tarafından yaşanabilecek tartışmaları önlemek amacıyla kabul edildiği belirtilmiştir⁹¹.

Fail tarafından gerçekleştirilen fiil kasten işlenmediği takdirde, suç ortağının böylesi bir fiil sebebiyle sorumluluğuna gidilemez⁹². Şayet fail tarafından işlenen suç, özel kastla işlenebilen bir suç ise; yani kasta ek olarak maksat veya saik de aranmaktaysa, bu takdirde kasta ek olarak aranan maksat veya saik de gerçekleşmelidir. Bir başka anlatımla failin kastının, maksat veya saiki de kapsaması gerekir⁹³. Örneğin TCK m.79'da düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunda fail, doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla hareket etmelidir. Failin bu maksatla hareket etmemesi halinde suç oluşmaz;

⁸⁸ AKBULUT, Genel Hükümler, s. 827.

⁸⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 487. Aynı yönde bak. JESCHECK, Hans-Heinrich / SIEBER, Ulrich, **Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları**, Tercüme Eden: Feridun YENİSEY, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 45. Dolaylı faillikle ilgili ayrıntılı bilgi için bak. ÖZGENÇ, Suça İştirak, 197-259; YILMAZ, s. 152 vd.; SINAR, Hasan, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", **CHD**, Y. 2011, C. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 59 vd.; ÖZYÜKSEL, Özgün, **Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 119-138.

⁹⁰ TCK m.22/1 gereğince taksirle işlenen bir fiilin suç teşkil edebilmesi, kanunun bu taksirli fiili açıkça suç olarak öngörmesine bağlıdır.

⁹¹ AKBULUT, Genel Hükümler, s. 822.

⁹² KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 488; ZAFER, s. 552; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 758.

⁹³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 488; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 758; AKBULUT, "Bağlılık Kuralı", s. 194. Aksi görüş için bak. ZAFER, s. 553.

dolayısıyla suç teşkil etmeyen bir fiil nedeniyle suç ortaklarının sorumluluğu da gündeme gelemez⁹⁴. Türkiye’de yaşayan Türk vatandaşı A’nın, yabancı B’ye acıdığı için sınırdışı edilmesini önlemeye yönelik olarak B’yi yazlık evinde sakladığını; B’nin yemeğinin komşu C tarafından verildiğini varsayalım. Bu örnekte A’nın maddi menfaat elde etmek maksadı bulunmadığı için göçmen kaçakçılığı oluşmaz. Ortada suç teşkil eden bir fiil bulunmadığı için, bu fiile dayalı olarak C’nin sorumluluğundan söz edilemez.

Öğretide bağlılık kuralına göre fiilin kasten işlenmesi zorunlu olduğu için, suç ortağının bu fiile yönelik katkısının da kasıtlı olması gerektiği belirtilmiştir⁹⁵. Bir başka anlatımla kasıtlı suça taksirle iştirak edilemeyeceği; kasten işlenen bir fiile taksirle gerçekleşen katkının, taksirli sorumluluğa yol açabileceği vurgulanmıştır⁹⁶. Söz konusu tespitler, yerinde olmakla birlikte, iştirak iradesine ilişkindir. Bu itibarla bağlılık kuralının koşullarından biri olan fiilin kasten işlenmesi koşulu bağlamında olmayan yerinde tespitlere işaret etmekle yetiniyoruz.

4. Fiilin Hukuka Aykırı Olması

Bağlılık kuralının ikinci koşulu, fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Bir fiilin, suç olarak nitelendirilebilmesi için hukuka aykırı olması zorunluluk arz etmektedir. Aksi takdirde suç teşkil eden bir fiilin varlığından söz edilemez.

Bir fiil tipik olmakla birlikte, bu fiille ilgili bir hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmiş ise fiilin hukuka aykırılığından söz edilemez. Bir başka anlatımla hukuka uygunluk nedeni, fiili hukuka uygun hale getirir. Bu takdirde ortada suç teşkil eden bir fiil bulunmadığı için, böylesi bir fiile dayalı olarak suç ortağının sorumluluğuna gidilemez⁹⁷.

Bağlılık kuralının ikinci koşulu olan hukuka aykırılığın suçun özü; hatta kendisi olduğu söylenmiştir⁹⁸. Bu itibarla hukuka aykırılık bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için varlığı zorunlu ve vazgeçilmez bir unsurdur. A’nın, B’yi öldürmeyi konusunda C’yi azmettirdiğini; C tarafından henüz suçun icra hareketlerine başlanmadan önce C ile B’nin karşılaştığını, karşılaşır karşılaşmaz B’nin C’ye öldürmeye yönelik olarak ateş ettiği, bunun üzerine C’nin kendi-

⁹⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 488.

⁹⁵ TAŞKIN KAPUSUZOĞLU, s. 137-138; SARIGÜL, s. 239.

⁹⁶ ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 758.

⁹⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 488; ZAFER, s. 554; KEÇELİOĞLU, s. 308.

⁹⁸ TOROSLU / TOROSLU, s. 118.

sini korumak amacıyla B'ye ateş ettiğini ve B'yi öldürdüğünü varsayalım. Bu örnekte C'nin fiili, yasal savunmanın varlığı nedeniyle hukuka uygundur. Az-mettirilen C'nin fiilinin hukuka uygun olması halinde, ortada suç teşkil eden bir fiil bulunmamaktadır. Ancak hatırlanacağı üzere varılan bu sonuç, sınırlı bağlılık kuralı için geçerlidir. Asgari bağlılık kuralına göre C'nin fiili hukuka uygun olmakla birlikte, tipik olduğu için azmettiren A'nın yine de cezalandırılması gerekir⁹⁹.

5. Suçun En Azından Teşebbüs Aşamasına Varması

İştirak hükümlerinin işletilmesi için öncelikle ortada işlenmiş bir suç bulunmalıdır. TCK m.40/1, cümle 1'de, "... *işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir*" denilmiştir. Anılan hükümde fiil sözcüğüyle kastedilenin, suç olduğu yukarıda belirtilmişti.

Olağan koşullarda işlenen bir suç tamamlanır. Dolayısıyla "işlenen bir fiil" ibaresinden hareketle, suçun tamamlanması gerektiği düşünülebilir. Ancak suçun işlenmesi, suçun tamamlanmış olması anlamına gelmemektedir¹⁰⁰.

Örneğin A'yı öldürmek isteyen B'nin, A'ya silahı doğrulttuğunu ve tetiğe bastığını, silahın tutukluk yaptığını varsayalım. Böylesi bir durumda da, işlenmiş bir suç mevcuttur; çünkü suçun icra hareketleri başlamıştır¹⁰¹. B'nin kasten öldürme suçu, teşebbüs aşamasında kalmıştır (TCK m.35). Bir suçun tamamlanması ile teşebbüs aşamasında kalması arasında, sadece derece farkı bulunmaktadır¹⁰². Her iki durumda da, suçun unsurları bakımından temel bir farklılık yoktur¹⁰³.

Bununla birlikte kanun koyucu, bağlılık kuralına ilişkin hükümde "suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olmasını" iştirak hükümlerinin işletilmesi için yeterli olduğunu açıkça düzenlemiştir (TCK m.40/3). Aslında böylesi bir açık hükme yer verilmeseydi dahi, aynı sonuca varılabilirdi¹⁰⁴. Kanımızca TCK m.2/3'te yer alan suç ve ceza içeren hükümlerin geniş yorumlanamayacağına ilişkin hükme dayalı olarak suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde, iştirak hükümlerinin işletilip işletilemeyeceğine dair olası tartışmalar önlenmek istenmiştir.

⁹⁹ ZAFER, s. 554.

¹⁰⁰ ÖNDER, s. 425.

¹⁰¹ ÖNOK, s. 78; KARAKEHYA, s. 234.

¹⁰² ÖNDER, s. 425.

¹⁰³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 420; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 760.

¹⁰⁴ ÖNDER, s. 425-426.

TCK m.40/3'te belirtildiği gibi suçun teşebbüs aşamasına varmaması halinde, iştirak hükümlerinin işletilmesi yoluna gidilemez. Bir başka anlatımla fail, suçu teşebbüs aşamasına vardırmadığında bağlılık kuralı işlerlik kazandırmaz. Örneğin A, B'ye suçu daha kolay işlemesi için hırsızlık yapacağı konutun anahtarını vermiştir. B konuttan hırsızlık suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamadığı sürece, ortada hem A (yardım eden) hem B (muhtemel fail) bakımından cezalandırılabilir bir fiilden söz edilemez. A tarafından konutun anahtarının verilmesi ve B'nin bunu kabul etmesi, hazırlık hareketi niteliğindedir. Bu nedenle ortada teşebbüs aşamasına varmış bir suç bulunmamaktadır; dolayısıyla bağlılık kuralının uygulanması da söz konusu olmaz. Verilen örnekte olduğu gibi suç ortağının katkısının, fiilin işlenmesinden önce olması mümkündür. Önemli olan, katkıda bulunulan ve bağlılık kuralının özünü teşkil eden fiilin teşebbüs aşamasına varmasıdır¹⁰⁵.

Failin teşebbüs aşamasındaki fiilinin suç ortaklarının sorumluluğu için yeterli kabul edilmesi, öğretide “niceliksel bağlılık kuralı” olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁶; zira teşebbüs, tamamlanmış suça oranla niceliksel bir eksikliğin ifadesidir¹⁰⁷.

Belirtelim ki, suç işleme iradesini gösteren suç ortağının, failin suçu en azından teşebbüs aşamasına vardırması sebebiyle cezasız kalmasını önlemek amacıyla bazı kanunlarda özel düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin Alman Ceza Kanunu m.30'a göre bir başkasını suça azmettirmeye teşebbüs edenin cezalandırılması öngörülmüştür, bu takdirde azmettirmeye verilecek ceza indirilecektir¹⁰⁸. Bu düzenleme sayesinde, azmettirilen tarafından azmettirmeye konu suçu en azından teşebbüs vardiğinden dolayı azmettiren cezalandırılmayacaktır¹⁰⁹. Bu duruma öğretide, akim kalmış azmettirme denilmiştir¹¹⁰. Yardım etmenin de akim kalması mümkündür; yani suç ortağının yardım etme niteliğindeki katkılarına rağmen fail suçu teşebbüs aşamasına vardiğinden dolayı cezalandırılmayabilir. Bu takdirde suç ortağının cezalandırılması yoluna gidilemez¹¹¹.

¹⁰⁵ ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 759; AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 200-201.

¹⁰⁶ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 644; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 485-486; AKBULUT, Genel Hükümler, s. 820; TAŞKIN KAPUSUZUĞLU, s. 104; DEMİREL, s. 334-335; SARIGÜL, s. 277.

¹⁰⁷ AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 192.

¹⁰⁸ ZAFER, s. 551; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 768, dn. 331.

¹⁰⁹ ZAFER, s. 551; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 768-769; AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 200; TAŞKIN KAPUSUZUĞLU, s. 107.

¹¹⁰ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 768; TAŞKIN KAPUSUZUĞLU, s. 107; SARIGÜL, s. 288 vd.

¹¹¹ ZAFER, s. 553, dn. 22.

Bağlılık kuralı uyarınca failin en azından suçu teşebbüs aşamasına vardırma zorunluluğunun bulunmasına bağlı olarak meydana gelen boşluklar, hazırlık hareketi niteliğindeki bazı fiillerin suç olarak öngörülmesi suretiyle giderilmeye çalışılmaktadır. Örneğin TCK m.214’te düzenlene suç işlemeye tahrik veya m.316’da düzenlenen suç için anlaşma suçu, bu nitelikteki suçlardandır¹¹².

II. NİTELİKLİ HALLERİN SUÇ ORTAKLARINA ETKİSİ¹¹³

Çalışmanın ikinci kısmını teşkil eden nitelikli hallerin¹¹⁴ suç ortaklarına etkisi incelenirken önce nitelikli hal kavramı açıklanacak, TCK’da nitelikli hallere ilişkin kişisel nitelikli hal ile nesnel nitelikli hal şeklindeki ayrımaya yer verilmekle birlikte, kişisel nitelikli hal ve nesnel nitelikli hal¹¹⁵ ayrımı yapılacaktır. Daha sonra kişisel nitelikli haller ile nesnel nitelikli hallerin suç ortaklarına etkisi incelenecek ve bu kısma ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

A. Nitelikli Hal Kavramı

Kanunlardaki suç tanımları, suçun temel şekli esas alınarak yapılır¹¹⁶. Suçun temel şeklinde yer alan kurucu unsurlara, başka hallerin (nedenlerin) eklenmesi mümkündür. Suçun temel şeklindeki kurucu unsurlara eklenen haller, suçu daha ağır veya daha hafif kılabilir. Bir başka anlatımla eklenen haller, suçun temel şekline göre ortaya çıkan haksızlığı artırır veya azaltır¹¹⁷. Eklenen haller, suçun

¹¹² ZAFER, s. 552; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 785; SARIGÜL, s. 290.

¹¹³ Öğretide nitelikli hallerin suç ortaklarına etkisi kavramını kullanan başka yazarlara da rastlanmaktadır. Örneğin bak. ZAFER, s. 578 vd.; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 546 vd. Etkinin sözlük anlamı, bir kimse veya nesnenin başka bir kişi veya şey üzerindeki etkileme gücü, tesir, roldür. Bak. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 05.07.2023. Sözlük anlamı dikkate alındığında, etki sözcüğünün konuyu kapsayıcı bir şekilde ifade ettiği kanısındayız. Öğretide sirayet kavramını kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin bak. DEMİRBAŞ, s. 569; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 785; EKİCİ ŞAHİN, s. 637; SARIGÜL, s. 301; EVİK, “Sirayet Sorunu”, s. 287. Tosun tarafından sirayet yerine “bulaşma” kavramı kullanılmıştır. Bak. TOSUN, s. 291. Öğretide “yansıma” kavramı da kullanılmıştır. Bak. ÖZEN, s. 1017. Saptayabildiğimiz kadarıyla öğretilerde konuyla ilgili kullanılan bir başka kavram da geçiştir. Örneğin bak. ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 787; ÇELEN, s. 353; KAYMAZ, Seydi, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, *AHBVHFD*, Y. 2021, C. 16, S. 2, s. 117. Öğretilerde geçişe benzer olarak kullanılan bir başka kavram “geçme”dir. Bak. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Giriş, s. 516; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 358.

¹¹⁴ Arapça kökenli hal sözcüğünün özgün yazımı, “hâl” şeklindedir ve “oluş”, “bulunus”, “sûret”, “keyfiyet” “durum” anlamına gelmektedir. Bak. DEVELLİOĞLU, s. 315. Sözcüğün özgün yazımı “hâl” şeklinde olmakla birlikte, bu sözcük TCK m.30/2 ve TCK m.61/4’te “hal” şeklinde yazıldığı için kanun koyucunun yazım şekli benimsenmiştir.

¹¹⁵ Tarafımızca TCK’da yer alan “nitelikli hal” kavramı benimsenmiştir. Bu nedenle öğretilerde genellikle kullanılan “şahsi neden” ve “fiili neden” yerine “kişisel nitelikli hal” ve “nesnel nitelikli hal” kavramı kullanılmıştır.

¹¹⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 142-143.

¹¹⁷ ZAFER, s. 578, 631 vd.

varlığına zarar vermez, buna bağlı olarak suçun hukuki niteliğinin değişmesine yol açmaz¹¹⁸. Suçun unsurlarının dışında kalan, sadece suçun cezasını ağırlaştırılan veya hafifleten haller; TCK’da “nitelikli hal” olarak adlandırılmıştır.

TCK m.30/2’ye göre “Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.” Böylelikle kanun koyucu, suçun hem cezasını ağırlaştırılan hem azaltılan hallerini, nitelikli hal olarak belirtmiştir. Benzer bir hüküm, cezanın belirlenmesine ilişkin TCK m.61/4’te de yer almaktadır¹¹⁹. Öğretide TCK’nın benimsediği “nitelikli hal”¹²⁰ kavramının yanı sıra “nitelikli unsurlar”¹²¹, “suçu etkileyen haller”¹²², “suça etki eden nedenler”¹²³, “basit suç tipinden türeyen suç”¹²⁴ gibi kavramlar da kullanılmaktadır.

Örneğin hırsızlık suçunun temel şekli başkasına ait taşınır bir malın, zilyedinin rızası olmaksızın kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alınmasıdır (TCK m.141). Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi, cezayı ağırlaştırılan nitelikli hallerden biridir (TCK m.143)¹²⁵. Buna karşılık suçun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi, cezayı hafifleten bir nitelikli haldir (TCK m.144/1-b)¹²⁶. Kasten yaralama suçunun kişi üzerindeki etkisinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması, daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli haldir (TCK m.86/2)¹²⁷. Suçun silahla işlenmesi ise, cezayı ağırlaştırılan bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür (TCK m.86/3-e)¹²⁸.

Nitelikli haller, kanun koyucu tarafından cezaya etkileri bakımından ağırlaştırıcı ve hafifletici olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Nitelikli hallerle ilgili öğre-

¹¹⁸ DÖNMEZER / ERMAN II, k.no. 1072.

¹¹⁹ TCK m.61/4: “Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.”

¹²⁰ ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 439; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 546; SARIGÜL, s. 391; KAYMAZ, s. 117.

¹²¹ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 535; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 142.

¹²² DÖNMEZER / ERMAN II, k.no. 1071; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Giriş, s. 591.

¹²³ ZAFER, s. 631 vd.; EKİCİ ŞAHİN, s. 637, EVİK, Vesile Sonay, “Suça Etki Eden Nedenler”, MÜHFD, Y. 2007, C. 6, S. 2, s. 119.

¹²⁴ ÖNDER, s. 181.

¹²⁵ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 19. Baskı, Ankara, 2021, s. 775.

¹²⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 776-777.

¹²⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 288.

¹²⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 259.

tide, kanundaki yerleri itibariyle genel-özel, uygulanmasının zorunlu olup olmamasına göre kanuni-takdiri, özellikleri itibariyle kişisel ve nesnel hal gibi ayrımlar da yapılmaktadır¹²⁹. Bu konudaki en yaygın ayrımın, kişisel ve nesnel hal şeklindeki ayrım olduğu söylenebilir. Çünkü bu ayrım, 765 sayılı TCK'da açıkça öngörülmüştü ve bu haller suç ortakları üzerinde etkiye sahip olabiliyordu¹³⁰.

TCK'da kişisel nitelikli hal ve nesnel nitelikli hal şeklinde ayrıma yer verilmemiş olmakla birlikte, aşağıda belirtileceği üzere öğretilerde bu ayrıma yer veren yazarlar bulunmaktadır¹³¹. Bu itibarla ayrım, aksi görüşlere rağmen varlığını sürdürmektedir. Söz konusu ayrıma göre yukarıdaki örnekte hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi nesnel, hukuki bir ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenmesi ise kişisel nitelikli haldir. Kasten yaralama suçuyla ilgili yukarıda verilen her iki örnekteki nitelikli hal nesnelidir¹³².

B. TCK'da Kişisel Nitelikli Hal ve Nesnel Nitelikli Hal Ayrımına Yer Verilmemesi

Bağlılık kuralının düzenlendiği TCK m.40'ın gerekçesinde; bağlılık kuralı bilinmediği için 765 sayılı TCK'da kişisel ağırlatıcı nedenlerin ve fiili ağırlatıcı nedenlerin suç ortaklarına uygulanmasına ilişkin hükümlere yer verildiği, dahası böylesi bir ayrımın bilimsel olmadığı, bu ayrımın uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara yol açtığı belirtilmiştir¹³³. Buna karşılık öğretilerde 765 sayılı

¹²⁹ DÖNMEZER / ERMAN II, k.no. 1081-1084; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Giriş, s. 591; DEMİR-BAŞ, s. 692 vd.

¹³⁰ DÖNMEZER / ERMAN II, k.no. 1082; TANER, M. Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1953, k.no. 347.

¹³¹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 362-363; SOYASLAN, s. 533-534; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 549; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 789-790; ZAFER, s. 581-583; HAKERİ, s. 559-560; EKİCİ ŞAHİN, s. 654 vd.

¹³² Nesnel nitelikli hal kavramı, öğretilerde Tosun tarafından kullanılmıştır. Bak. TOSUN, s. 291. Nesnel nitelikli hal yerine, genellikle "fiili (maddi) nedenler" kavramı kullanılmaktadır. Örneğin bak. ZAFER, s. 579. TANER ise, "fiili veya maddi yahut "objektif sebepler" kavramını kullanmıştır. Bak. TANER, k.no. 347. Fiili ve maddi sözcükleri, ceza hukukunda sıklıkla kullanılmaktadır. Objektif sözcüğü ise, objektif cezalandırma koşullarını çağrıştırmaktadır. Bu nedenle "fiili", "maddi" ya da "objektif" nitelikli hal yerine, nesnel nitelikli hal kavramının kullanılması anlaşılmayı kolaylaştırabilir.

¹³³ TCK m.40'ın ağırlatıcı nedenlere yer verilmemesine ilişkin gerekçesinin aynen aktarılmasında yarar görülmüştür: "Hükümet Tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, "kişisel ağırlatıcı nedenlerin" ve "fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması" hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, "ağırlatıcı neden"lerin kişisel ve fiili olarak ayrıma tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükümet Tasarısının 43 ve 44. maddeleri hükümleri metinden çıkartılmıştır." Gereke için bak. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, *Mevzuat*, s. 73.

TCK'nın iştirakte asli-fer'i fail ayrımı yapması, kişisel ve nesnel nitelikli hallerin suç ortaklarına etkisini göstermesi ve suç ortaklarının cezasının işlenecek asli fiile göre belirlenmesini öngördüğü, belirtilen bu nedenlere dayalı olarak 765 sayılı TCK'da bağlılık kuralının benimsendiği ifade edilmiştir¹³⁴. Yine öğretilde, gerekçede kişisel ve nesnel nitelikli hal ayrımı eleştirilmekte birlikte, bizi bu eleştirinin yapıldığı TCK m.40'ın gerekçesinin ikinci paragrafında “ceza-yı hafifleten kişisel nedenler” ibaresine yer verildiği; dolayısıyla kanun koyununun dahi var olan ayrımı tamamen terk edemediği vurgulanmıştır¹³⁵.

TCK'da kişisel ve nesnel nitelikli hal ayrımına yer verilmemiş olmakla birlikte, bu ayrım kabul görmeye devam etmektedir¹³⁶. Öğretilde söz konusu ayrımı kabul etmeyen yazarlar da bulunmaktadır¹³⁷. Kişisel ve nesnel nitelikli hal ayrımına ilişkin öğretildeki ayrışma, TCK'nın nitelikli hallerin suç ortaklarına etkisini çözemediğinin işaretidir. TCK'da bu ayrımın yer verilmemesine bağlı olarak nitelikli hallerin suç ortaklarına etkisine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum öğretilde tartışmalara yol açmıştır¹³⁸. Tartışma uygulamada da devam etmektedir. Sorunun öneminin ortaya koymak ve bundan sonraki açıklamaların anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla yakın tarihli bir Yargıtay kararını kısaca da olsa aktarmak istiyoruz. Bu nedenle kararın içeriği de konuyla sınırlı bir biçimde aktarılacaktır¹³⁹.

A, babası B'nin kendisini zorla evlendirdiği gerekçesiyle babasına kızgınlık duymaya başlamıştır. A, eşiyile boşanma aşamasındayken evden ayrılmış ve

765 sayılı TCK m.66'da kişisel ağırlaştırıcı nedenlerin diğer suç ortaklarına etkisine ilişkin hükümde; “Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmağa yardım edenlerden biri hakkında teşdidî ceza-yı mucip olan şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iş-tirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder. Ancak haklarında terettüp eden cezanın altıda biri indirilebilir ve ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur” deniyordu.

765 sayılı TCK m.67'de nesnel ağırlaştırıcı nedenlere dair hüküm ise; “Fiilin cezasını teşdit eden maddi esbabı dahi cürüm veya kabahatin vasfını tebdil edecek şekilde olsa bile fiil işlendiği zamanda ona vakıf olan şeriklere saridir” şeklinde idi.

¹³⁴ ÖNDER, s. 424.

¹³⁵ EKİCİ ŞAHİN, s. 642.

¹³⁶ ZAFER, s. 579; DEMİRBAŞ, s. 570; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 789-790; ÖZBEK / DOĞAN / BACA-KSIZ, s. 549 vd.; SOYASLAN, s. 533-534; HAKERİ, s. 559-560; EKİCİ ŞAHİN, s. 654; SARIGÜL, s. 309.

¹³⁷ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 644-647; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 788; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 488 vd.

¹³⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACA-KSIZ, s. 546 vd.; DEMİRBAŞ, s. 570; EKİCİ ŞAHİN, s. 640; SARIGÜL, s. 309; AYDIN, s. 231-232.

¹³⁹ Yar. 1. CD, E. 2021/11074, K. 2021/15047, 15.12.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

arkadaşıyla birlikte yaşamaya başlamıştır. Daha sonra A; babası B'yi öldürmeleri için C ve D'yi azmettirmiştir. Bunun üzerine C ve D plan yapmış ve plan doğrultusunda B'yi öldürmüşlerdir. Öldürme suçunu işleyen C ve D'nin, azmettiren A ve maktul B ile akrabalık bağı yoktur.

İlk derece mahkemesi tarafından C ve D'nin tasarlayarak kasten öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmiştir (TCK m.82/1-a). Babası B'nin öldürmesi suçunun azmettireni olan A hakkında ise tasarlayarak kasten öldürme ve üstsoya karşı kasten öldürme suçundan mahkûmiyet kararı verilmiştir; yani A ile ilgili iki nitelikli hal uygulanmıştır (TCK m.82/1-a-d).

İlk derece mahkemesinin bu kararı, Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından onanmıştır. Onama kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından azmettiren A yönünden itiraz edilmiştir. İtirazda A'nın azmettiren olduğu, bağlılık kuralı uyarınca ister fiilden, isterse failin veya mağdurun şahsından ya da özelliklerinden kaynaklanmış olsun, fiilin nitelikli kasten öldürme suçunu oluşturup oluşturmadığının faile göre belirlenmesi gerektiği ve bu halin suç ortaklığını etkilemesinde zorunluluk bulunduğu belirtilmiştir. Başsavcılık sonuç olarak A hakkında üstsoya karşı nitelikli kasten öldürme suçundan da verilen nitelikli halin (TCK m.82/1-d) karardan çıkarılmasını istemiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bu itirazı, bir oy farkla reddedilmiştir. Dosya, itirazla ilgili nihai kararı vermek üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na gönderilmiştir¹⁴⁰.

Özetle aktarılan bu karar; azmettirende bulunan ve fakat failde bulunmayan kişisel halin (somut olayda öldürme suçunun üstsoya karşı işlenmesi), azmettirenine etki edip etmeyeceği konusunda birbirinden farklı görüşlerin var olduğunu göstermektedir. TCK'nın yaklaşık yirmi yıldır yürürlükte olduğu dikkate alındığında, bu farklı görüşlerin varlığı sorunun önemini ortaya koymaktadır.

C. Kişisel Nitelikli Hal ve Nesnel Nitelikli Hal Ayrımı

1. Genel Olarak

Bu ayrım ilk bakışta kolay gibi görünmektedir. Ancak bu görünüş yanıltıcıdır. Kişisel ve nesnel nitelikli hal ayrımını kabul eden yazarlar bile bazı hallerin kişisel mi yoksa nesnel mi olduğunun belirlenmesinin güç olduğunu kabul

¹⁴⁰ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı, saptayabildiğimiz kadarıyla Ceza Genel Kurulu tarafından henüz karara bağlanmamıştır.

etmektedirler¹⁴¹. Örneğin kasten öldürme suçunda kan gütme saiki veya canavarca his, kişinin iç dünyasıyla ilgili olduğu gibi fiilin işleniş şekli olarak da kabul edilebilir. Bu itibarla kan gütme saiki veya canavarca hissin, kişisel mi yoksa nesnel bir neden olduğunu tereddütsüz bir şekilde tespit edebilmek kolay değildir. Bununla birlikte kan gütme saiki veya canavarca hissin; içsel bir motivasyona dayandığı, kişinin iç dünyasına ilişkin olması sebebiyle kişisel nitelikli hal olarak kabulünün uygun olacağı belirtilmiştir¹⁴².

2. Kişisel Nitelikli Haller

Kişisel nitelikli haller, adından da anlaşılacağı gibi kişiye ilişkin özellikleri ifade etmektedir¹⁴³. Bu haller, fail veya suç ortağının kişiliğinden kaynaklanır; dolayısıyla işlenen suçtan bağımsızdır ve subjektif niteliktedir¹⁴⁴. Fail ve suç ortaklarının kişisel durumu ve sıfatları, fail ile mağdur arasındaki ilişkiler ve özel durumlar, failin saik ve maksadı; kişisel nitelikli hal olarak kabul edilmektedir¹⁴⁵.

3. Nesnel Nitelikli Haller

Nesnel nitelikli haller, doğrudan doğruya fiilden kaynaklanır¹⁴⁶. Bir başka anlatımla fiilin işlenişinden kaynaklanmaktadır¹⁴⁷. Bu hallerin, failin kişiliğiyle ilgisi bulunmamaktadır¹⁴⁸. Suçun işlendiği yer, zaman, suçta kullanılan araç, suçun maddi konusu, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı nesnel nitelikli hal olarak kabul edilmektedir¹⁴⁹. Nitelikli hallerin büyük bir kısmı nesnelidir¹⁵⁰.

Belirtelim ki, suçun mağduruna ilişkin özelliklerin kişisel nitelikli hal mi yoksa nesnel nitelikli hal mi olduğu tartışmalı olmakla birlikte, baskın görüş mağdura ilişkin özelliklerin failin kişiliğinden bağımsız olduğu gerekçesiyle nesnel nitelikli hal olduğu yolundadır¹⁵¹.

¹⁴¹ ZAFER, s. 580; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 547; EKİCİ ŞAHİN, s. 641.

¹⁴² ZAFER, s. 579.

¹⁴³ TANER, k.no. 347.

¹⁴⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 548.

¹⁴⁵ ZAFER, s. 579; EKİCİ ŞAHİN, s. 655.

¹⁴⁶ TANER, k.no. 347.

¹⁴⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 548.

¹⁴⁸ HAKERİ, s. 559.

¹⁴⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 548; ZAFER, s. 579; EKİCİ ŞAHİN, s. 655; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 790.

¹⁵⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 145.

¹⁵¹ EKİCİ ŞAHİN, s. 655; ZAFER, s. 579; KAYMAZ, s. 127.

D. Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi

Nitelikli hallerin suç ortaklarına etkisi, kişisel nitelikli hal ve nesnel nitelikli hal ayırımına bağlı kalınmak suretiyle iki başlık altında incelenecektir. Müşterek faillerle ilgili nitelikli haller ise çalışma kapsamında incelenmeyecektir. Giriş kısmında belirtildiği üzere, fail de geniş anlamda suç ortağı olarak kabul edilebilir. Bu nedenle başlıktaki suç ortakları kavramı, esasen faili de kapsar niteliktedir. Gerek kişisel nitelikli gerekse nesnel nitelikli hal ayırımı yapılırken konunun anlaşılmasının güçleştirecek ayrıntılı ayrımlara yer verilmeyecektir.

1. Kişisel Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi

Kişisel nitelikli hallerin suç ortaklarına etkisi, kişisel hafifletici ve ağırlaştırıcı hallerin suç ortaklarına etkisi olmak üzere ikiye ayrılacaktır.

a. Kişisel Hafifletici Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi

Kişisel hafifletici hallerin suç ortaklarına etkisine ilişkin olarak TCK'da herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Kişisel hafifletici haller, bütünüyle subjektiftirler. Bu itibarla kişisel hafifletici hal, kimin için gerçekleşmiş ise sadece onun bakımından geçerli olmalıdır¹⁵².

Kişisel hafifletici halin, kendisinde bu hal bulunan suç ortağı veya fail ile sınırlı olarak uygulanacağı konusunda oydaşma olduğu söylenebilir. Bu oydaşmada, TCK m.40/2, cümle 2'de yer alan "Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır" yolundaki hüküm ile hükmün gerekçesinin etkili olduğu inancındayız¹⁵³. Belirtelim ki, kişisel hafifletici hallerin diğer suç ortağını etkilemeyeceğine dair uygulamada da sorun bulunmamaktadır.

b. Kişisel Ağırlaştırıcı Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi

Kişisel ağırlaştırıcı hallerin suç ortaklarına etkisinin; suç ortaklarında bulunan kişisel ağırlaştırıcı hallerin faile etkisi ve failde bulunan kişisel ağırlaştırıcı hallerin suç ortaklarına etkisi olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmesinin anlaşılmaya kolaylaştıracağı inancındayız.

¹⁵² ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 550; ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 790; EKİCİ ŞAHİN, s. 655; ZAFER, s. 581; SOYASLAN, s. 534; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 362; AKBULUT, "Bağlılık Kuralı", s. 203-204; EVİK, "Sirayet Sorunu", s. 293.

¹⁵³ Gerekçede, "Cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler ancak ilgili suç ortağı hakkında hukuki sonuç doğururlar" denilmiştir. Öğretide haklı olarak bu gerekçenin kanun hükmünün sözel anlamına göre daha geniş olduğu belirtilmiştir. Bak. ZAFER, s. 581, dn. 82.

Kişisel ağırlaştırıcı hallerin suç ortaklarına etkisi, gerek öğreti gerekse uygulamada üzerinde sıkça tartışılmış olmakla birlikte çözüme kavuşturulamamıştır. Yukarıda belirtildiği gibi fail de suç ortağı olarak kabul edilebilir olmakla birlikte, nitelikli hallerin etkisiyle ilgili en tartışmalı kısmın daha iyi anlaşılabilmesi için kişisel nitelikli hallerin, suç ortakları ve failde bulunma olasılığına göre ayrı ayrı değerlendirme yapılacaktır.

(a) Suç Ortaklarında Bulunan Kişisel Ağırlaştırıcı Hallerin Faile Etkisi

Özellikle kasten öldürme suçlarında, yukarıda yer verilen Yargıtay kararında olduğu gibi azmettirenle bulunan kişisel ağırlaştırıcı hal¹⁵⁴, azmettirilene bulunmayabilir. Bu takdirde azmettirenle ilgili gerçekleşen kişisel ağırlaştırıcı halin, azmettirilene etkisinin olup olmayacağı öğretide tartışmalıdır. Uygulamada da yeknesaklık bulunmamaktadır. Deyim yerindeyse bu sorun konunun en çetrefil kısmıdır.

Bağlılık kuralına göre sorunun çözümlenmesi gerektiğini düşünen yazarlara göre suç ortaklarının sorumluluğu, failin fiiline ve kişiliğine bağlıdır. Böylelikle bağlılık kuralının özünün fail tarafından işlenen ve suç teşkil eden fiil olduğu hatırlanmalıdır. Sorunun bağlılık kuralına göre çözümlenmesi gerektiğini düşünen yazarlara göre failde bulunan nitelikli hal, bu durumu bilen bütün suç ortaklarına uygulanacaktır. Üstelik failde bulunan nitelikli halin, kişisel veya nesnel olmasının bir önemi yoktur; çünkü bu görüşteki yazarlar kişisel ve nesnel nitelikli hal ayrımını reddetmektedirler¹⁵⁵. Kısaca sorunun bağlılık kuralı kapsamında çözümlenmesi gerektiğini düşünen yazarlar, suç ortaklarında bulunan kişisel ağırlaştırıcı halin faile etki etmeyeceği gibi kendisinde bu hal bulunan suç ortağı yönünden de herhangi bir sonuç doğurmayacağı kanaatindedir¹⁵⁶.

Öğretide soruna bağlılık kuralı kapsamında çözüm bulunamayacağı yolunda görüşlere de rastlanmaktadır. Ancak bu görüşler, sorunun nasıl çözümleneceği konusunda farklılaşmaktadırlar. Bir görüşe göre suç ortağında bulunan kişisel ağırlaştırıcı haller, kendisinde bu neden bulunan suç ortağı yönünden sonuç doğuracaktır; dolayısıyla diğerleri hakkında uygulanmayacaktır. Çünkü TCK'da kişisel nitelikli hallerin, diğer suç ortakları ve faile etkisine ilişkin bir

¹⁵⁴ Uygulamada sıklıkla karşılaşılan eş, kardeş, altsoy veya üstsoyun; yine bu niteliklere sahip azmettiren tarafından bu niteliklere sahip olmayan azmettirilene öldürtülmesidir. Böylelikle fail konumundaki azmettirilen ile ilgili herhangi bir kişisel ağırlaştırıcı hal gerçekleşmez.

¹⁵⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 488-490; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 786-788; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 644 vd.

¹⁵⁶ ZAFER, s. 582.

hüküm bulunmadığı için sadece kendisinde bu hal bulunan kişi hakkında uygulanabileceği belirtilmiştir¹⁵⁷. Bir başka görüş, kişisel ağırlaştırıcı halin; diğer ortakları etkileyebilmesi için bilinmesinin yetmeyeceği, ayrıca suçun işlenmesinde etkili olması veya suçun işlenmesini kolaylaştırması gerektiği yolundadır¹⁵⁸.

(b) Failde Bulunan Kişisel Ağırlaştırıcı Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi

Örneğin A, kardeşi B'yi öldürmek istemektedir. Öldürmede kullanacağı silahı C'den istemiş, C de silahın A'nın kardeşi olan B'nin öldürülmesinde kullanılacağını bilerek ve isteyerek A'ya silah vermiş; sonuçta A, kardeşi B'yi öldürmüştür.

Sorunun bağlılık kuralı kapsamında çözümlenmesi gerektiği düşünülenlere göre burada C, nitelikli kasten öldürme suçuna yardımdan sorumlu tutulacaktır; çünkü C, verdiği silahı kullanacak kişinin kardeşini öldüreceğini biliyordu. Dahası suç ortakları, sorumluluklarını failin fiili ve şahsından almaktadırlar. Failin fiili nitelikli kasten öldürme (kardeşe karşı) teşkil ettiği için C de bu nitelikli kasten öldürmeye yardım etmeden sorumludur. Ancak C'nin, bu silahın A'nın kardeşi olan B'nin öldürülmesinde kullanılacağını bilmemesi halinde, C hakkında suçun nitelikli hali uygulanamaz¹⁵⁹.

Buna karşılık soruna bağlılık kuralı kapsamında çözüm bulunamayacağı görüşünde olanlara göre bu takdirde de TCK'da ağırlaştırıcı hallerin fail veya suç ortağına etkisine ilişkin hüküm bulunmaması sebebiyle kişisel ağırlaştırıcı hal sadece ilgili kişi hakkında (örnekte A) uygulanabilecektir¹⁶⁰.

Böylelikle kişisel nitelikli hallerin diğer ortaklara etkisinin bağlılık kuralı kapsamında ortaya konulmasıyla ilgili aşağıda nesnel nitelikli haller açıklanırken bağlılık kuralına ilişkin açıklama yapılmayacaktır. Zira nesnel nitelikli hallerin, bağlılık kuralının özünü teşkil eden fiile ilişkin oldukları; dolayısıyla nesnel nedenlerin fiil kapsamında olduğu kuşkusuzdur. Bu itibarla bağlılık kuralı gereğince nesnel nitelikli hem ağırlaştırıcı hem hafifletici haller, bilinmek kaydıyla bağlılık kuralı kapsamında bütün suç ortaklarını etkileyecektir.

¹⁵⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 552; EVİK, "Sirayet Sorunu", s. 294; KAYMAZ, s. 161; SOYASLAN, s. 534.

¹⁵⁸ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 362.

¹⁵⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 489-490.

¹⁶⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 552.

Belirtelim ki, yukarıdaki örnekte olduğu gibi Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları istikrarlı değildir¹⁶¹. Yargıtay'ın konuyla ilgili bazı kararları, bağlılık kuralı esas alınarak tesis edilmiştir. Yargıtay'ın bağlılık kuralının nasıl uygulanmasına gerektiğine dair örnek kararına konu olayda özetle, kardeş olan G ve A arasında miras paylaşımı nedeniyle uyuşmazlık bulunmaktadır. Bu nedenle G ve A tartışmaya başlamış; tartışmanın büyümesi üzerine G, bu esnada orada bulunan kızı C'nin eline tüfek vererek A'yı öldürmesini söylemiştir. Bunun üzerine C, dayısı A'yı tüfekte öldürmüştür. İlk derece mahkemesi, G aleyhine nitelikli kasten öldürme suçuna (TCK m.82/1-d) azmettirmeden dolayı mahkûmiyet kararı vermiştir. Ancak Yargıtay, ilk derece mahkemesinin G'ye yönelik kararının yanlış olduğu sonucuna varmıştır. Çünkü somut olayda fail C'nin suçu, TCK m.81'de düzenlenen kasten öldürmedir. Bağlılık kuralı gereğince fiilin nitelikli kasten öldürme suçunu teşkil edip etmediği faile göre belirlenir. Bu nedenle azmettiren G ile maktul A kardeş olmakla birlikte, fail C tarafından işlenen suç kasten öldürmenin temel şekli olduğu için azmettiren G'nin de bu suçun temel şeklinden cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmıştır¹⁶². Bazı Yargıtay kararları ise bağlılık kuralıyla çelişmektedir¹⁶³. Örneğin yakın tarihli bir Yargıtay kararına konu olayda özetle; Ş'nin babası daha önce öldürülmüş, kan gütmeye saikiyle Ş, hasmı L'yi öldürmesi için D'yi azmettirmiştir. Bunun üzerine D, azmettiren Ş'nin hasmı olan L'yi öldürmüştür. İlk derece mahkeme-

¹⁶¹ ARTUK / GÖKCEN / ALSAHİN / ÇAKIR, s. 786.

¹⁶² Yar. 1. CD, E. 2014/1428, K. 2014/3654, 25.06.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>). Anılan kararın konuyla ilgili örnek bir karar olması sebebiyle aktarılmasında yarar görülmüştür: "... ister fiilden, isterse failin veya mağdurun şahsından ya da özelliklerinden kaynaklanmış olsun, eylemin "nitelikli kasten öldürme" suçunu oluşturup oluşturmadığı faile göre belirlenir ve bu hal şeriklere sirayet ettirilir. Bu durum, TCK'nın 82. maddesinde sayılan tüm nitelikli haller için geçerlidir. Örneğin; (A) kendi babasını öldürmesi için (F)'yi azmettirdiğinde, suçun gerçekleşmesi halinde, her ikisi de 81. madde uyarınca sorumlu olurlar. Çünkü, failin işlediği suç "basit kasten öldürme" suçudur. Aksine, (F)'nin, (A)'yı, (A)'nın babasının öldürülmesine azmettirdiği durumda ise, hem (A)'nın, hem de (F)'nin "82/1-d" maddesi uyarınca nitelikli hallerden olan "yakın akrabayı kasten öldürme suçundan" sorumlu tutulması gerekir. Zira, failin işlediği suç "nitelikli öldürme"dir. Azmettiren ise, azmettirirken failin bu suçu işleyeceğini bilmektedir, (A)'nın babasını, (A) ile (F)'nin birlikte öldürmeleri haline gelince; bu durumda ikisi de müşterek fail olacaktır. (A) nitelikli kasten öldürmeden, (B) basit kasten öldürmeden cezalandırılmalıdır. Buna göre somut olayda; Sanık G'nin, kızı olan C'yi, kardeşi olan A'yı öldürmeye azmettirdiği anlaşılmalıdır; sanık G hakkında basit kasten öldürmeye azmettirmeden TCK'nın 38 ve 81. maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine bağlılık kuralına yanlış anlam verilerek suretiyle nitelikli (akrabayı kasten öldürme) kasten öldürmeye azmettirmeden, TCK'nın 38 ve 82/1-d maddeleri uyarınca hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." Karar için ayrıca bak. KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 490, dn. 1637; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 649 vd. ÖZGENÇ'e göre karara konu olayda azmettiren G, öldürmede kullanılan tüfeği kızı C'ye verdiği için yardım edendir. Dahası G, müşterek faildir. Bu nedenle G aleyhine nitelikli kasten öldürme suçundan hüküm tesis edilmelidir. Ancak G'nin fiil üzerinde müşterek hakimiyet tesis etmediğinin, yani müşterek fail olmadığı kabulü halinde, G azmettiren sıfatıyla TCK m.81'den cezalandırılmalıdır; çünkü TCK m.38/1 gereğince azmettiren işlenen suçun cezasıyla cezalandırılır. Somut olayda fail C tarafından işlenen suç da kasten öldürme suçunun temel şeklidir. Bak. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 657.

¹⁶³ EKİCİ ŞAHİN, s. 674.

si; azmettirenin sorumluluğunun asıl fail tarafından gerçekleştirilen fiile bağlı olduğunu, azmettiren Ş'de bulunan kan gütme saikinin (TCK m.82/1-j), fail D'de bulunmaması sebebiyle Ş yönünden kan gütme saikinın uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Ancak Yargıtay, azmettiren Ş'de bulunan kan gütme saikinin, fail D'de bulunmasa bile, kendisinde bu saik bulunan Ş yönünden uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁴. Görüldüğü gibi aktarılan iki Yargıtay kararı arasında çelişki bulunmaktadır. İlk kararda, azmettiren yönünden kişisel ağırlaştırıcı hal (kardeş) gerçekleşmesine rağmen, bu hal failde bulunmadığı için bağlılık kuralı gereğince azmettirene uygulanmamıştır. İkinci kararda ise, azmettirenin bulunan kişisel ağırlaştırıcı hal (kan gütme saiki), failde bulunmamasına karşın, azmettiren bu nitelikli halden yine de sorumlu tutulmuştur. Bu itibarla konuyla ilgili Yargıtay kararlarının istikrarlı olmadıkları ve sorunun çözümüne ışık tutmadıkları söylenebilir.

2. Nesnel Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi

Nesnel nitelikli hallerin etkisi de hafifletici ve ağırlaştırıcı olmak üzere iki başlık altında incelenecektir. Bu kapsamda yer verilecek görüşler ise bağlılık kuralına göre sorunun çözümlenmeyeceği yolundaki görüşlerdir. Yukarıda belirtildiği gibi bağlılık kuralına göre nesnel nitelikli haller, fiile ilişkindir. Bu nedenle nesnel gerek hafifletici gerekse ağırlaştırıcı haller, bilinmesi kaydıyla suç ortaklarını etkileyecektir.

a. Nesnel Hafifletici Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi

Nesnel hafifletici hallerin, bu nedenleri bilsin veya bilmesin bütün suç ortaklarını etkileyeceği kabul edilmektedir. Bu konuda, tıpkı kişisel hafifletici hallerde olduğu gibi öğretide oydaşma olduğu söylenebilir. Çünkü bu nesnel nitelikli haller, bütün suç ortakları hakkında sonuç doğurmaktadır¹⁶⁵. Örneğin hırsızlık veya yağma suçunda malın değerinin az olması nesnel hafifletici haldir (TCK m.145, m.150/2).

b. Nesnel Ağırlaştırıcı Hallerin Suç Ortaklarına Etkisi

Nesnel ağırlaştırıcı nedenlerin suç ortaklarına etkisine ilişkin olarak öğretide kasttan hareketle çözüm önerilmektedir. Nesnel ağırlaştırıcı haller, kast kura-

¹⁶⁴ Yar. 1. CD, E. 2018/2957, K. 2021/6739, 13.04.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>). Karara konu olay daha karmaşık olmakla birlikte, sorunun daha kolay anlaşılabilmesi için kararın özetlenerek aktarılmasında yarar görülmüştür.

¹⁶⁵ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 549-550; EKİCİ ŞAHİN, s. 667; TOSUN, s. 291; HAKERİ, s. 562; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 362; SARIGÜL, s. 332; EVİK, "Sirayet Sorunu", s. 293.

lının bir gereği olarak bunu bilenlerle sınırlı olarak uygulanabilir¹⁶⁶. Nesnel ağırlaştırıcı hal, fiilen bilinmelidir; yani halin tahmin edilebilir olması fiilen bilme anlamına gelmez¹⁶⁷.

Bağlılık kuralı kapsamında soruna yaklaşımında varılan sonuç ile sorunun kasttan hareketle çözümlenmesi gerektiği yolundaki görüşün varlığı sonucun, gerekçeleri farklı da olsa aynı olduğu belirtilmiştir¹⁶⁸.

3. Değerlendirme

TCK'da kişisel nitelikli hal ve nesnel nitelikli hal ayrımına yer verilmemiştir. Buna bağlı olarak bu nitelikli hallerin suç ortaklarına etkisiyle ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bir görüşe göre bu takdirde sorun bağlılık kuralı ile çözümlenebilir. Bağlılık kuralına göre suç ortaklarının sorumluluğunun kaynağı failin fiilidir. Bu itibarla suç ortaklarının sorumluluğu, failin kişiliğine ve fiiline bağlıdır. Bu görüş, kendi içinde tutarlı olmakla birlikte; özellikle kasten öldürme suçunda azmettirende bulunan kişisel ağırlaştırıcı halin, failde bulunmaması durumunda ortaya çıkan sonuç adalet duygusunu zedelemektedir. Örneğin A, babası B'yi öldürmek konusunda arkadaşı C'yi azmettiriyor. C tarafından B öldürüldüğünde, azmettiren A'nın üstsoyuna karşı gerçekleştirdiği azmettirme; kısmen de olsa cezasız kalmaktadır. Çünkü öldürme fiilinin faili C'de kişisel ağırlaştırıcı hal bulunmadığı ve azmettirenin sorumluluğu faile ve fiiline bağlı olduğu için A nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu tutulamayacak, kasten öldürme suçunun temel şeklienden sorumlu olacaktır. Bu durum öğretide haklı olarak eleştirilmektedir¹⁶⁹. Belirtelim ki, bu durumun adalet duygusunu zedelediği, nitelikli hallerin suç ortaklarına etkisinin bağlılık kuralı kapsamında çözümlenebileceğini savunan bazı yazarlar tarafından da kabul edilmektedir¹⁷⁰.

Bağlılık kuralı gereğince kasten öldürme suçunda azmettirende bulunan kişisel ağırlaştırıcı haller azmettirilende bulunmadığı takdirde, azmettiren suçun temel şeklienden sorumlu tutulduğu halde; kasten öldürme suçuna yardım edenin, failin kişiliğine bağlı olarak kendisinde kişisel ağırlaştırıcı hal bulunmamasına rağmen nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması mümkün-

¹⁶⁶ ZAFER, s. 583; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 363; EKİCİ ŞAHİN, s. 667; EVİK, "Sirayet Sorunu", s. 294.

¹⁶⁷ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 363.

¹⁶⁸ EKİCİ ŞAHİN, s. 668.

¹⁶⁹ EKİCİ ŞAHİN, s. 671; AKBULUT, "Bağlılık Kuralı", s. 209-210.

¹⁷⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 491, dn. 1638.

dür¹⁷¹. E'nin; arkadaşı G'ye kardeşi F'yi öldürmek istediğini, bunun için kendisine silah verip veremeyeceğini sorduğunu, bu teklifin G tarafından kabul edildiğini; yani G'nin bu silahın E tarafından E'nin kardeşi F'nin öldürülmesinde kullanılacağını bildiğini; dolayısıyla silahı bilerek ve isteyerek verdiğini, bu silahla F'nin E tarafından öldürüldüğünü varsayalım. Bağlılık kuralına göre suç ortağının sorumluluğu failin fiiline bağlı olduğu için bu örnekte G, kendisiyle ilgili kişisel ağırlaştırıcı hal bulunmadığı halde; E tarafından işlenen nitelikli kasten öldürme suçuna yardım etmeden sorumlu tutulacaktır. Kısacası G, kendisinde kişisel ağırlaştırıcı hal bulunmamasına rağmen fail E'nin fiiline bağlı olarak E'de bulunan kişisel ağırlaştırıcı hal kendisine etki edecektir. Bu durum da, öğretide haklı olarak eleştirilmiş, bağlılık kuralının yol açtığı bu sonucun bireyleri deyim yerindeyse kendi yakınlarını başkalarına öldürtmeye veya kendi yakınlarının öldürülmesine yardım etmeye teşvik ettiği belirtilmiştir¹⁷².

Görüldüğü gibi bağlılık kuralının bu sorunlara yol açmasının nedeni, kişisel nitelikli hal ve nesnel nitelikli hal ayırımına yer vermemesidir. Oysa ki, kanun koyucu tarafından Alman Ceza Kanunu m.28/2'de yer alan "Kanun, cezanın ağırlaştırılmasını, indirilmesini veya ortadan kaldırılmasını gerektiren kişisel nitelikli özel unsurlara yer vermiş ise, bunlar, yalnızca kendisinde bu neden bulunan suça iştirak edenler (fail veya suç ortakları) için geçerlidir"¹⁷³ şeklindeki bir hükme yer verilmiş olsa idi, özellikle kasten öldürme suçuna ilişkin kişisel nitelikli ağırlaştırıcı hallerle ilgili adalet duygusunu zedeleyen durumlarla karşılaşılmazdı. Belirtelim ki, öğretide sorunun bağlılık kuralı kapsamında çözümlenebileceğini savunan yazarlar haricinde, benzer bir hükme yer verilmesinin yararlı olacağı belirtilmektedir¹⁷⁴. Sorunun iştirak iradesi yani kast kapsamında çözümlenmesini öneren Zafer dahi, teori ve uygulamada bu denli görüş ayrılıklarına yol açan sorununun açıkça düzenlenmesini salık vermektedir¹⁷⁵. Kanımızca da, öğretide ve uygulamada görüş ayrılıklarına yol açan sorunun, yine öğretide önerildiği gibi Alman Ceza Kanunu m.28/2'ye benzer bir kanun hükmünün getirilmesi suretiyle giderilmesi uygun olacaktır. Benzer olası hüküm, TCK m.40'a eklenebilir. Böylelikle TCK'nın iştirak hükümlerinin benzerlik arz ettiği Alman Ceza Kanunu ile uyumu sağlanmış olur.

¹⁷¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 489.

¹⁷² AKBULUT, "Bağlılık Kuralı", s. 209-210.

¹⁷³ ÖZTÜRK / ERDEM, k.no. 789.

¹⁷⁴ EVİK, "Sirayet Sorunu", s. 297; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 546; KAYMAZ, s. 164; EKİCİ ŞAHİN, s. 682. Aksi görüş bak. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 786; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 654-655.

¹⁷⁵ ZAFER, s. 584.

Kanımızca da böylesi bir düzenleme yapılmadığı sürece kişisel ağırlaştırıcı haller, kendisinde bu hal bulunan fail de dahil olmak üzere ilgili suç ortaklarıyla sınırlı bir biçimde uygulanmalıdır¹⁷⁶. Çünkü bağıllık kuralı kapsamında failden kaynaklanan kişisel ağırlaştırıcı hallerin, kendisinde bu hal bulunmayan suç ortaklarına etkisinin kabulü; suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanması niteliğinde olacaktır (TCK m.2/3).

SONUÇ

Bağıllık kuralı, suça iştirak hükümlerinin uygulanmasını sağlamaktadır. Bağıllık kuralının uygulanabilmesi için öncelikle kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiil olmalıdır. Bu fiile katkıda bulunan suç ortakları, failin bu fiiline bağlı olarak cezalandırılabilirlerdir.

Suç ortaklarının, failin fiiline bağlı olarak cezalandırılmasını sağlayan kurala bağıllık kuralı denilmektedir. Bağıllık kuralı, TCK m.40'ta açıkça düzenlenmiş ve koşulları gösterilmiştir. Kanun koyucu tarafından bağıllık kuralının açıkça düzenlenmesi nedeniyle cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten kişisel nitelikli hal ve nesnel nitelikli hal ayırımına yer verilmemiştir. Bu ayırma yer verilmemesine bağlı olarak kişisel ve nesnel nitelikli hallerin suç ortaklarına etkisine dair bir düzenleme de yapılmamıştır. Bağıllık kuralı kapsamında suç ortaklarının sorumluluğunun faile ve fiiline bağlı kılınması, özellikle kasten öldürme suçlarında, adalet duygusunu zedeleyen durumlara yol açmaktadır. Örneğin bir kimsenin, üçüncü bir kişiyi kendi babasını öldürmeye azmettirmesi ve azmettirilen üçüncü kişinin azmettirenin babasını öldürmesi halinde, azmettiren kasten öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu tutulacaktır. Bağıllık kuralına göre azmettirenin sorumluluğu, azmettirilen failin fiili ve kişiliğiyle sınırlıdır.

Bağıllık kuralının kasten öldürme suçlarında yol açtığı bir başka adaletsiz sonuç, suç ortağı ile ilgili kişisel ağırlaştırıcı hal bulunmamasına rağmen, suç ortağının failin kişiliğinden etkilenmesi ve buna bağlı olarak cezasının artmasıdır. TCK'da kişisel ağırlaştırıcı hallerin suç ortaklarına etkisine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımızca kendisinde kişisel ağırlaştırıcı hal bulunmayan suç ortağının, failin kişiliğine bağlı olarak bu halden etkilenmesi suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanması niteliğindedir. Bu itibarla kişisel ağırlaştırıcı haller, kendisinde bu hal bulunan fail de dahil olmak üzere ilgili suç ortağıyla sınırlı olarak uygulanmalıdır.

¹⁷⁶ EKİCİ ŞAHİN, s. 682.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (AKBULUT, Genel Hükümler).
- AKBULUT, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, **GÜHFD**, Y. 2010, C. XIV, S. 1, s. 167-214 (AKBULUT, Bağlılık Kuralı).
- ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- BALCI, Meral, **Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- BAŞ, Eylem, **Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- CANOĞLU, Veysel Candan, **Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020 (CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Giriş).
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, **Gereççeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemesi Kanunu Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat**, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005 (CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Mevzuat).
- ÇAKIR, Kerim, **Suçta İştirakte Müşterek Faillik**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÇELEN, Ömer, **Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Aslı Fail-Yardım Eden Ayrımı)**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- DEMİREL, Muhammed, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- DEVELLİOĞLU, Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 20. Baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II**, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1997.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, **AÜHFD**, Y. 2015, C. 64, S. 3, s. 637-686.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, “Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m.220/5”, **CHKD**, Y. 2014, C. 2, S. 1-2, s. 11-30.
- EVİK, Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011 (EVİK, Yardım Eden).
- EVİK, Vesile Sonay, “Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu”, **YÜHFD, Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan**, Y. 2012, C. IX, S. 2, s. 287-300 (EVİK, Sirayet Sorunu).
- EVİK, Vesile Sonay, “Suça Etki Eden Nedenler”, **MÜHFD**, Y. 2007, C. 6, S. 2, s. 119-133 (EVİK, Etki Eden Nedenler).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, U-S-A Yayıncılık, Ankara, 2010.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.
- İNCİ, Z. Özen, “Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu’nun 220/5’inci Maddesi’nin Anayasa’ya Aykırılığı”, **İBD**, Y. 2014, C. 79, S. 1, 10-33.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / SIEBER, Ulrich, **Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları**, Tercüme Eden: Feridun YENİSEY, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
- KARAKEHYA, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- KAYMAZ, Seydi, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, **AHBVHFD**, Y. 2021, C. 16, S. 2, s. 117-167.
- KEÇELİOĞLU, Elvan, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBBD**, Y. 2010, S. 87, s. 299-321.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

- MAHMUTOĞLU, Fatih S. “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, **İÜHF**, Y. 2005, C. LXIII, S. 1-2, s. 57-112.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / KARADENİZ, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- MERAKLI, Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- ÖNOK, R. Murat, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZEN, Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, 1. Baskı, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul, 1996 (ÖZGENÇ, Suçta İştirak).
- ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (ÖZGENÇ, Genel Hükümler).
- ÖZGENÇ, İzzet, “Faillığın Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, **SÜHFD**, Y. 1994, C. 4, S. 1-2, 159-190 (ÖZGENÇ, Müşterek Faillik).
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZYÜKSEL, Özgün, **Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- SANCAR, Türkan Yalçın, **Çok Failli Suçlar**, 1. Baskı, Ankara, 1998.
- SINAR, Hasan, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, **CHD**, Y. 2011, C. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 59-86.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- SARIGÜL, Ali Tanju, **Suçta İştirak**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SAVAŞCI TEMİZ, Bilgehan, “İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, **AÜHFD**, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 2487-2512.
- TANER, M. Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1953.
- TAŞKIN KAPUSUZUĞLU, Beril, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 19. Baskı, Ankara, 2021.
- TOSUN, Öztekin, **Suç Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Ar Basım Yayım, İstanbul, 1982.
- ÜNVER, Yener, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, **Ceza Hukuku Günleri 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul)**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 109-195.
- YILMAZ, Zahit, **Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ZAFER, Hamide, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı-Normatif Teorinin Öne Çıkışı-Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, **MÜHFD**, Y. 2009, C. 8, S. 2, s. 151-194.
- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarında Unutulma Hakkı ve Basın Özgürlüğü^(*)

Right to be Forgotten and Freedom of the Press in the Decisions
of the Constitutional Court and the Court of Cassation

Hatice Sümeyye TAÇAR^(**)

Öz:

Bilgiye erişmek ve bilgiyi depolamak, teknolojik gelişmeler ile beraber hiç olmadığı kadar kolaylaşmıştır. Yıllar önce yaşanan bir olayı öğrenmek için gazeteye ulaşmak yerine internet aracılığıyla dakikalar içerisinde bilgiye erişmek olanaklı hale gelmiştir. İnternet aracılığıyla arşivlenen bilgilerin bireylere “unutulmama” gibi bir dönüşü olmuştur. Bireyin işlediği suçun, ismi *Google*'da aratıldığında görüntülenmesi, geleceğini serbestçe ve özgürce şekillendirmesini olumsuz yönde etkiler. Birey hakkındaki rahatsız edici bilgilerin dijital hafızadan silinmesini sağlamak amacıyla Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında “unutulma hakkı” kavramına yer verilmiştir. Unutulma hakkı, uygulamada erişimin engellenmesi yoluyla gündeme gelmektedir. Erişimin engellenmesi yolu her ne kadar yalnızca internet ortamında yer alan içerikler için söz konusu olsa da bu hakkın insan haklarıyla olan ilişkisi ve Yargıtay tarafından verilen kararlar göz önüne alındığında, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan tüm kişisel veriler için unutulma hakkına başvurulabileceği hakkın amacıyla daha fazla bağdaşacaktır. Şüphesiz ki bireyin unutulma hakkı korunurken toplumun bilgi edinme hakkı ve basının ifade özgürlüğü kısıtlanmamalıdır. Bir yayının unutulma hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel veri olarak kabul edilmeme, kamu yararına katkısı, habere konu kişinin kamuoyunda tanınırlığı, halkın ilgili yayına olan ilgisi unsurları bakımından irdelenmelidir. Bu çalışmada mevzuatta doğrudan yer edinmeyen unutulma hakkının Türk hukukundaki yeri ve unutulma hakkı ile basın özgürlüğü arasındaki sınır, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde anlatılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Unutulma Hakkı, İfade Özgürlüğü, Basın Özgürlüğü, Kişisel Veri, Erişimin Engellenmesi.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 23.12.2022

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 07.04.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1357937>

Bu makaleye atıf için: TAÇAR, Hatice Sümeyye, “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarında Unutulma Hakkı ve Basın Özgürlüğü”, *İMHD*, C. 8, S. 2, 2023, s. 609-634

^(**) Avukat, İstanbul Barosu / İstanbul - Türkiye

E-posta: sumeyyetacar@yahoo.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9283-5173>

Abstract:

With technological developments, it has become easier to access and store information. Instead of trying to access newspapers to learn about a past event, it is possible to access information within minutes via internet. Information archived via Internet has made individuals ‘unforgotten’. The fact that crimes committed by individual previously is displayed when his name is Googled negatively affects individual’s future prospects. Concept of ‘right to be forgotten’ has been included in decisions of the Constitutional Court and the Supreme Court to ensure deleting disturbing information about individuals from digital memory. This right comes up via blocking access in practice. Notwithstanding, the way of blocking access is relevant to contents on internet, regarding this right’s relation with human rights, decisions made by the Supreme Court, public’s capability to apply this for all personal data suits the purpose of this right more. Undoubtedly, freedom of expression of the public and press should not be restricted while protecting an individual’s right to be forgotten. In order to consider a publication within the scope of this right, certain conditions must be met. The conditions are as followed: the time it was in the air, being out of date and not being accepted as historical data, contribution to public interest and public recognition of person who is the subject of the news and public interest relevant to news. In this study, the place of this particular right, which is not directly included in legislation, and border between the right to be forgotten and freedom of press are explained within the framework of Supreme Court’s and Constitutional Court’s relevant decisions.

Keywords:

Right to be Forgotten, Freedom of Expression, Freedom of Press, Personal Data, Blocking Access.

GİRİŞ

Her insan salt kendine ait başkalarının bilgisi ve gözünden uzak bir hayata sahiptir¹. Kişinin başkalarından gizlediği, kamuya kapalı olan alanına özel hayat denir². Kişiyi diğerlerinden ayırt etmeye yarayan her türlü bilgi kişisel veridir. Diğer bir deyişle kişinin özel hayatına dâhil olan ve başkalarının bilmesini istemediği alandaki bilgiler kişisel veri kabul edilmektedir. Kişisel veriler yalnızca kişinin özel yaşamına dâhil unsurlardan oluşmamakta, mesleki ve ekonomik bilgiler gibi kişiyi belirli ya da belirlenebilir kılan tüm verileri kapsamaktadır³.

Teknolojinin gelişimi, sosyal medyanın yaygınlaşması ve her yaşta insanın sosyal platformlarda yer almasıyla birlikte bilgiye erişim kolaylaşmış, bireylerin kişisel verileri üzerindeki denetimi azalmış ve bireylerin özel hayatına

¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN Muharrem, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 67, S. 4, 2009, s. 9.

² ÇELİK, Yeşim, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 8, S. 32, 2017, s. 392.

³ AYDIN, Akgül, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, *Danıştay Dergisi*, Y. 2013, S. 133, s. 24.

müdahale daha kolay hale gelmiştir⁴. Gerek kamu hizmetlerinin daha hızlı ve daha az maliyetle yürütülmesi gerek şirketlerin reklam ve pazarlama faaliyetlerinin daha doğru şekilde işlemesi için bireylere ilişkin pek çok kişisel veri işlenmektedir⁵. Ayrıca ifade ve basın özgürlüğü çerçevesinde basın, toplumu aydınlatma görevi kapsamında kimi zaman verisi işlenen kişinin ad ve soyadını belirterek haberler yayımlamaktadır. Gazete haberleri gibi fiziksel şekilde saklanan veriler her zaman ulaşılabilir durumda olmadığı için bir süre sonra unutulup gitmektedir. Oysa internet yayınları için aynı şey söylenemeyecektir⁶. Bunun bir sonucu olarak da arama motoru sonuçları bir kimseye ait yargının temelini oluşturabilecektir⁷.

Kimi zaman internet üzerinden kişilik haklarını ihlal edici yayımlar yapılabilmekte ya da yayımlandığı dönemde kişilik hakkı ihlali yapmasa bile yayın tarihinin üzerinden belli bir zaman geçmesiyle halen o yayına erişilebilmesi habere konu kişinin kişilik haklarını ihlal edebilecektir. Hiçbir hakaret ve kötü yorum içermeyip yalnızca objektif olarak doğruluğu konusunda şüphe bulunmayan bir bilgi dahi veri öznesinin açık kimliğiyle yayınlanması halinde haberin içeriğine göre veri sahibinin kişilik haklarına müdahale oluşturabilecek ve hayatını olumsuz etkileyebilecektir. Örneğin bir hekimin yıllar önce uyguladığı yanlış müdahale ile zarara uğrayan hasta olması halinde bu haberin hekim hakkında hiçbir hakaret ya da kötü yorum olmaksızın yalnızca toplumu bilgilendirme amacı ile yayımlanmasında kamu yararı bulunmaktadır. Ancak olayın üzerinden uzun yıllar geçtikten sonra haberin yayımlanmaya devam etmesi halinde topluma herhangi bir yararının olmayacağı yalnızca hekimin kötü bir hekim olarak düşünülmesine yol açacağı, yani itibarını zedeleyeceği ortadadır.

Bu çalışmada bireylerin kendilerini alâkadar eden ancak sınırsız kişinin erişebileceği verilerinin dijital hafızadan silinmesi ya da daha az karşılaşılan haliyle basılı yayımların toplatılması anlamına gelen unutulma hakkı, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında anlatılmış, ayrıca ifade ve basın özgürlüğü ile mukayese edilmiştir.

⁴ KOCA, Mahmut / İlhan, ÜZÜLMEZ, “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCM m.135)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 71.

⁵ KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 3.

⁶ YENİCE CEYLAN, Özge, “Unutulma Hakkının Basın Özgürlüğü Karşısındaki Konumu”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C. 3, S. 2, 2021, s. 2.

⁷ KÜZECİ, s. 255.

I. GENEL OLARAK UNUTULMA HAKKI

Unutulma hakkı, geçmişte hukuka uygun olarak yayılan ve dijital hafızada tutulan, bireyler hakkındaki olumsuz bilgilerin arşivlenmelerinde üstün kamu yararı olmadıkça toplum tarafından öğrenilmemesi ve hatırlanmaması için sivilinmesi ve yayımlanmasının engellenmesini isteme hakkıdır⁸. Unutulma hakkı, kişinin geçmişte kendisi veya üçüncü kişilerin sebep olduğu bir olay nedeni ile geleceklerinin olumsuz anlamda etkilenmemesi, geçmişe takılı kalmadan geleceğe yönelik plan yapabilmelerini sağlamaktadır⁹.

Unutulma hakkı ile kaldırılması talep edilen yayın içerikleri, kişisel verilerdir. Bu yönü itibarıyla unutulma hakkının konusunun kişisel veriler olduğu söylenebilir¹⁰. Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun (KVKK) 3. maddesine göre kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi kişisel veridir. Bu tanımdan kişisel veri kavramının içerisinde üç unsur barındırdığı anlaşılmaktadır. Bu unsurlar; bir veri bulunması, bu verinin kişiyi belirli veya belirlenebilir kılması ve verinin gerçek kişiye ilişkin olmasıdır. Ayrıca tanımdan da görüldüğü üzere unutulma hakkının öznesi sadece gerçek kişiler olabilir¹¹.

Kişisel verilerin korunması hakkı ve unutulma hakkı, bireylerin kişiliğini serbestçe geliştirmesini, onurlu yaşamasını, özgürce geleceklerini inşa etmesini sağlar ve geçmişte yaşanmış kimi olayların kişinin aleyhine kullanılmasını önlemeyi amaçlar¹². Her iki hakkın özünde de geçmişte yaşanmış olumsuz olayların bir gün, gün yüzüne çıkma ya da kendisi aleyhine kullanılması korkusu yaşamadan bireyin kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi düşüncesi bulunmaktadır¹³.

⁸ AKKURT, Sinan Sami, "17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde 'Unutulma Hakkı'", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4, 2016, s. 2609.

⁹ SÖZÜER, Eren, **Unutulma Hakkı - İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 11; APAYDIN, Cengiz, **Basın, Televizyon ve Radyo Yayınlarında: Cevap ve Düzeltme Hakkı, İnternette Erişimin Engellenmesi, Unutulma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 161.

¹⁰ YENİCE CEYLAN, s. 2.

¹¹ ÇIRAK, Ezgi; "Dijital Çağda Sonsuza Kadar Hatırlamaya Karşı: Unutulma Hakkı", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 13, S. 36, 2018, s. 164; YAVUZ, Can, **İnternetteki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması - Unutulma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 51; KABADAYI, Elif Sinem, **Dijital Çağda Hissedilen Unutulma İhtiyacı ve Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Yeni Bir Hak Olarak Unutulma Hakkı**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2021, s. 56.

¹² ELMALICA, Hasan, "Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4, 2016, s. 1628; BİLİR, Faruk, "6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na İlişkin Değerlendirme ve İnternet Çağında Kişisel Verilerin Korunması", **Anayasa Yargısı**, C. 37, S. 2, 2020, s. 310.

¹³ ELMALICA, s. 1608; AKGÜL, Aydın, "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: 'Unutulma Hakkı' ve AB Adalet Divanı'nın 'Google Kararı'", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 116, 2015, s. 14.

Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı, kişiye başkaları tarafından gözetlenmek-sizin yalnız kalıp kendini geliştirebileceği, özgürce hareket edebileceği bir alan sağlar¹⁴. Kişinin yıllar önce işlediği suç, kişinin adı *Google*'da aratıldığında görünüyorsa kişinin onurlu yaşaması, kişiliğini serbestçe geliştirmesi söz konu-su olmayacaktır¹⁵. Bu tür tekrar gündeme gelmesi rahatsızlık uyandıracak bilgi-lerin silinmemesi, yok edilmemesi pek çok mağduriyete yol açabilecektir. Örneğin geçmişte işlediği suçtan pişmanlık duyan ve yeni bir sayfa açmak isteyen birey geçmişte işlediği ve pişmanlık duyduğu bir olayın kamuoyu nezdinde unutulmaması halinde, yeni bir sayfa açmakta zorlanacaktır. Ayrıca hukuka aykırı şekilde yayımlanan bir içerik olması halinde artık unutulma hakkından söz edilemeyecektir. Unutulma hakkının konusunu, yalnızca hukuka uygun olarak alenilemiş ve doğru olan kişisel veriler oluşturabilir¹⁶.

Sosyal medyaya ulaşımın kolay ve maliyetsiz olmasıyla birlikte her yaştan birey sosyal medya üzerinden paylaşım yapmaya başlamıştır. Bireyler rızaları ile fotoğraf, ses kaydı veya video kaydını sosyal medyada paylaştığında bu verileri üzerindeki hâkimiyetlerini kaybetmektedirler. Gönderi sahibi gönderisini yayından kaldırırsa dahi bu gönderi dijital hafızada yıllarca saklanacak ve gönderinin yayında kaldığı süre boyunca kimler tarafından kaydedildiği, arşivlendiği bilinemeyecektir¹⁷. Böyle bir durumda uçsuz bucaksız olan internette yayımlanan bir yayın üzerindeki denetim yetkisi veri öznesinin elinden alınmış olacaktır. Ayrıca kullanıcılar herkese açık olmayan profillerinden paylaşım yapsalar bile kullanıcının arkadaş listesinde kayıtlı olan birinin gönderiyi kaydedip farklı sosyal platformlarda paylaşması halinde yine kullanıcının gönderisi üzerindeki hâkimiyeti kendisinde olmayacaktır. Sözelimi bir *Instagram* kullanıcısının paylaşımının, internette çalıştığı şirket ismiyle birlikte yayılması üzerine, çalışanın işine son verilmiş ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu nedeniyle hakkında soruşturma başlatılmıştır¹⁸. Oysa kullanıcının gizli profilden yaptığı pay-

¹⁴ KAMA IŞIK, Sezen, *Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 219.

¹⁵ GÜNAY, Buket: *Kişilik Hakkı Perspektifinden Kadın Cinayetlerinde Hükümlünün Unutulma Hakkı*, *Yaşar Hukuk Dergisi*, C. 3, S. 2, 2021, s. 151.

¹⁶ YENİCE CEYLAN, s. 4; TANSUĞ, Çağla, “İdare Hukuku Perspektifinden Unutulma Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2021, s. 1568.

¹⁷ NALBANTOĞLU, Seray, “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 9, S. 35, 2018, s. 584; ÇINAR, Abdurrahim, “Unutulma Hakkının Ortaya Çıkış Serüveni ve Kap-samının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 13, S. 49, 2022, s. 559.

¹⁸ Ensonhaber, “Pegasus Çalışanları Kadir Gecesinde Alkollü Alem Yaptı” (<https://www.ensonhaber.com/gundem/pegasus-calisanlari-kadir-gecesinde-alkollu-alem-yapti>) (E.T. 30.05.2022).

laşım diğer kullanıcılar tarafından farklı sosyal platformlarda paylaşılmamış olsaydı mevcut veri yirmi dört saat içinde yok olacaktı.

İnternetin böylesine yaygın olduğu çağımızda unutulmanın neredeyse imkânsız olduğu ortadadır. Günümüzde hatırlanmak kolay ve ucuz, unutulmak ise maliyetli ve zordur¹⁹. Kullanıcıların, yıllar önce sosyal medyada paylaştıkları herhangi bir şey dahi karşılarında çıkıp hayatlarını etkileyebilmektedir²⁰. Yetişkin birinin çocukken yaptığı sevimli bir paylaşım, yetişkinlik döneminde karşısına çıktığında utanç verici olabilmektedir.

İnsanların kamuya açık alanı mahremiyet olarak görmemesi sonucunda insanlar kamuya açık alanlarda başka insanların fotoğraflarını ve videolarını çekmekte ve daha sonra internette yayımlamaktadır. Ancak bir insanın kamuya açık alanda bulunması; bu alanda her görüntü ve sesinin izlenilmesine, dinlenilmesine, kaydedilmesine, sürekli ve sınırsız olarak başkalarının elinde bulunmasına rıza gösterdiği anlamına gelmez. Kamuya açık alanda “kalabalığın içinde dikkat çekmezlik” ilkesi geçerli olup kamuya açık alandaki kişinin gün içinde yaptıkları özel hayata dâhildir ve özel hayatın sahip olduğu korumadan yararlanır²¹. Kalabalığın içinde dikkat çekmezlik ilkesi kişinin kamuya açık alandayken sürekli izlenme, gözetlenme, kayda alınma endişesi yaşamamasıdır. Unutulma hakkının konusunu oluşturan veriler de kişinin kamuya açık alandaki verilerdir. Kamuya açık alan denilince akla yalnızca sokak gelmemelidir. Sosyal medya hesapları, internet yayınları da kamuya açık olup kalabalığın içinde dikkat çekmezlik ilkesi bu platformlarda da geçerlidir.

Unutulma hakkı, İspanyol vatandaşı bir avukat olan *Costeja Gonzalez*'in 1998 yılında bir gazetenin kendisinin sosyal güvenlik borçları için hakkında yapılan haczin ve gayrimenkulünün açık arttırmaya çıkarıldığı yayınlarının adının *Google* arama motoruna yazıldığından çıkıyor olması nedeniyle yaptığı başvuruyla gündeme gelmiştir. *Costeja Gonzalez*, İspanyol mahkemelerine başvurarak ilgili yayınların kaldırılmasını talep etmiştir. İspanyol mahkemesi *Google*'ın ilgili bağlantıları kaldırmasına karar vermiş ancak gazeteye yönelik herhangi bir karar almamıştır. *Google* temyize başvurmuş ve İspanya Ulusal Yüksek Mahkeme konuyu Avrupa Birliği Adalet Divanına taşımıştır. *Google* kişisel verilerin silinmeye zorlanmasının kamunun bilgi edinme hakkını engelleyeceği-

¹⁹ FORDE, Aidan, “Implications of the Right to be Forgotten”, *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, S. 18, 2015, s. 83-84.

²⁰ KÜZECİ, s. 256.

²¹ Yar. 12. CD, E. 2019/973, K. 2020/218, 08.01.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 25.07.2022).

ni savunmuştur. Divan, arama motoru işletmecisinin ekonomik menfaatinin yanı sıra kamuoyunun silinmesi talep edilen yayın içeriğini veri öznesinin adıyla birlikte öğrenmesindeki menfaati ile veri öznesinin sosyal hayatı, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerinin korunması gibi temel hakları arasındaki menfaate bakılması gerektiğini belirtmiştir²². Sonuç olarak Divan, kişinin adı yazıldığı on altı yıl önce gerçekleşen olaya ilişkin bağlantı verilmesinin kabul edilemez olduğuna ve kişinin bu bağlantının kaldırılmasını talep hakkı olduğuna karar vermiştir. Bu kararla birlikte unutulma hakkı Avrupa Birliği nezdinde resmi olarak tanınmış ve uluslararası tanınırlığa ulaşmıştır²³. On altı yıl önce gerçekleşen rencide edici yayınların halen yayımlanmaya devam etmesinin habere konu kişinin hayatında yeni sayfa açmasını engelleyeceği muhakkaktır.

II. UNUTULMA HAKKININ HUKUKİ DAYANAĞI

Unutulma hakkı Anayasa ve kanunlarda doğrudan düzenlenen bir hak değildir²⁴. Ancak Anayasa m.5’te düzenlenen “*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” ifadesiyle bireylerin maddi ve manevi varlığının gelişmesini engelleyici durumları ortadan kaldırma konusunda devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir. “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığı altında düzenlenen Anayasa m.17/1, “*herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” şeklindedir. Anayasa m.20/3 ile kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı koruma altına alınmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar unutulma hakkı Anayasa’da doğrudan düzenlenmemiş olsa da Anayasa m.5, m.17/1 ve m.20/3 birlikte düşünüldüğünde unutulma hakkının dolaylı olarak Anayasa’da düzenlendiği söylenebilir. Öte yandan KVKK m.11/1-e bendi ile kişisel verileri işlenen kişi m.7’de öngörülen şartlar çerçevesinde, kişisel verilerinin silinmesini veya yok edilmesini isteyebilecektir. Bu hükmün uygulanabilmesi için kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması gerekir. Hüküm ile veri sorumlusunun ileride belki lazım olur düşüncesiyle verileri depolamasının önüne geçilmek istenmiştir²⁵. KVKK’de unutulma hakkı kelimesi geçmemesine rağmen 7. maddenin unutulma hakkını içerdiği kabul edilebilir.

²² Sayılı Avrupa Birliği Adalet Divanı, K. 131-12, T. 13.05.2014, (<https://www.mbkaya.com/hukuk/ab-unutulma-hakki-kararceviri.pdf>) (E.T. 05.06.2022).

²³ YILDIZ, Tuba; “Unutulma Hakkının Uygulanışı Açısından Arama Motorlarının Rolü”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, 2019, s. 406; Yavuz, s. 89.

²⁴ OCAK, Ayşenur, “Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 9, S. 33, 2018, s. 513.

²⁵ KÜZECİ, s. 245.

Kişinin rızası ve hâkimiyeti dışında internette bulunan videoları veya fotoğrafları ile kişi hakkında yapılan haberlerin sonsuza dek erişime açık olmasının veri sahibine ve topluma herhangi bir faydasının olmayacağı aşikârdır. Geçmişte hukuka uygun olarak yayılmış olsa bile kişiyi belirli ya da belirlenebilir kılmaya yarayan her türlü bilginin yıllarca dijital hafızalarda saklanması, kişinin yaşamının herhangi bir yerinde karşısına çıkma ihtimali barındırmakta ve kişinin geleceğini serbestçe şekillendirmesini engellemektedir. Bu bağlama unutulma hakkı ile kişinin kontrolünü yitirdiği kişisel verileri üzerinde bir nebze de olsa tekrar kontrol sağlanması amaçlanmaktadır²⁶.

Unutulma hakkı kapsamında bir içeriğe erişimin engellenmesi ancak ilgisi kişinin kendi talebiyle mümkündür²⁷. Hakkın doğası gereği üçüncü kişinin erişimin engellenmesi talep etmesi mümkün değildir²⁸. Mirasçılardan ise unutulma hakkına dayanarak erişimin engellenmesi talep edip etmeyeceği halen tartışılmaktadır²⁹. Ölmüş bir kimse hakkında kişilik hakkını ihlal edici yayınlar yapılması halinde, bu yayınlar ölmüş kimsenin eşinin, anne ve babasının kişilik haklarını edebilme potansiyeli barındırmaktadır. Ayrıca ölmüş kimsenin ergin olmayan çocuklarının gelişimini olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bu nedenle kanaatimce mirasçılar da unutulma hakkı kapsamında erişimin engellenmesi talebinde bulunabilmelidir. Nitekim Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta vefat eden kimsenin eşinin yaptığı başvuruya ilişkin, erişimin engellenmesi talep edilen internet yayınlarının bilirkişi vasıtasıyla incelenerek kişilik hakkı ihlali bulunması halinde erişimin engellenmesi kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁰.

III. ULUSLARARASI HUKUKTA UNUTULMA HAKKI

A. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü

Kişisel verilerin korunması amacıyla Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (*General Data Protection Regulation, GDPR*) kabul edilmiştir. “Silme hakkı” başlıklı GDPR m.17 unutulma hakkına ilişkin temel kaynaktır³¹. Hü-

²⁶ SOYSAL, Tamer, “Unutulma Hakkının Avrupa Birliği’nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, S. 13, s. 348.

²⁷ NALBANTOĞLU, s. 589.

²⁸ NALBANTOĞLU, s. 589.

²⁹ NALBANTOĞLU, s. 589.

³⁰ Yar. 19. CD, E. 2019/23945, K. 2019/7563, 29.04.2019, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 01.18.2022).

³¹ DÜLGER, Murat, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2020, s. 490.

kümde veri sahibinin kişisel verilerinin silinmesini talep edebileceği haller, veri sorumlusunun³² silme talebi karşısında uyması gereken usul ve silme talebinin işleme alınmayacağı istisnai haller sayılmıştır. Hükme göre “*kişisel verilere toplanma veya işlenme amaçlarıyla ilgili olarak artık gerek bulunmaması, veri sahibinin verisinin işlenmesine verdiği izni geri çekmesi ve işleme için başka bir yasal dayanak bulunmaması, veri sahibinin işleme faaliyetine itiraz etmesi ve işlemeye devam etmek için itiraza ağır basan meşru bir gerekçe bulunmaması, kişisel verilerin doğrudan pazarlama amacıyla işlenmesi halinde veri sahibinin itirazı, yasalara aykırı olarak veri işlenmesi, veri sorumlusunun tâbi olduğu birlik veya üye devletin iç hukukundaki yasal bir yükümlülüğe uyulması amacıyla veri silinmesinin zorunlu olması, bir çocuğa bilgi toplumu hizmetinin sağlanmasıyla ilgili olarak kişisel veri işlenmesi*” hallerinde veri sorumlusu kişisel verileri herhangi bir gecikmeye mahal olmaksızın silmekle yükümlüdür. GDPR’da unutulma hakkının düzenlenmesindeki temel amaç, hakkın sınırlarının çizilmesidir³³. GDPR, AB üyesi tüm ülkelerde uygulanır.

B. Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri

Birleşmiş Milletler tarafından 1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 12. maddesi; kimsenin özel yaşamına, ailesine, konutuna, haberleşmesine keyfi olarak karışılmayacağını, şeref ve adına saldırlamayacağını ve herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı olduğunu düzenlemektedir. Her ne kadar Bildirgenin bağlayıcılığı bulunmasa da özel hayat konusunda attığı temel, kendisinden sonraki ulusal ve uluslararası insan hakları belgelerinin hazırlanmasına öncülük etmiştir³⁴.

1966 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile mahremiyet hakkı düzenlenerek kişisel verilerin korunmasına ilişkin önemli bir adım atılmıştır. Sözleşme’nin 17. maddesi hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna, haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemeyeceğini, onurunun veya itibarının hu-

³² GDPR m.4/7; “yalnız başına veya başkalarıyla birlikte kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amaçlar ve yöntemleri belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu kuruluşu, kurumu veya diğer herhangi bir organdır; söz konusu işleme amaçları ve yöntemlerinin Birlik ya da üye devlet hukukuna göre belirlenmesi durumunda, kontrolör veya kontrolörün belirlenmesine özgü kriterler Birlik ya da üye devlet hukukuna göre belirlenebilir;”.

³³ NALBANTOĞLU, s. 594.

³⁴ KAMA IŞIK, Sezen, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Özel Yaşam ve Kavramın Sonraki İnsan Hakları Belgelerine Etkisi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2022, s. 218-219.

kuka aykırı saldırılara maruz bırakılmayacağını ve herkesin bu tür saldırılara ve müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir.

Beyanname ve sözleşmede yer alan; kimsenin özel yaşamına, konutuna, haberleşmesine, şeref ve itibarına saldırılamayacağı ve bu tür saldırılara karşı korunma hakkının olduğu düzenlemeleriyle dolaylı olarak unutulma hakkı koruma altına alınmaktadır.

IV. UNUTULMA HAKKI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ARASINDAKİ İLİŞKİ

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumda olması gereken temel değerlerden biridir³⁵. İnsanı diğer canlılardan ayıran en önemli niteliği düşünebilmesi ve düşündüklerini diğer insanlara aktarabilmesidir. Bireylerin düşüncelerini endişe duymadan özgürce ifade edebilmeleri toplumda hoşgörüyü artırır ve daha bilinçli nesiller yetişmesine katkıda bulunur³⁶. Demokratik bir toplum olmanın önemli gereklerinden birisi de ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olan basın özgürlüğüdür³⁷. Basının görevi kamu yararı çerçevesinde gerçek ve güncel olaylara ilişkin bilgi vermek, düşünmeye sevk etmektir. Özgür bir siyasal ortamda devletin eylem ve işlemlerinin adli ve idari makamların denetimi altında olduğu kadar basının ve kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerekmektedir³⁸. Basın, siyasal organların eylemlerini, kararlarını ve ihmallerini sıkı bir denetime tâbi tutarak demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlar ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırır³⁹. Basının susturulduğu bir toplumun totaliterleşmeye doğru evrileceği muhakkaktır. Nitekim Anayasa'nın "Basın Hürriyeti" başlıklı 28. maddesinde basının hür ve sansür edilemez olduğu düzenlenmektedir. Anayasa'nın "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti" başlıklı 26. maddesi ile herkesin söz, yazı, resim veya başka şekilde tek başına veya toplu olarak düşünce ve kanaatlerini açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir.

³⁵ KÜZECİ, s. 95; YENİCE CEYLAN, s. 8.

³⁶ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rıfat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, 5. Basım, Ankara, 2014, s. 383.

³⁷ AKKURT, Ali, **Basın Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 1.

³⁸ AYM, Kadir Sağdıç Başvurusu, B. No: 2013/6617, 08.04.2015, (Kararlar Bilgi Bankası) (E.T. 05.08.2022).

³⁹ AYM, Kadir Sağdıç Başvurusu, B. No: 2013/6617, 08.04.2015, Kararlar Bilgi Bankası) (E.T. 05.08.2022).

İfade ve basın özgürlüğü mutlak olmayıp belli şartlar dâhilinde sınırlandırılabilir⁴⁰. İfade ve basın özgürlüğü kullanılırken bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi gerekir⁴¹. Kimileri için bilgilendirici olan bir yayın kimileri için rencide edici olabilir. Birileri ifade özgürlüğünü kullanırken başkalarının özel yaşamına saygı hakkını, kişisel verilerinin korunması hakkını ihlal edebilir. Basının daha fazla kitleye ulaşmak için dikkat çekici başlıklar kullandığı, sansasyonel ifadelere yer verdiği bilinmektedir. Ancak büyük şirketlerin ekonomik çıkarları bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme, özel yaşama saygı gösterilmesi haklarını ihlal etmemeli ve bu haklarına üstün tutulmamalıdır. Dolayısıyla unutulma hakkının korumayı amaçladığı kişinin manevi varlığını geliştirme hakkı, insan onuru, kişisel verilerin korunması hakkı, şeref ve haysiyetin korunması hakları ile ifade ve basın özgürlüğü arasında çatışma vardır⁴². Bu bağlamda kamu yararı ile özel yarar yani ifade özgürlüğü ve unutulma hakkının çatışması söz konusudur⁴³.

İfade özgürlüğü, basın özgürlüğü kural erişimin engellenmesi ve unutulma hakkı kapsamında yayınların silinmesi ise istisnadır. Bazı durumlarda insan onurunun korunması ifade özgürlüğünün sınırlanması ile sağlanabilecektir⁴⁴. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirebilmesi, itibarını koruyabilmesi amaçlarıyla bir yayına erişim engellenirken ifade özgürlüğünün özünü yok edecek uygulamalara sebep olunmamalıdır⁴⁵. Bir yayına erişimin engellenmesi kararı verildiğinde yalnızca yayın sahibi ya da ifade sahibinin özgürlüğü kısıtlanmamakta, ayrıca o yayına erişme hakkı olan tüm toplumun bilgiye erişme hakkı da kısıtlanmaktadır⁴⁶.

Uygulamada bireyler unutulma hakkı gerekçesiyle 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun⁴⁷ m.9'a⁴⁸ dayanarak İçeriğin ya-

⁴⁰ KARAN, Ulaş, **İfade Özgürlüğü - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2**, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 103.

⁴¹ AYM, Mustafa Sezgin Tanrıkulu vd. Başvurusu, B. No: 2014/3986, 02.04.2014, (Kararlar Bilgi Bankası) (E.T. 06.08.2022).

⁴² DÜLGER, s. 499.

⁴³ KAHRAMAN, Zafer, **Unutulma Hakkı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 57.

⁴⁴ TUMAY, Murat, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu", **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2019, s. 121.

⁴⁵ TURGUT, Cemile, **Kişilik Hakkının bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 273.

⁴⁶ TURGUT, s. 272.

⁴⁷ RG. 23.05.2007, S. 26530.

yından çıkarılması veya erişimin engellenmesi talebinde bulunmaktadır. Hükme göre kişilik hakları ihlal edilenler içeriğin yayından çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini isteyebilirler. Erişimin engellenmesi kararı ceza değil tedbirdir⁴⁹. Erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanabilmesi için yayının içeriğinde kişilik haklarına ilişkin bir suç unsurunun bulunması aranmamaktadır. Ancak yayın içeriğinde suç varsa dahi bu suça ilişkin yapılacak muhakemenin sonucu beklenmeden bir koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Kişilik haklarına saldırı içeren bir yayın hakkında gecikmeksizin erişimin engellenmesi kararı verilmesi ve bu kararın tatbiki kamu düzeninin korunması ve kişilik haklarının korunması açısından elzemdir. Erişimin engellenmesi kararı verilirken ifade ve basın özgürlüğü ile toplumun haber alma özgürlüğünün zedelememesi önemlidir.

İnternet haber arşivleri araştırmacılar, hukukçular ve tarihçiler için önem taşıyan verilerdir. Dolayısıyla bireylerin kişilik hakkının ihlal edildiği her durumda internet yayınına erişimin engellenmesi yerine unutulmayı etkin kılacak farklı yollara başvurulabilir. 5651 sayılı Kanun'un 6518 sayılı Kanun ile değiştirilen 9. maddesi ile erişimin engellenmesi kapsamının kişilik hakkı ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanacağını, zorunlu olmadıkça internet sitesindeki yayının tamamına yönelik erişimin engellenmesi kararının verilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca haber ile kişi arasında bağ kuran kişisel verilerin silinmesi, haberin anonim hale getirilmesi, haber içeriğinin bir kısmına erişimin engellenmesi gibi haberin kişilik hakkı ihlali gerçekleştirilmeden yayında kalmaya devam etmesi gibi yöntemler benimsenebilir. Yargının görevi kişilik hakkı ihlali içeren yayınlara erişimi tamamen kaldırarak geçmişte meydana gelmiş olayların yeniden yazılması ve internet haber arşivinin tümüyle değiştirilmesi değildir⁵⁰.

Kişilik hakkı ihlalinin önlenmesi, ifade ve basın özgürlüğüne daha hafif müdahale ile sağlanabilecekse yayının tümüyle kaldırılması yoluna gidilmeme-

⁴⁸ 5651 sayılı Kanun m.9/1; "İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini de isteyebilir."

⁴⁹ GÖRKEMLİ, Burcu, **Yargı Kararları Işığında Türk Hukuku'nda İnternet Erişiminin Engellenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 119.

⁵⁰ Yar. 19. CD, E. 2021/633, K. 2021/2773, 10.03.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 05.08.2022).

lidir. Diğer bir deyişle kişilik hakkı ihlaline yol açan kişisel verinin anonim hale getirilmesi yeterli olacaksa, silme veya erişimin engellenmesi yoluna başvurulmaması daha uygun olacaktır⁵¹. Unutulma hakkı karşısında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmaması için Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarıyla belirlenen ölçütler tam anlamıyla sağlanmalıdır. Kişilik hakkı korunmak istenen kişinin menfaati ile toplumun haber alma hakkından hangisinin daha baskın olduğu her somut olayda incelenerek bir sonuca varılmalıdır⁵². Bir başka deyişle çatışan haklar denge testine tabi tutulmalıdır⁵³. Aksi durum keyfi olarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ve sansüre yol açabilecektir⁵⁴.

5651 sayılı Kanun uyarınca erişimin engellenmesi talep edilmesi halinde hâkim yalnızca başvuruçunun sunduğu delillere göre yirmi dört saat içinde karar verir. Bu yüzden erişimin engellenmesi talebi ilk bakışta haklılık var ise kabul edilir. Aksi halde savunma alınmadan, yalnızca iddia üzerinden hüküm kurulduğu için adil yargılanma hakkının ihlali oluşur⁵⁵. Çıplak fotoğrafların yayınlanması, henüz yargılama devam ederken ya da ortada yargılama yokken belli kimseleri katil ya da terörist olarak hedef gösterici yayınlar ilk bakışta kişilik hakkı ihlalinin var olduğu yayınlardır. Erişimin engellenmesi talep edilen yayınlarda ilk bakışta kişilik hakkı ihlali olduğu anlaşılıyorsa yayın içerikleri bilirkişi vasıtasıyla incelenmelidir⁵⁶. Erişimin engellenmesi yolu çekişmesiz yargı yolu olduğu için silahların eşitliği ilkesini zedelemektedir. Erişimin engellenmesi kararına itiraz halinde de yalnızca itiraz edenin sunduğu delillere dayanılarak inceleme yapılır⁵⁷.

Unutulma hakkı kapsamında erişimin engellenmesi ya da basılı yayının toplatılması kararı verilebilmesi için gereken şartları yayımdan kaldırılması talep edilen bilgi, söz konusu bilginin ilk yayımlandığı tarihin üzerinden geçen zaman ve habere konu kişi olarak üç başlık altında inceleyeceğiz.

⁵¹ Kahraman, s. 58.

⁵² KÜZECİ, s. 96.

⁵³ Ocak, s. 520;; Turgut, s. 260.

⁵⁴ TURGUT, s. 273.

⁵⁵ Gözler, Kemal, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanununun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi" **Rona Aybay'a Armağan Legal Hukuk Dergisi**, 2014, C. 1, Özel Sayı, 1072-1074.

⁵⁶ Yar. 7. CD, E. 2021/20316, K. 2021/14118, 02.11.2021; Yargıtay, 7. CD, E. 2021/18614, K. 2021/13212, 21.10.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 05.08.2022).

⁵⁷ AYM, Ali Kırık Başvurusu, B. No: 2014/5552, 26.10.2017, (Kararlar Bilgi Bankası) (E.T. 06.08.2022).

A. Bilgi

Unutulma hakkı kapsamında bir yayın hakkında erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için haber içeriğinin olgusal gerçekler içerip içermediği, kamu yararına katkısı, tarihsel veri olarak kabulü, haber içeriğinde kişilik haklarına saldırı olup olmadığı her somut olay nezdinde incelenmelidir.

Anayasa Mahkemesi, erişimin engellenmesi talebinin reddinin şeref ve itibarının korunması hakkını zedelediği iddiasıyla önüne gelen uyuşmazlıkta, on bir yıl önce yayımlanan haberin kişi hak ve özgürlükleri konusunda Yargıtayın yaklaşımını ortaya koyduğunu, haberin güncel ve kamuoyunu ilgilendirdiğini, başvurunun soyadının yalnızca ilk harfine yer verildiği için haberi ulaşılabılır kılan kişisel verilerin silindiğini tespit edilmiştir. Bu bağlamda, başvurunun beraat etmiş olmasının önemi olmaksızın erişimin engellenmesi talep edilen haberin unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesini zorunlu kılacak unsurların bulunmadığı belirtilmiştir. Mahkemeye göre kişinin manevi bütünlüğünün korunması ile basın ve ifade özgürlüğü, halkın bilgiye ulaşma ve haber alma hakkı birlikte değerlendirildiğinde erişimin engellenmesi talep edilen yayının yayımlanmaya devam etmesiyle adil bir denge kurulmuştur⁵⁸. Başvuru konusu haberde gözaltı nedeni bulunmadan gözaltına alınan kişinin yirmi dört saat sonra ifadesi alınmaksızın serbest bırakılmasının hürriyeti tehdit suçunu oluşturduğu belirtilmektedir. Her ne kadar haber on bir yıl önce yayımlanmış olup güncelliğini yitirmiş olsa da haber gözaltı tedbiri hakkında kolluk görevlileri tarafından uygulanması gereken kurallar hakkında olup haberin yayımlanmaya devam etmesinde kamu yararı bulunmaktadır.

Başvurucu, ad ve soyadının açıkça yazılarak kendisi hakkında “*Mendilci kızları tacize 56’şar yıl*”, “*Taciz iddiası ile 3 kişi tutuklandı*” ve “*Tacizcilere 56’şar yıl*” başlıklarıyla yapılan haberlere erişimin engellenmesini talep etmiştir. Sulh ceza hâkimliği; başvuru konusu haberlerin basın özgürlüğü sınırları içinde kaldığını, başvuranın kişilik hakkının ihlal edilmediğini ve başvurucuyu küçük düşürecek ibarelere yer verilmediğini belirterek erişimin engellenmesi talebini reddetmiştir. Başvurucu, erişimin engellenmesi talebinin reddi kararına yaptığı itirazın reddedilmesi üzerine kanun yararına bozma yoluna başvurmuştur. Yargıtay, haberin basın özgürlüğünün sınırları içinde değerlendirilemeyeceğini belirterek başvuruda belirtilen URL adreslerine erişimin engellenmesine karar vermiştir⁵⁹. Başvu-

⁵⁸ AYM, Fahri Göncü Başvurusu, B. No: 2014/17943, T. 05.10.2017 (Kararlar Bilgi Bankası) (E.T. 06.08.2022).

⁵⁹ Yar. 19. CD, E. 2018/3164, K. 2018/8234, 05.07.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 05.08.2022).

rucu söz konusu olay nedeniyle yargılandığı davadan 2008 yılında beraat etmiş ve beraat kararı 2013 yılında Yargıtay tarafından onanmıştır. Beraat eden başvuru-cunun adı *Google*'da aratıldığında 2006 yılında yayımlanan “tacizci” başlıklı haberler çıkması kanaatimizce de başvurunu halk nezdinde küçük düşürmekte ve kişilik haklarına saldırı niteliğindedir.

Sulh ceza hâkimliği, erişimin engellenmesi talep edilen bağlantının “*https*” uzantılı olduğunu ve somut olaydaki sosyal paylaşım hesaplarının yurt dışı uzantılı olup “*https*” uzantılı bağlantıların engellenmesinin mümkün olmadığını belirterek erişimin engellenmesi talebini reddetmiştir. Yargıtay ise sulh ceza hâkimliğince internet yayın uzantısına bakılmasına gerek olmaksızın yayında kişilik hakkı ihlali olup olmadığı ve kişilik hakkı ihlali var ise bu ihlalin basın özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim erişim engellenmesi kararının uygulanmasının mümkün olup olmadığı, kararın Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından uygulanması aşamasında dikkate alınacak hususlardır. Somut olayda erişimin engellenmesi talep edilen yayında “*Deri kralının seks videosu paniği*”, “... *seks tuzağında 2. perde ellerinde kasetim var dedi: Kendi kendini ele verdi*”, başlıklı paylaşımların içeriklerinin basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir⁶⁰. Erişimin engellenmesi talep edilen haberde başvuru-cunun fotoğrafıyla birlikte başkalarının başvuru-cuyu müstehcenlik içeren görüntülerini yaymakla tehdit ettiği algısı oluşturabilecek ifadeler kullanılması basın özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır.

Sezaryenle yapılması gerektiği halde normal doğum yapıldığı için bebeğin %98 oranında engelli doğduğuna ve daha sonra öldüğüne ilişkin yapılan haberlere ilgisi tarafından erişimin engellenmesi talep edilmiştir. Yargıtay, haberin sırf başvurunu kötüleme amacıyla yapılmadığını, başvuru-cunun isim ve kimlik bilgilerinin bulunmadığını böylece haberin basın özgürlüğünün sınırları içinde kaldığını belirterek erişimin engellenmesini talebini reddetmiştir⁶¹. Haberde başvuru-cunun isim ve kimlik bilgisi bulunmasa dahi haberde yer alan diğer bilgilerden yola çıkılarak bu bilgilerin belirlenebilir olup olmadığı tespit edilmeli ve güncellik, kamu yararı gibi diğer unsurlarla birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir. Sözgelimi erişimin engellenmesi talep edilen gazete, yerel gazete ise ve o şehirde ya da ilçede tek kadın doğum doktoru varsa, isim ve kimlik bilgileri haberde yazmasa dahi diğer şartlarında varlığı halinde unutulma hakkı gündeme gelmelidir.

⁶⁰ Yar. 7. CD, E. 2021/20314, K. 2021/14119, 02.11.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 01.11.2022).

⁶¹ Yar. 7. CD, E. 2021/20743, K. 2021/16395, 06.12.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 01.11.2022).

Erişimin engellenmesi talep edilen haberde “... *Barosu avukatlarından ..., devremülk şirketinin müşteri portföyünü gizlice ele geçirip, müşterilerden vekaletname alarak şirket aleyhine dava açmakla suçlanıyor*” şeklinde ifadeler yer verilmiş ve yerel mahkemece müstehcenlik ya da çıplak fotoğraflar gibi ilk bakışta kişilik haklarına saldırı olduğu belli olan hallerde erişimin engellenmesi kararı verilebileceği diğer hallerde, yani ilk bakışta kişilik hakkı ihlali olmayan durumlarda uyuşmazlığın çekişmeli yargı organları vasıtasıyla çözülmesi gerektiği gerekçesiyle erişimin engellenmesi talebinin reddine karar verilmiştir. Ancak Yargıtay, kanun yararına bozma başvurusunda bulunanın haberde işlediği iddia olunan suçtan beraat ettiğini, haberin güncelliğini yitirdiğini, bu nedenle haberin kişilik haklarını zedelediğini ve basın özgürlüğü sınırları içerisinde kalamayacağını belirtmiştir⁶². Kişinin unutulma hakkı kapsamında erişimin engellenmesi talebinin kabulü için habere konu suçtan beraat edip etmediğinin önemi bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay pek çok kararında unutulma hakkının basın özgürlüğüne üstün sayılması için gereken diğer şartlar var ise başvuranın beraat etmesini de gerekçe olarak sunmaktadır. Beraat eden kimseler hakkında yapılan haberlerin yayımlanmaya devam etmesi, toplum tarafından geçmişte doğruluk ve gerçeklik payı varmış gibi algılanacak ve mahkûm olan kişi hakkında yayımlanan haberlere nazaran daha fazla rencide edici nitelikte olacaktır.

Erişimin engellenmesi talep edilen haber içeriğinde sağlık hizmetinin yerine getirilmesiyle ilgili yaşanan mağduriyete ve habere konu olayla ilgili olarak soru işaretlerinin devam ettiğinin belirtilmesi ifade ve basın özgürlüğünün sınırları içinde kalmaktadır. Ancak kamu hizmetinin tarafı olmayan, olaya tamamen yabancı, toplumu bilgilendirme ve aydınlatma amacı veya basın organı vasfı da taşımayan üçüncü kişilerin hakaret içerikli yorumlarının bulunduğu yayının herkesin anlık erişimine açık olması ifade özgürlüğünün sınırları dâhilinde bulunmamaktadır⁶³. Tarafsız olarak bir olayın aktarılmasından ibaret haberlere yapılan yorumların hakaret içerikli ve rencide edici olması halinde bu yayınlara erişimin engellenmesi kararının verilmesi yerindedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bilim ve sanat hürriyeti ile unutulma hakkı arasında sınır çizmiş ve unutulma hakkının kapsamını açıklamıştır. Karara konu olayda cinsel saldırı suçunun mağduru olan davacı; ceza yargılaması sürecinde uğradığı cinsel saldırı eylemini tüm açıklığıyla anlattığını

⁶² Yar. 19. CD, E. 2020/1787, K. 2021/468, 25.01.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 05.08.2022).

⁶³ Yar. 19. CD, E. 2020/5728, K. 2021/1705, 17.02.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 05.08.2022).

belirtmiş ve bu bilgilerin bulunduğu kararın mağdur ve sanığın ismi gizlenmeden bir kitapta yayınlanmasından bahisle isminin geçtiği tüm kitapların toplanması ve manevi tazminat taleplerinde bulunmuştur. Davalılar karşı savunma olarak kitabın bilimsel eser niteliğinde olduğunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da isimlerin gizlenmediğini, kitabın geniş kitlelere hitap etmediğini ve kitapta isim belirtmenin hukuka aykırı olmadığını belirtmişlerdir. Mahkemece kişinin rızası olmaksızın bir kitapta geçen isminin kişisel veri olduğu, dört yıl önce meydana gelen bir olayın mağdurunun adının açık bir şekilde kitapta yer alması halinde unutulma hakkının ve bunun sonucu olarak da davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği kabul edilmiştir. Ayrıca Yargıtay unutulma hakkının, internet yayınlarının yanı sıra kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik de kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁴. Mahkeme kararlarından yararlanan bilimsel eserlerde, yargılamanın taraflarının ad ve soyadının açıkça belirtilmesi, bireylerin yargı makamına duyduğu güveni sorgulamasına neden olacak ve başkalarının öğrenmesi halinde utanç duyacakları olayları yargılama esnasında gizlemelerine yol açacaktır. Özellikle cinsel suç mağduru bireylerin yaşadıklarının ad ve soyadı belirtilerek yayımlanması mağdurların yaşadığı travmayı arttıracaktır.

1990'lı yıllarda öğrenciyken ülkücü grup içerisinde yer aldığı ve ülkücülük faaliyetleri sırasında hukuk fakültesi dekanını tehdit ettiği iddiası ile hakkında kamu davası açılan ve bu davada beraat eden kişi yirmi yıl sonra Danıştaya tetkik hâkimi olarak atanmıştır. Bahse konu kişi hakkında, ülkücülük faaliyetlerine katılan ve bu faaliyetleri esnasında tehdit fiilini gerçekleştiren bir kimsenin hâkim olarak atanmasının şaşırtıcı olduğu belirtilerek, bu kimsenin tarafsız ve bağımsız olarak hâkimlik mesleğini icra edemeyeceği algısı uyandırmaya çalışan köşe yazısı internet sitesinde ve gazete nüshasında yayımlanmıştır. Habere konu edilen kişi, söz konusu yayınlar nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğradığı iddiasıyla manevi tazminat davası açmıştır. İlk derece mahkemesi davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay; tehdit suçuyla ilgili yapılan yargılamaya ilişkin haberlerin güncel ve kamuoyunu ilgilendiren bir husus olduğunu, haberin basın özgürlüğü sınırları içerisinde kaldığını ve davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulmadığı gerekçeleriyle davanın reddi kararını onamıştır. Söz konusu kararda azınlık görüş; ad ve soyadının gizlenmemesi, olayın yirmi yıl önce yaşanması nedeniyle güncelliğini yitirmesi, basit bir tehdit suçundan beraat eden kişinin sonradan hâkim olarak atanmasının kamuoyunu ilgilendiren bir

⁶⁴ Yar. HGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, 17.06.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 02.08.2022).

husus olmaması nedenleriyle unutulma hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir⁶⁵.

Kanaatimizce kişinin, yirmi yıl önceki yargılanmasının beraat ya da mahkûmiyetle sonuçlanması arasında fark olmaksızın, siyasi görüşlerine atıfta bulunularak mesleğini tarafsız ve bağımsız olarak yerine getiremeyeceği algısı oluşturulması kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. Ancak somut olay nezdinde değerlendirildiğinde Yargıtay kararının odak noktasını davacının öğrencilik dönemindeki siyasi görüşü yerine yargılandığı tehdit eylemi oluşturmaktadır. Davacı, hâkimlik mesleğini icra etmekte olup yerine getirdiği görevin ehemmiyeti ve halk nezdinde uyandırdığı algı düşünüldüğünde haberin kamuoyu ilgisini yitirdiği söylenemez.

B. Zaman

Hukuka uygun olarak yayımlanan içeriklerin, belli bir zaman geçtikten ve güncelliğini yitirdikten sonra halen yayımlamaya devam etmesi halinde, habere konu kişinin şeref ve itibarı zedelenmektedir. Unutulma hakkının temelinde de, güncelliğini yitiren ve kamuoyunun ilgisini çekmeyen yayınlara erişimin, ilgilinin talebi halinde engellenerek şeref ve itibarın korunmasıyla birlikte kişinin geçmişe takılı kalmadan geleceğe yönelik plan yapabilmesi yatmaktadır. Güncelliğini kaybeden yayınların yayımlanmasını gerektirir başka sebepler bulunmadıkça halen yayımlanmaya devam etmesi internet haber arşivinin gereksiz yere meşgul edilmesine yol açacak ve kamu yararına herhangi bir katkı sağlamayacaktır. Daha önce açıklandığı üzere unutulma hakkı mevzuatta doğrudan düzenlenmemiş olup Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından konulan kıstaslara göre çıkarımlar yapılmaktadır. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesince unutulma hakkıyla ilgili olarak bu zamana değin verilen kararlarda net bir süre kıstası konulmamış olup diğer kıstaslarla birlikte değerlendirilerek haberin güncelliğine ve halkın habere ilgisinin devam edip etmemesine göre hüküm kurulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi N.B.B. Başvurusu'nda, uyuşturucu kullanırken yakalanan başvuranın 1998 ve 1999 yıllarında hakkında yürütülen ceza davasına ilişkin bilgilerin internet üzerinden kolaylıkla ulaşılabilir olması nedeniyle özel hayatının ve iş yaşamının olumsuz etkilendiğini ve itibarının zedelenildiğini, böylece şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, olayın başvuru tarihi itiba-

⁶⁵ Yar. 4. HD, E. 2017/2479, K. 2020/30, 14.01.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 09.01.2022).

rıyla on dört yıl önce gerçekleştiğini ve güncelliğini yitirdiğini, ayrıca toplumsal açıdan haber niteliğinin devam etmediğini ve haberin geleceğe ışık tutacak nitelikte bir haber olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre internetin sağladığı ulaşılabilirlik, internetin yaygınlığı, haber ve düşüncelerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık göz önünde bulundurulduğunda yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşliğini aşmayan ve kişinin kendi eylemlerinin neden olduğu haber ve yazıların internette uzun süre ulaşılabilir olması halinde kişinin şeref ve itibarı zedelenebilecektir⁶⁶. Uyuşturucu kullanırken yakalan kişinin hakkında yapılan haberler on dört yıl boyunca yayımlanmış ve artık güncelliğini yitirmiştir. Bu yayınların erişimin engellenmesi talebi reddedilerek yayımlanmaya devam etmesinin başvurunun hayatında temiz bir sayfa açmasını engelleyeceği muhakkaktır.

Yargıtay on dört yıla yakın süre yayında kalan haberin, olayın gerçekleşme tarihinde haber değeri taşıdığını ve kamu yararına katkıda bulunduğunu ancak haberdeki bilgilerin tarihsel olarak saklanma zorunluluğu bulunmadığı, haberin güncelliğini kaybettiği, kamu davasının beraat ile sonuçlandığı ve eski tarihli haberin toplum tarafından bilinmesinde başvuru tarihi itibarıyla kamu yararı bulunmadığı gerekçeleriyle haberin halen yayımlanmaya devam etmesinin başvuranın kişilik haklarını zedelediğini ve unutulma hakkı kapsamında kaldığını belirtmiştir⁶⁷. Ayrıca beraat ile sonuçlanan ceza yargılamasına ilişkin haberlerin yayında kalmaya devam etmesi okuyucular nezdinde suç işlenmiş gibi bir algı yaratacaktır.

Yirmi iki yıl önce gerçekleşen eylem nedeniyle yargılanan kimse hakkında “*kamu kurumunda görev yapan ve cinsel istismarcı M.L. kim*” başlıklı haberin yazarı hakkında hakaret suçundan yargılama yapılmıştır. Yazar haber içeriğinin gerçeği yansıttığını, tahkir edici bir dil kullanılmadığını ve basının haber verme hakkının sınırları içinde kaldığını savunmuştur. Yargıtay; haberin güncelliğini yitirdiğini, haberde bahsedilen kişinin işlediği suçun göreviyle ilgisi olmadığını, bu haberin öğrenilmesinde kamuoyu menfaatinin bulunmadığını, medya aracılığıyla karalama kampanyası yapılmasının çağdaş hukuk anlayışıyla bağdaşmayacağını belirtmiştir⁶⁸. Yargıtaya göre haberde bahsedilen kişinin unutulma hakkı kapsamında gerekli önlemlerin alınmasını talep etme hakkı vardır ve yazıda kullanılan ifadeler muhatabın onur, şeref ve saygınlığı rencide edici niteliktedir.

⁶⁶ AYM, N.B.B. Başvurusu, B. No: 2013/5653, T. 03.03.2016 (Kararlar Bilgi Bankası) (E.T. 06.08.2022).

⁶⁷ Yar. 19. CD, E. 2020/2249, K. 2021/1700, 17.02.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 05.08.2022).

⁶⁸ Yar. CGK, E. 2016/1169, K. 2018/490, 30.10.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 01.11.2022).

Yirmi iki yıl önce suç işlemiş ancak artık yeni bir hayata başlamak isteyen kimse hakkında yapılan haberlerin halen yayımlanmaya devam etmesi halinde bu kimsenin işlediği suç halk nezdinde unutulmayacak ve bu kimsenin hayatı boyunca “istismarcı” yaftasıyla anılmasına sebep olacaktır.

Yargıtay bir kararında iki yıl önce gerçekleşen olaya ilişkin erişimin engellenmesi talep edenin tanınmış kişi olması ve toplumun erişimin engellenmesi talep edilen habere olan ilgisinin halen devam ettiği gerekçesiyle ilgili haberin unutulma hakkı çerçevesinde kalmayacağına kararı vermiştir⁶⁹. Haber içeriğinde kişilik haklarına saldırı olmadığı müddetçe iki yıl gibi kısa bir zaman önce yayımlanmaya başlayan haber hakkında erişimin engellenmesi kararı verilmesi basın özgürlüğüne orantısız müdahale oluşturacaktır.

Yargıtaya göre üzerinden dokuz yıl geçen olay güncelliğini yitirmekte olup artık haberin doğru ve gerçek olmasının önemi bulunmamaktadır. Erişimin engellenmesi talep edilen haberin güncelliğini yitirmiş olması tek başına yeterli olmamakta, kamu yararı için gelecekte hatırlanmasının gerekip gerekmediği, istatistiki açıdan değerlendirilme işlevinin varlığı, haberin tarihsel değerinin bulunup bulunmadığı, habere konu kişinin tanınırlığı hususları birlikte değerlendirilerek sonuca varılmaktadır⁷⁰.

C. Habere Konu Kişi

Tanınmış kimselerle ilgili haberler, tanınmamış kimselerle ilgili yapılan haberlere nazaran toplumun daha çok ilgisini çekmektedir ve bu tür haberlerin haber değeri daha fazladır. Unutulma hakkı kapsamında erişimin engellenmesi kararı; ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve toplumun haber alma hakkını engellediği için istisnai bir yoldur. Özellikle siyasi kimliğe sahip kimseler ile kamu görevini yerine getiren kimselerin eylemlerini toplumun bilmesinde kamu yararı bulunmaktadır ve bu kimselerin eleştirilebilirlikleri diğer vatandaşlara göre daha fazladır⁷¹. İnsanların haklarında yapılan her olumsuz habere erişimin engellenmesi kararı verilmesi halinde ifade ve basın özgürlüğünden ve özgür bir siyasal ortamın varlığından söz edilemeyecektir.

⁶⁹ Yar. 19. CD, E. 2020/6868, K. 2021/1703, 17.02.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 05.08.2022).

⁷⁰ Yar. HGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, 17.06.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 02.08.2022).

⁷¹ TÜMAY, Murat, “Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi”, **Anayasa Yargısı**, C. 31, S. 1, 2015, s. 369.

Anayasa Mahkemesine yapılan A. B. ve V. B. Başvurusu'nda, siyasi kimliğe sahip başvuru sahipleri, iş ilişkisi nedeniyle çıkan kavganın adli makamlara intikal etmesi sonucu yayımlanan haberlere erişimin engellenmesini talep etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi başvuru tarihinde haberin yayım tarihinin üzerinden yedi yıl bir ay geçtiğini, hakkında haber yapılan kişilerin kimlikleri de göz önüne alındığında haberin güncelliğini ve kamuoyu ilgisini yitirmediğini belirterek başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁷². Başvuru konusu olayda haberin gerçeğe aykırı olduğu iddia edilmemiştir. Siyasi kimliğe sahip kişiler hakkında yapılan haberler toplumun bilgilendirilmesini sağlar ve siyasi partiler hakkında fikir edinilmesine katkıda bulunur. Olayın üzerinden yedi yıl bir ay geçmiş olması hususu da birlikte değerlendirildiğinde erişimin engellenmesi talebinin reddi kararıyla basın özgürlüğü, bilgiye ulaşma hakkı ve kişilerin manevi bütünlüğünün korunması hakları arasında adil bir denge kurulduğu kanaatindeyiz.

Sosyete hayatında tanınmış bir kimse 2018 yılında yayımlanan habere ilişkin olarak 2020 yılında erişimin engellenmesini talep etmiştir. Erişimin engellenmesi talebi sulh ceza hâkimliğince reddedilmiştir. Yargıtay, haberin güncelliğini koruduğu ve habere konu kişinin sosyete hayatında tanınmış bir kimse olması nedeniyle başvuru konusu habere toplumun ilgisi devam ettiği gerekçeleriyle erişimin engellenmesini talebinin reddi kararını yerinde bulmuştur⁷³. Yargıtayın iki yıl önce gerçekleşen ve habere konu kişinin toplumda tanınmış kişi olması nedeniyle erişimin engellenmesi talebinin reddi kararı aleyhine yapılan kanun yararına bozma istemini reddetmesi Anayasa Mahkemesi kararları ile aynı doğrultudadır. Aksinin kabulü halinde hakkında olumsuz haber yapılan her birey unutulma hakkının bulunduğu bahisle erişimin engellenmesi talebinde bulunacak ve habere erişim engellenecektir. İfade ve basın özgürlüğü yalnızca düşüncüyü açıklamayı değil, aynı zamanda toplumun bilgiye, güncel olaylara erişmesini de kapsar.

Anayasa Mahkemesi A. A. ve Ş. A. Başvurusu'nda başvuru tarihi itibarıyla haberin yayım tarihinin üzerinden beş yıl üç ay geçtiğini, haberin güncelliğini yitirmediğini ve kamuoyu ilgisinin devam ettiğini; bu nedenle unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmeyi zorunlu kılabilecek şartların ve derece mahkemesinin takdir yetkisine müdahaleyi gerektirecek bir durumun oluşmadığını belirt-

⁷² AYM, A. B. ve V. B. Başvurusu, B. No: 2014/4141, 04.10.2017 (Kararlar Bilgi Bankası) (E.T. 06.08.2022).

⁷³ Yar. 19. CD, E. 2020/6868, K. 2021/1703, 17.02.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 06.08.2022).

miştir⁷⁴. Sulh ceza hâkimliği erişimin engellenmesi talebinin reddi gerekçesi olarak ilgili haberlerin yayımlanmasında kamu yararı olduğunu, halka mâl olan kişilerle siyasal ve idari yaşam içindeki kişilerin hayatlarının toplumun ilgisini çektiği, okuyucunun dikkatini çekebilmek için haberi ilginç hale getirmenin basın hakkı ve görevi olduğu, yayınların içeriğinin bütün olarak değerlendirildiğinde hukuka uygun olduğunu ve basın özgürlüğü kapsamında kaldığını belirtmiştir. Ancak ilgili olay bir kişinin ölümüyle gerçekleşmiş, başvuruculardan birisi beraat etmiş, diğeri on yıl kasten öldürme suçundan ceza almıştır. Başvurucular ortak çocuklarının olduğunu, internette yer alan haberlerin yeni bir hayata başlamalarını engellediğini ifade etmiştir. Şöyle ki erişimin engellenmesi talep edilen yayınlarda “*yasak aşk cinayetine 10 yıl hapis*”, “*birçok kez cinsel ilişkiye girdim*”, “*yasak aşk cinayetinin zanlıları hâkim karşısında*”, “*öğretmenin katili sevgilisinin eşi çıktı*”, “*cinsel ilişkiye girdim, dost hayatı yaşamadık*” gibi başlıklar ve ifadeler kullanılmıştır. Karar tarihi itibarıyla olayın üzerinden sekiz yıl geçmiştir ancak halen başvurucuların ismi arama motoruna yazıldığında belirtilen başlıklar çıkmaktadır. Ayrıca öğretmen olan başvurucular, topluma mal olan ve siyasal ve idari yaşamda yeri olan kişiler değildir. Erişimin engellenmesi talebi reddedildiği için halen Anayasa Mahkemesi kararlarında başvurucuların isimleri gizlenmeden yer almaktadır. İlgili haberlere erişimin engellenmemesi ve başvurucuların isimlerinin gizlenmeden mahkeme kararının yayımlanması kanaatimizce başvurucuların Anayasa m.17’de düzenlenen kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını Anayasa m.20/3’te düzenlenen kişisel verilerin silinmesini talep etme hakkını ihlal etmekte ve Anayasa m.5’te düzenlenen devletin temel amaç ve görevleri arasında yer alan “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

SONUÇ

Kişinin hakkında yapılan haberlerin internet ortamında süresiz olarak tutulmasının kişiye ve topluma bir faydası bulunmamaktadır. Kişilik haklarına saldırı taşıyan ya da yayımlandığı tarihte doğruluk payı bulursa da zaman geçtikçe kamuoyu ilgisinin azaldığı ve yalnızca habere konu kişinin yaşamını etkileyen haberlerin unutulma hakkı kapsamında internetten çıkarılması mümkündür. Bireyler unutulma hakkını kullanırken ifade ve basın özgürlüğü ile toplumun bilgiye erişme hakkı zedelenmemelidir. Basının görevi, doğru ve güncel

⁷⁴ AYM, A.A. ve Ş.A Başvurusu, B. No: 2014 /18260, 04.10.2017, (Kararlar Bilgi Bankası) (E.T. 06.08.2022).

olayları tarafsız şekilde yayınlamak, böylece halkın bilgilendirilmesini sağlamaktır. İfade ve basın özgürlüğünün zedelenmemesi ve bilgiye erişim hakkının kısıtlanmaması amacıyla Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından bir yayının internetten çıkarılması için belli ve benzer kıstaslar öngörülmüştür. Yargıtay'a ve Anayasa Mahkemesine göre bir internet yayınının unutulma hakkı kapsamında internetten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, tarihsel bir veri olarak kabul edilememesi, güncelliğini yitirme, yayının kamu yararına katkısı, habere konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı ve toplumun ilgili yayına yönelik ilgisi her somut olay nezdinde incelenmelidir. İfade ve basın özgürlüğüne orantısız müdahale oluşturmaması için bir yayın hakkında erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için sayılan şartların tümünün sağlanması gerekmektedir. Söz gelimi herhangi bir olayın üzerinden on yıl geçmesine rağmen yargılama halen devam ediyorsa ya da şüpheliler henüz tespit edilememişse ilgili haberlerin yayımlanmasında kamu yararı bulunmaktadır. Tanınmış kimselerle ilgili haberler tanınmamış kimselerle ilgili haberlere göre kamuoyunun daha fazla ilgisini çekmektedir. Dolayısıyla tanınmış kimselerle ilgili haberler tanınmamış kimselerle ilgili yapılan haberlere nazaran güncelliğini daha geç yitirecektir.

Unutulma hakkı ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruması, itibarının korunması sağlanır. Ayrıca kişinin özel yaşam alanına dâhil olan kişisel verilerine sınırsız kimsenin erişmesi engellenir. Kişi, unutulma hakkını kullanarak yayından kaldırılmasını talep ettiği yayın, kişinin kimliğini belirli veya belirlenebilir kılmaktadır. Bu noktada kişisel veri güvenliğinin ve kişisel verilere saygının sağlanabilmesi için toplumun bu konuda bilinç kazanması önemlidir. Başkalarına ait verilerin gerek basın organlarıncı gerek basınla ilgisi olmayan bireylerce depolanıp yıllar sonra ifşa edilmesi halinde kişinin yargı makamlarına başvurarak ilgili yayının internetten çıkarılması sürecinde kişilik hakları saldırıya uğrayacak ve bu durum hayatını etkileyebilecektir. Nitekim Yargıtay ve Anayasa Mahkemesine göre de geçmişte işlenen suçlar bakımından yapılan haberlerde unutulma hakkının kullanılabilmesi için yargılamanın beraat ya da mahkûmiyetle sonuçlanması arasında bir fark bulunmamaktadır. Çünkü unutulma hakkı kişinin geçmişinden boyunduruğu altında yaşamak zorunda kalmadan temiz ve yeni bir sayfa açma olanağı sağlar.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

AKKURT, Ali, **Basın Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

AKKURT, Sinan Sami, “17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde ‘Unutulma Hakkı’”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C. 65, S. 4, s. 2605-2635.

APAYDIN, Cengiz, **Basın, Televizyon ve Radyo Yayınlarında: Cevap ve Düzeltme Hakkı, İnternette Erişimin Engellenmesi, Unutulma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

AYDIN, Akgül, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ ve AB Adalet Divanı’nın ‘Google Kararı’”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2015, S. 116, s. 11-38.

AYDIN, Akgül, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, **Danıştay Dergisi**, 2013, S. 133, s. 21-45.

BİLİR, Faruk, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’na İlişkin Değerlendirme ve İnternet Çağında Kişisel Verilerin Korunması”, **Anayasa Yargısı**, C. 37, S. 2, 2020, s. 305-342.

ÇELİK, Yeşim, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 8, S. 32, 2017, s. 391-410.

ÇINAR, Abdurrahim, “Unutulma Hakkının Ortaya Çıkış Serüveni ve Kapsamının Değerlendirilmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 13, S. 49, 2022, s. 551-584.

ÇIRAK, Ezgi; “Dijital Çağda Sonsuza Kadar Hatırlamaya Karşı: Unutulma Hakkı”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 13, S. 36, 2018, s. 161-189.

ELMALICA, Hasan, “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı”, **Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C. 65, S. 4, s. 1603-1636.

FORDE, Aidan, “Implications of the Right to be Forgotten”, **Tulane Journal of Technology & Intellectual Property**, 2015, s. 83-131.

- GÖRKEMLİ, Burcu, **Yargı Kararları Işığında Türk Hukuku'nda İnternet Erişiminin Engellenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- GÖZLER, Kemal, “Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanunun 9’uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi” **Rona Aybay’a Armağan Legal Hukuk Dergisi**, 2014, C. 1, Özel Sayı, s. 1059-1120.
- GÜNAY, Buket, “Kişilik Hakkı Perspektifinden Kadın Cinayetlerinde Hükümlünün Unutulma Hakkı”, **Yaşar Hukuk Dergisi**, 2021, C. 3, S. 2, s. 129-160.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN Muharrem, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2009, Y. 67, S. 4, s. 9-22.
- KABADAYI, Elif Sinem, **Dijital Çağda Hissedilen Unutulma İhtiyacı ve Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Yeni Bir Hak Olarak Unutulma Hakkı**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2021.
- KAHRAMAN, Zafer, **Unutulma Hakkı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- KAMA IŞIK, Sezen, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Özel Yaşam ve Kavramın Sonraki İnsan Hakları Belgelerine Etkisi”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 2022, s. 217-250.
- KAMA IŞIK, Sezen, **Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KARAN, Ulaş, **İfade Özgürlüğü - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2**, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.
- KOCA, Mahmut / İlhan, ÜZÜLMEZ, “**Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCM m.135)**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 69-93.
- KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- NALBANTOĞLU, Seray, “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 2018, Y. 9, S. 35, s. 583-605.
- OCAK, Ayşenur, “Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 9, S. 33, 2018, s. 507-535.
- SOYSAL, Tamer, “Unutulma Hakkının Avrupa Birliği’nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2019, S. 13, s. 339-422.
- SÖZÜER, Eren, **Unutulma Hakkı - İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- TANSUĞ, Çağla, “İdare Hukuku Perspektifinden Unutulma Hakkı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2021, s. 1565-1599.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rıfat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

- TURGUT, Cemile, **Kişilik Hakkının bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- TÜMAY, Murat, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2019, s. 117-130.
- TÜMAY, Murat, “Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi”, **Anayasa Yargısı**, C. 31, S. 1, 2015, s. 355-378.
- YILDIZ, Tuba; “Unutulma Hakkının Uygulanışı Açısından Arama Motorlarının Rolü”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2019, s. 399-431.
- YAVUZ, Can, **İnternet’teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması - Unutulma Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- YENİCE CEYLAN, Özge, “Unutulma Hakkının Basın Özgürlüğü Karşısındaki Konumu”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C. 3, S. 2, 2021, s. 1-14.

Milli Parkların Planlanması: Uzun Devreli Gelişme Planlarının İşlevi ve Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme^(*)

Planning of National Parks: An Investigation on the Function and
Legal Nature of Long-Term Development Plans

Harun YILMAZ^(**)

Öz:

Korunan alanlar, yaşamsal alanların, biyoçeşitliliğin, ekosistemin ve doğal kaynakların sürdürülebilirliğinin sağlanması amacıyla hizmet eden alanlardır. Korunan alanlar küresel ölçekli doğa koruma politikalarının somutlaşmış halidir. Doğal miras özellikleriyle korunan alan olarak muhafazası önem arz eden varlıklardan birisi de milli parklardır. Milli parklar, doğal, kültürel ve estetik kaynakların belki de en iyi örneklerini temsil etmektedir. Milli parkların bugünü ve geleceği için planlama faaliyeti vazgeçilmezdir. Milli parklarda hazırlanacak öncelikli planlar uzun devreli gelişme planlarıdır. Uzun devreli gelişme planları, milli park anlayışının doğup geliştiği ABD'deki master planlardan ilham almaktadır. Uzun devreli gelişme planları birçok uzmanlık alanından yetkin kişilerin ortak çalışmalarının sonucunda meydana gelecek çok yönlü, kapsamlı, kendine özgü ve özel amaçlı planlardır. Esasen uzun devreli gelişme planları milli parklara düzenli, tutarlı ve kapsayıcı bir çerçeve sunmaktadır. Uzun devreli gelişme planları, hem milli parkın fiziki yapısını ortaya koyan hem de milli park için benimsenecek strateji ile yürütülecek uygulamaları şekillendiren politika belgeleridir. Bu yönüyle uzun devreli gelişme planları tüm yönetim politikaları ve uygulamalarında sürekliliği hedefleyecektir. Yine milli parklar için hazırlanacak diğer planlara kaynaklık etmesiyle uzun devreli gelişme planları, söz konusu planlara yön verecektir. Uzun devreli gelişme planlarının önde gelen işlevi ise, tüm nesiller için milli parkların etkin korunması ile milli parklarda insan kullanımının sağlanması arasında en doğru uzlaşmayı temin etmektir. Gerçekten de gerek bugün gerekse gelecek için en ideal milli park yönetimi anlayışı, mümkün olduğunca zarar görmesi engellenen bu doğal güzelliklerin insan etkileşimleriyle kaynaştırılmasından geçmektedir. Çalışmada milli parklara ve milli parkların planlanmasına ilişkin verilecek bilgilerin ardından milli parklara özgü planlardan uzun devreli gelişme planlarının işlevi ve hukuki niteliği irdelenecektir.

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.05.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 07.06.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1357942>

Bu makaleye atf için; YILMAZ, Harun, "Milli Parkların Planlanması: Uzun Devreli Gelişme Planlarının İşlevi ve Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme", **İMİHFD**, C. 8, S. 2, 2023, s. 635-662

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / Sakarya - Türkiye
E-posta: harunyilmaz@sakarya.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0956-9717>

Anahtar Kelimeler:

Milli Park, Uzun Devreli Gelişme Planı, Master Plan, Korunan Alan, Koruma Amaçlı İmar Planı.

Abstract:

Protected areas serve the purpose of ensuring the sustainability of vital ecosystems, biodiversity, and natural resources. Protected areas represent the embodiment of conservation policies on a global scale. National parks, with their natural heritage characteristics, are one of the assets that are important to preserve as protected areas. National parks can be counted as the finest examples of natural, cultural, and aesthetic resources. Therefore, planning activity is essential for the current and future survival of national parks. The priority plans to be prepared in national parks are long-term development plans. The inspiration for long-term development plans comes from the master plans in the United States, where the concept of national parks first emerged and developed. Long-term development plans are multifaceted, comprehensive, unique, and special-purpose plans that result from the collaboration of competent people from various fields of expertise. Fundamentally, long-term development plans provide national parks with an orderly, consistent, and inclusive framework. Long-term development plans are policy papers that set out the physical structure of the national park and shape the strategies to be adopted and the practices to be implemented in the national park. In this regard, long-term development plans will aim to ensure the continuity of all management policies and practices. Long-term development plans, which will serve as a source for other plans to be prepared for national parks, will guide the plans in question. Moreover, the primary function of long-term development plans is to provide the most suitable agreement between the effective preservation of national parks for all generations and the provision of human use within national parks. Indeed, the ideal understanding of national park management for the present and the future is to combine these natural wonders, which are protected as much as possible, with human interactions. The present study will investigate the function and legal nature of long-term development plans, one of the plans unique to national parks, following information about national parks and their planning.

Keywords:

National Park, Long-Term Development Plan, Master Plan, Protected Area, Conservation Zoning Plan.

GİRİŞ

İnsanların ve doğal yaşamını sürdürmesi vazgeçilmez olan bitki ve hayvan topluluklarının yaşam alanlarının güvenceye alınması yahut doğal-kültürel değerlerin zarar görmesinin önlenmesi için belirli özellikler gösteren alanların korunması, üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir meseledir¹. Bu nedenle başta biyolojik, ekolojik, estetik özellikleriyle varlığını sürdürmesi gereken alanların koruma altına alınması zorunluluk arz etmektedir. Korunan alanlar olarak isimlendirilen bu alanlar, geliştirilmiş ve geliştirilecek ulusal ve uluslararası doğa koruma politikalarının esaslı unsurlarıdır². Korunması gerekli miras

¹ KILIÇ, Mahinur, *Türkiye’de Milli Parkların Gelişimi: Yozgat Çamlığı Milli Parkı Örneği*, SDÜSBE Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 31.

² DUDLEY, Nigel (Ed.), *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*, IUCN, Gland, Switzerland, 2008, s. 2.

özelliğiyle korunan alan niteliği kazanan yerler hukuki düzenlemelere konu olmaktadır ki, bunlar özelinde geliştirilen modern doğa koruma anlayışı 1900'lerin başından itibaren gelişim göstermeye başlamış, 1980'lerde bir disiplin olarak kabul görmüştür³. Korunan alanlar kültür varlıkları ya da tabiat varlıklarından oluşabileceği gibi, iki tür birlikte de korunan alanlarda mevcut olabilir. Bunlardan korunması gerekli doğal miras özelliği taşıyan korunacak alanlar, tabiat anıtı, tabiat parkı ya da tabiat koruma alanı gibi farklı statülerden oluşmaktadır⁴.

Koruma statüsü içerisine alınıp muhafazası gereken varlıklardan birisi de milli parklardır. Milli parklar çeşitli ve kimi zaman benzersiz doğal, bilimsel ve ekolojik değerleri barındırdığından vazgeçilmez önemdedir. Ayrıca tabii, arkeolojik, jeolojik, kültürel ve tarihi değerleriyle zenginlik arz eden milli parklar, geçmişle bugün arasında anlamlı bağlar kurulmasına katkı vermektedir⁵. İnsanın hem bugünü hem de yarını için bozulmamış değerlerin gereği gibi muhafaza edilmesinde milli parkların rolü eşsizdir⁶.

Sahip oldukları doğal güzellikler ve değerler, içinde yaşayan canlı çeşitliliği ya da ender rastlanır canlı türlerine ev sahipliği yapması, bir alanın milli park olarak kabulünde gözetilen etkenlerdir. Öte yandan özellikle insan tahribatları nedeniyle doğal alanlar ya da bu alanlarda yaşayan canlılar için oluşan tehlike, alanın milli park kabul edilmesinin gerekçeleri arasındadır. Yasa dışı ağaç kesimi ve avlanma, maden faaliyetleri, kaçak yapılaşma, yoğun turizm amaçlı kullanımlar ya da altyapı çalışmaları, ilk bakışta insan tahribatları arasında sayılabilecek örneklerdir. Bu yönüyle milli parklar, insanların kontrolsüz kullanımları ya da tahribatlarından doğanın korunduğu alanlardır.

Hukuki düzenlemelerden hareketle korunacak alanın milli park olarak belirlenmesi, alanın fiziksel sınırlarının çizilmesi suretiyle bu alanların planlı şekilde tasarlanmasını kolaylaştırmaktadır. Ayrıca korunacak alanlardaki planlama, geleceğe yönelik hedeflerin oluşturulmasına ve bunların zaman içerisinde gerçekleştirilmesine katkı verecek faaliyetleri konu almaktadır. Bu bağlamda milli parklarda yapılacak planlama, bahsi geçen alanlardaki faaliyetlerin koru-

³ ÜLGEN, Hüma / ZEYDANLI, Uğur (Ed.), **Orman ve Biyolojik Çeşitlilik**, Doğa Koruma Merkezi, Ankara, 2008, s. 120.

⁴ ERÖKSÜZ, Can, **Korunan Alanlar Doğal Sit ve İlgili Mevzuat**, Adalet Yayınları, Ankara, 2016, s. 2.

⁵ LEMONS, John / STOUT, Dean, "National Parks Legislative Mandate in the United States of America", **Environmental Management**, Vol. 6, No. 3, 1982, s. 199-207, s. 199.

⁶ FORSTER, Richard R., **Planning for Man and Nature in National Parks**, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, Morges, Switzerland, 1973, s. 10.

ma-kullanma dengesi gözetilerek kontrollü ve amaca uygun gerçekleştirilmesini sağlayacaktır. Ancak her halde milli parklardaki planlama ile elde edilmek istenen öncelikli amaç, alanların gereği gibi korunabilmesini temindir.

Milli parkların planlamasında uzun devreli gelişme planları, milli parklara özgü bir plan türüdür. Bahse konu planlar, milli parkın korunması, genel kullanımını, yönetimi ve geliştirilmesi için kılavuz ilkeler oluşturan⁷, siyasi ve idari politikalarla uyum göstermesi gereken belgelerdir. Alanın korunma amaçlarına, çevresiyle ilişkisine, kaynak değerlerine ve -varsa- hangi insani ihtiyaçları karşılaması gerektiğine dair hedefleri belirleyen uzun devreli gelişme planları, alanın yönetiminde başvurulacak rehber niteliğindedir. Korunan alan türlerinden milli parklara özümlenecek çalışmada, milli parkların planlanmasına ilişkin genel bilgilerin verilmesinin ardından milli parklara özgü plan türü olan uzun devreli gelişme planlarının mahiyeti inceleme konusu yapılacaktır.

I. BİR KORUNAN ALAN ÖRNEĞİ: MİLLİ PARKLAR

A. Korunan Alan Kavramı

Korunması gerekli varlıkların birbirleriyle, buldukları yerle ve çevreyle oluşturdıkları anlamlı görünümün korunması adına bütüncül yaklaşımla ele alınıp özel statü tanıyan alanlara korunan alanlar denilmektedir. Esasen korunan alanlar, küresel anlamda dikkatlerin üzerine toplandığı doğa koruma çabalarının somut örnekleridir⁸. Belirli alanların korunan alan statüsüne kavuşturularak muhafaza edilmesinin iki temel sebebe dayandığı söylenebilir. Bunlardan ilki, alanda yer alan doğal ve kültürel değerlerdir. Bunun yanında alandaki değerlerin yitirilmemesi için insan müdahalelerinin sınırlandırılması zorunluluğu, alanın korunan alan olmasının sebeplerinden bir diğeridir. Dahası insan müdahaleleri haricinde alanın meydana gelecek doğa olaylarından ya da alanda yaşayan canlılardan kaynaklı olası zararlardan da planlı biçimde korunabilmesi, alanın korunan alan olarak belirlenmesinin gerekçeleri arasında sayılmalıdır. Alanın korunan alan niteliğine kavuşturulması, alanın hüviyetini bozucu müdahalelere engel olacak, böylece sahip olunan değerlerin gelecek nesillere gereği gibi aktarılabilmesi temin edilecektir.

Korunan alanlar, doğal, kültürel, arkeolojik ya da tarihi değerlerden olmaları hasebiyle buldukları yerlerin, daha ötesinde tüm dünyanın korunmasından

⁷ THOMAS, Lee / MIDDLETON, Julie / PHILLIPS, Adrian, (Series Ed.), **Guidelines for Management Planning of Protected Areas**, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK, 2003, s. 8.

⁸ KUVAN, Yalçın, "Korunan Alan Yönetiminin Genel Esasları ile Ülkemizdeki ve Bolu Yöresindeki Korunan Alanların Bir Değerlendirmesi", **İÜOFD**, C. 49, S. 1-2-3-4, 1999, s. 65-75, s. 73.

yarar göreceği miraslar arasında yer alabilir. Korunan alanlar, kaybolma ya da zarar görme tehlikesi altındaki yerlerin, ekosistemin, biyoçeşitliliğin ve biyolojik dengenin korunmasının yapı taşlarıdır. Bu nedenle korunan alanlar, günümüz dünyasında biyoçeşitliliğin ve canlı türlerinin korunmasını sağlayacak önemli ve etkili araçların başında gelmektedir. Diğer taraftan koruma-kullanma dengesi içerisinde korunan alanların sınırlı-denetimli kullanımları, kırsal kalkınma, eğitim-öğretim, turizm gibi alanlarda sosyo-ekonomik bir işlev görebilir⁹. Yine korunan alanlar, insan psikolojisi ve sağlığı üzerinde olumlu ruhsal-bedensel etkileri sayesinde günlük yaşamın gerginliğinin azaltılmasına, sosyal hayatın sağlıklı sürdürülmesine pekâlâ vesile olabilir. Buradan hareketle başta siyasi ya da ekonomik olmak üzere farklı çıkarlar bir tarafa bırakılarak ihtiyaç halinde korunan alanların sayısının ve yüzölçümlerinin artırılması, yukarıda sayılan hedeflere ulaşma yolunda öncelikli strateji olarak benimsenmelidir.

Korunan alanlar, ulusal ve uluslararası doğa koruma çabalarının somut görünümüdür. Uluslararası ölçekte Birleşmiş Milletlerin bir organı olan UNESCO'nun girişimiyle 1948'de korunan alan sistemlerinin kriterlerini oluşturan neredeyse tek otorite konumundaki¹⁰ Uluslararası Doğa ve Doğal Kaynakları Koruma Birliği ("*International Union for Conservation of Nature and Natural Resources-IUCN*") kurulmuştur. Türkiye'den üyelerin de bünyesinde yer aldığı IUCN, doğal kaynakların korunması amacıyla kurulmuş uluslararası bir organizasyondur. IUCN, doğanın bütünlüğü ile çeşitliliğini korumak ve doğal kaynakların her türlü kullanımının adil biçimde ve ekolojik hassasiyetlerle sürdürülebilir olmasını sağlamak için ülkeleri etkileme, teşvik ve yardım etme amaçlarıyla hareket etmektedir. IUCN, doğal kaynakları yerel, bölgesel ve küresel düzeyde korumak, küresel işbirliklerini desteklemek için üyelerinin, ağlarının ve ortaklarının güçlü yanlarını geliştirmektedir¹¹. IUCN korunan alanı, "*doğanın ve ilişkili ekosistem hizmetlerinin ve kültürel değerlerin uzun vadede korunabilmesi amacıyla açıkça tanımlanmış coğrafi sınırları olan, yasal ve/veya diğer etkin yöntemlerle yönetilen alan*" şeklinde tanımlamaktadır¹². Yapılan tanımdan anlaşıldığı kadarıyla korunan alanların mevzuatla çerçevesi çizilmek suretiyle yönetilmesi, koruma amaç ve hedeflerine ulaşabilmek adına zorunluluk arz etmektedir.

⁹ KUVAN, Yalçın, "Korunan Alan Yönetiminde Etkinliğin Önemi ve Değerlendirilmesi", **Korunan Doğal Alanlar Sempozyumu**, SDÜ, Isparta, 2005, s. 81-89, s. 82.

¹⁰ EROĞLU, Semih, "Milli Parklar Kanununda Belirlenen Korunan Alan Metodolojisi", **Denetim**, S. 13, 2014, s. 85-90, s. 86.

¹¹ IUCN, **Guidelines for Protected Areas Management Categories**, IUCN Publications, 1994, s. 2.

¹² IUCN, "Effective Protected Areas", (Çevrimiçi) <http://www.iucn.org>, E.T. 07.05.2023.

B. Bir Korunan Alan Olarak Milli Parklar

Korunan alanlar, IUCN'nin 1994'te yayımladığı bir raporda altı kategoriye ayrılmıştır. Kategoriler aracılığıyla IUCN, korunan alanların nasıl sınıflandırılabilirliği konusunda ülkelere çerçeve çizmektedir¹³. IUCN'nin belirlediği korunan alan kategorileri şöyledir¹⁴:

Kategori I : Mutlak Doğa Rezervi / Vahşi Yaşam Alanı ("*Strict Nature Reserve / Wilderness Area*");

Kategori II : Milli Park ("*National Park*");

Kategori III : Tabiat Anıtı ("*Natural Monument*");

Kategori IV : Habitat / Tür Yönetim Alanı ("*Habitat / Species Management Area*");

Kategori V : Kara / Deniz Peyzajı Koruma Alanı ("*Protected Landscape / Seascape*");

Kategori VI : Yönetilen Kaynak Koruma Alanı ("*Managed Resource Protected Area*").

Kategori II'de yer alan milli parklar, esasında ekosistemin korunması ve rekreasyon için yönetilen korunan alan statüsündedir¹⁵. IUCN'nin milli park kriterlerinden ilki, alanın bitki ve hayvan türleri, habitatlar, jeomorfolojik alanlar ya da özel manevi, bilimsel, eğitici ve turistik öneme sahip büyük doğal bölgeler için bir örnek teşkil etmesi iken; ikincisi alanın, insan tahribatlarıyla özü bozulmamış bir veya birden fazla ekosistemin tamamını içerecek ölçüde geniş olmasıdır¹⁶. Buna göre bir alan, korunmaya ihtiyaç duyulup hali hazırda korunabilir ve doğal, kültürel veya rekreasyonel kaynak değerleri açısından az bulunur nitelikteyse milli park olabilir¹⁷. Aslında milli parklar, doğal, rekreasyonel, tarihi, kültürel, arkeolojik alanların türlü koleksiyonudur¹⁸. Milli parklar gibi genellikle ziyaret edilebilen koruma alanları

¹³ DAVEY, Adrian G., Ed. PHILLIPS, Adrian, **National System Planning for Protected Areas**, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK, 1998, s. 5.

¹⁴ IUCN, **Guidelines for Protected Areas Management Categories**, s. 5 vd.

¹⁵ HOU, Jinglu, "Research on the Planning and Management of National Parks: Based on the Public Engagement Mechanism", **Journal of Building Construction and Planning Research**, 7, 2019, s. 32-38, s. 32.

¹⁶ IUCN, **Guidelines for Protected Areas Management Categories**, s. 19.

¹⁷ CIRIK, Umut, "Milli Parklar ve Uzun Devreli Gelişme Planları", **Planlama**, 2007/1, s. 45-50, s. 46.

¹⁸ KEITER, Robert B., "The National Park System: Visions for Tomorrow", **Natural Resources Journal**, Vol. 50, Issue 1, 2010, s. 71-110, s. 74.

sağlıklı, mutlu ve huzurlu bir toplum ile yaşanabilir bir çevrenin inşası adına gereklidir¹⁹. Bu doğrultuda milli parklar, mevcut ve gelecek nesiller için ekosistem(ler)in bütünlüğünü koruma; zarar verici eylem ve işgalleri alandan uzak tutma; çevresel ve kültürel uyum sağlanarak ziyaretçilere manevi, bilimsel, eğitici, eğlendirici fırsatlar tanıma amaçlarına yönelmektedir²⁰.

Mevzuatta korunan alanlar üzerinden milli parkların nitelendirildiği görülmektedir. Korunan Alanlarda Yapılacak Planlara Dair Yönetmelik (KAYPDY) m.3/1-h uyarınca korunan alanlar, “*milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları, tabiat koruma alanları, doğal sit alanları, sulak alanlar, özel çevre koruma bölgeleri ve benzeri koruma statüsü bulunan, biyolojik çeşitliliğin, doğal ve bunlarla ilişkili kültürel kaynakların korunması ve devamlılığını sağlamak amacıyla ilgili mevzuata göre tespit edilen ve yönetilen kara ya da deniz alanı*”dır. Milli Parklar Kanunu (MPK) m.2-a uyarınca milli parklar ise, “*bilimsel ve estetik bakımından, milli ve milletlerarası ender bulunan tabii ve kültürel kaynak değerleri ile koruma, dinlenme ve turizm alanlarına sahip tabiat parçaları*”dır²¹. Neticede milli parklar, bir tür doğa rezervi olup, doğal yaşamın bozulmadan gelişme gösterebilmesi, ekosistemin bozulmaması ve biyolojik çeşitliliğin sürdürülebilmesi hedefleriyle koruma altına alınan alanlardır.

C. Milli Parkların Doğuşu ve Tarihsel Gelişimi

Milli parklar, doğal ve kültürel mirasın korunması taahhüdünün saygın bir sembolü olarak öne çıkmaktadır²². Milli park fikri ABD’de ortaya çıkarak gelişme göstermiş²³, ilk milli parklar muhteşem dağlık manzaraların korunması için tasarlanmıştır²⁴. Dünyanın ilk milli parkı ise 1870’de bölgenin keşfinin ardından 1872’de kurulan ABD Yellowstone milli parkıdır²⁵. “*Şimdiye kadar sahip olduğumuz en iyi fikir (‘the best idea we ever had’)*”²⁶ şeklinde nitelenen

¹⁹ AKIN, Galip, “Yozgat Çamlığı Milli Parkı’nın Özellik ve Gizemleri”, **Afet ve Risk Dergisi**, 2(2), 2019, s. 105-114, s. 108.

²⁰ IUCN, **Guidelines for Protected Areas Management Categories**, s. 19.

²¹ Aynı tanım KAYPDY m.3/1-j’de de yer almaktadır.

²² KEITER, s. 72.

²³ HOU, s. 32; RUNTE, Alfred, **National Parks-The American Experience**, Taylor Trade Publishing, UK, 2010, s. 95.

²⁴ KEITER, s. 74.

²⁵ SHAFER, Craig L., “History of Selection and System Planning for US Natural Area National Parks and Monuments: Beauty and Biology”, **Biodiversity and Conservation**, 8, 1999, s. 189-204, s. 189; KEITER, s. 72; FEISS, Carl, “National Park and Monument Planning in the United States”, **The Town Planning Review**, Vol. 21, No. 1, 1950, s. 40-56, s. 44.

²⁶ KEITER, s. 72; RUNTE, s. 239.

Amerikan milli park fikri, doğa koruma amacının dünya çapında modeli olma özelliğini haizdir²⁷. Bu yönüyle ABD haricindeki ülkelerde milli park sistemleri büyük ölçüde Amerikan konseptine dayanmaktadır²⁸.

ABD’de 1916’da yürürlüğe giren Milli Parklar Organik Kanunu (“*National Parks Organic Act*”) erken dönem münferit parkları ve anıtları tek bir milli park sisteminde birleştirerek onlar için tek tip yönetim standardı getirmiştir²⁹. Kanun aracılığıyla resmi milli park anlayışını inşa edecek Milli Park Hizmeti (“*National Park Service-NPS*”) oluşturulmuştur. Genel hatlarıyla NPS, milli parklara ait manzara ile içerisindeki doğal / tarihi varlıklar ile yaban hayatının korunması ve buralarda yer alıp herhangi bir tahribata uğraması önlenecek kaynaklardan gereğince istifade edilebilmesi için milli parkların yönetiminden sorumludur³⁰. Dolayısıyla NPS bir yandan milli parkların insanlarca kullanımını sağlama; diğer yandan kullanımlardan doğabilecek tahribatları önleme göreviyle aslında birbirini zorlayan iki yönlü süreç yürütmektedir³¹. NPS, ABD’de 80 milyon dönümü aşan bir alanı yönetmektedir³². ABD’de milli park sistemi ulusallık arz ederken, milli parkların yönetimi örneğin milli park anlayışı güçlü Avustralya’da eyalet ve yerel makamlar; Kanada’da ise eyaletler eliyle yürütülmektedir³³.

ABD sayesinde gelişen hassasiyetin akabinde özellikle Avrupa’da milli parkların gelişimi, ABD’yi takip eden bir seyir izlemiştir³⁴. Örneğin İngiltere’de milli parklar, 1949’da Milli Parklar ve Kırsal Alana Erişim Kanunu (“*National Parks and Access to the Countryside Act*”) ile düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun ile alanların doğal güzelliğinin, vahşi yaşamın ve kültürel mirasın korunup geliştirilmesi ve bu alanların özel niteliklerinin halk tarafından anlaşılabilir olarak kullanılabilmesi için fırsatların teşvik edilmesi amaçlanmaktadır³⁵.

Milli parkların yönetiminden sorumlu ulusal bir yönetimden ziyade İngiltere’de parklar, Milli Park Otoritesi (“*National Park Authority-NPA*”) olarak bili-

²⁷ FORSTER, s. 15; RUNTE, s. 95; KEITER, s. 72; WINKS, Robin W., “The National Park Service Act of 1916: ‘A Contradictory Mandate’?”, *Denver Law Review*, 74(3), 1997, s. 575-624, s. 575.

²⁸ FORSTER, s. 15.

²⁹ KEITER, s. 75.

³⁰ LEMONS / STOUT, s. 199; WADE, John W., “Importance of Legal Authorities: How National Park Service Operations Relate to Law and Policy”, *Journal of Interpretation Research*, Vol. 15, No. 2, 2010, s. 33-39, s. 34-35.

³¹ ANTOLINI, Denise E., “National Park Law in the U.S.: Conservation, Conflict and Centennial Values”, *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, Vol. 33, Issue 33, 2009, s. 851-921, s. 856.

³² ANTOLINI, s. 853.

³³ WINKS, s. 576.

³⁴ RUNTE, s. 95.

³⁵ BUTLER, Tim, “An Overview of the National Parks System in England & Wales”, *Revue Juridique de l’environnement*, Vol. 43, 2018/2, s. 317-328, s. 318.

nen bağımsız, özel amaçlı otorite ya da yerel otorite (ör, belediye) eliyle yönetilmektedir³⁶. Dikkat çekici biçimde İngiltere'deki milli park arazilerindeki kamu mülkiyetinin çok az olduğu, arazilerin büyük çoğunluğunun çiftçiler ve koruma dernekleri dâhil olmak üzere özel kişilere ait olduğu tespiti yapılmaktadır. Her ne kadar mevzuat devlete özel kişilerin elindeki arazileri satın alma ya da kamulaştırma yetkisi vermiş olsa da araziler üzerinde kamu mülkiyeti oluşturmaya dönük itici gücün bulunmadığı da doktrinde ayrıca not edilmektedir³⁷. İngiltere'deki milli park anlayışı IUCN'nin korunan alan sınıflandırmasındaki Kategori II ile aynı anlama gelmemektedir. Daha ziyade buradaki milli parklar Avrupa'daki en uzun yerleşik Kategori V: kara / deniz peyzajı koruma alanlarından oluşmaktadır³⁸. Eklenmelidir ki, 1949 Kanunu milli parklar yanında ikinci bir doğa koruma statüsü öngörmüştür. Olağanüstü Doğal Güzellik Alanı ("*the Area of Outstanding Natural Beauty-AONB*") olarak ifade edilebilecek bu alanlar, milli parklara benzer bir süreç işletilerek belirlense de, bir alanı AONB olarak belirleyecek kriter, arazinin doğal güzelliği ile sınırlıdır. Milli parkların aksine AONB'lerin öngörülme amacında yaban hayatından, kültürel miras örneklerinden ya da insan kullanımından bahsedilmez. Aynı alan hem AONB hem de milli park olamaz³⁹.

Türkiye'de milli park kavramının ilk kez İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi'nde görevli Prof. Dr. Selahattin İnal'ın 1948'de yayımlanan "Tabiatı Koruma Karşısında Biz ve Ormancılığımız" adlı eserinde kullanıldığı aktarılmaktadır⁴⁰. Türkiye'de milli parklar ilk kez 1956'da yürürlüğe giren 6831 sayılı Orman Kanunu ile yasal düzenlemeye konu olmuştur. Kanun, gerek görüldüğünde bir alanın milli park olarak belirlenmesinde, düzenlenmesinde, yönetilmesinde, gerekiyorsa işletilmesinde ya da işlettirilmesinde Orman Genel Müdürlüğünü yetkili kılmıştır (m.25⁴¹). Akabinde Türkiye'de 1958'den itibaren milli parklar kurulmaya baş-

³⁶ THOMPSON, Nicola / GARRAD, Guy / RALEY, Marian, "Planning and Sustainable Land Management in England's National Parks", **Management & Policy Issues**, Vol. 6, No. 1, 2014, s. 67-69, s. 67.

³⁷ BUTLER, s. 321.

³⁸ BUTLER, s. 319; THOMPSON / GARRAD / RALEY, s. 67.

³⁹ BUTLER, s. 327.

⁴⁰ BAYER, M. Zekai, "Milli Parklar ve Türkiye Açısından Önemi, Alınması Gereken Önlemler (II)", **Anatolia**, Ocak-Haziran 1994, s. 53-57, s. 53.

⁴¹ Orman Kanunu

"VI. Milli parklar:

Madde 25 - (Değişik: 23/9/1983 - 2896/15 md.) - Orman Genel Müdürlüğü; mevkii ve özelliği dolayısıyla lüzum göreceği ormanları ve orman rejimine giren sahaları; bilim ve fennin istifadesine tahsis etmek, tabiatı muhafaza etmek, yurdun güzelliğini sağlamak, toplumun çeşitli spor ve dinlenme ihtiyaçlarını karşılamak, turistik hareketlere imkan vermek maksadıyla, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları, tabiatı koruma sahaları ve orman mesire yerleri olarak ayırır, düzenler, yönetir ve gerektiğinde işletir veya işletirir."

lanmış olup, 05.02.1958 tarihinde Yozgat Çamlığı Milli Parkı, ülkemizin ilk milli parkı ilan edilmiştir⁴². Nihayet milli parklar, 1983’de yürürlüğe giren 2873 sayılı MPK ile müstakil bir kanuni düzenlemeye konu edilmiştir. MPK, doğal ve kültürel yönden kıymetli olup korunması gereken alanlara özel statü getiren özel bir kanundur⁴³. MPK’da milli parkların öncelikle devamlılıkları için korunmaları, ardından planlı ve kontrollü gelişip varlıklarını sürdürmeleri temel hedeftir. Kanun, “*yurdumuzdaki milli ve milletlerarası düzeyde değerlere sahip milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanlarının seçilip belirlenmesine, özellik ve karakterleri bozulmadan korunmasına, geliştirilmesine ve yönetilmesine ilişkin esasları düzenleme*” amacına matuftur (m.1).

D. Milli Park Kararı ve Sonuçları

Bir yerin milli park olarak belirlenebilmesi, öncelikle o yerin Milli Parklar Yönetmeliği (MPY)’nde sayılan milli park olma ölçütlerini haiz olmasıyla mümkündür⁴⁴. Bir yerin milli park karakterine sahip olup olmadığı tespitini Tarım ve Orman Bakanlığı yapacak, yapılan tespitin ardından ilgili yer Cumhurbaşkanı kararı ile milli park olarak belirlenecektir (MPK, m.3). Milli park olarak tayin ve tespit edilen yerlere dair uygulama statüleri ile sınırları mahallen ayrıca duyurulacaktır (MPY, m.9).

Bir yerin milli park olmasından önce Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen tespit işlemi, nihai işlem öncesi gerçekleştirilen hazırlık işlemidir⁴⁵. İcrai olmayan hazırlık işlemlerinin tek başına dava konusu edilmesi mümkün olmasa da nihai işlem için açılan davada hazırlık işleminin hukuka uygunlu-

⁴² AKIN, s. 107.

⁴³ Dan. İDDK, E. 2010/3572, K. 2014/262, 06.02.2014, (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁴ Milli Parklar Yönetmeliği

“*Milli Park ve Tabiat Parkı Kriterleri*

Madde 6 - A) Milli Park olarak ayrılacak yerlerde;

1 - Tabii ve kültürel kaynak değeri ile rekreasyonel potansiyeli, milli ve milletlerarası seviyede özellik ve önem taşımaktadır.

2 - Kaynak değerleri, gelecek nesillerin miras olarak devralacakları ve sahip olmaktan gurur duyacakları seviyede önemli olmalıdır.

3 - Kaynak değerleri tahrip olmamış veya teknik ve idari müdahalelerle ıslah edilebilir durumda olmalıdır.

4 - Saha büyüklüğü, kaynak değerleri kesafeti yönünden, özel haller ve adalar dışında, en az 1000 hektar olmalı ve bu alan bütünüyle koruma ağırlıklı zonlardan meydana gelmelidir. İdari ve turistik amaçlı geliştirme alanları bu asgari saha büyüklüğünün dışındadır.”

⁴⁵ Aynı yönde bkz. KALABALIK, Halil, **İmar Hukuku**, C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 3312-3313.

ğunun da irdeleneceği söylenmelidir⁴⁶. Tespit işlemindeki sakatlıklar (ör, tespitin uzmanlarca yapılmaması, uzmanların gerekli incelemeleri gerçekleştirmemesi, alanın milli park kriterlerini taşımaması) nihai işlem olan Cumhurbaşkanlığı kararını da hukuka aykırı kılacaktır. Zira Cumhurbaşkanlığı kararının esasını yerin milli park olarak belirlenmesi yönünde Tarım ve Orman Bakanlığı'nın yaptığı tespit oluşturmaktadır.

Bir yeri milli park olarak belirleyen Cumhurbaşkanlığı kararının idari işlem olduğu konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte, maddi açıdan yapılan tasnifte işlemin hangi kategoriye dâhil olduğu meselesi üzerinde durulmalıdır. Burada konumuzla gösterdiği benzerlik nedeniyle bir alanı sit alanı olarak belirleyen kararların niteliği hakkındaki görüşleri aktarmak gerekirse; sit kararları GÖZLER'e göre, "ara işlem"⁴⁷; ÇOLAK'a göre, genel nitelikte, düzenleyici olmayıp sürekliliği olan "genel karar"⁴⁸; SANCAKDAR / YAĞCI / TAŞYILDIZ / ÇIRAK'a göre ise, düzenleyici işlem niteliği ağır basan "karma işlem"⁴⁹dir. Sit kararı ile birlikte alandaki tüm taşınmazlar bu statüden etkilendiğinden sit kararı etkilediği taşınmazlar yönünden genel niteliğe sahiptir. Ancak bölge itibarıyla belirli ve sınırlı bir genellikten bahsedilmesinden ötürü sit kararının düzenleyici işlemin mahiyetine tam anlamıyla uyum gösterdiğini söylemek güçtür. Öte yandan şart işlemler genel nitelik göstermez iken sit kararları alanla sınırlı genellik göstermektedir.

Konumuz özelinde KALABALIK, bir yeri milli park olarak belirleyen işlemin "şart işlem" olduğu kanısındadır⁵⁰. Öncelikle milli park kararıyla birlikte tıpkı sit kararlarında olduğu gibi şart işlemlerin aksine alandaki tüm varlıklar alınan karardan etkilenmektedir. Öte yandan bunların belirli ya da belirlenebilir olması işlemin tipik düzenleyici işlem sayılmasına engeldir. Düzenleyici ve şart işlemin yanı sıra genel karar, düzenlendiği anda belirli bir bölgeye ya da sayıca belirli yahut belirlenebilir birden fazla kişiye / nesneye yönelerek onların hukuki durumları üzerinde etki gösterir. Yine genel karar, muhatapları bakımından genel bir durum yaratsa da soyutluk ve kişilik dışılık arz etmez⁵¹. Aktarılan hu-

⁴⁶ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 342.

⁴⁷ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. I, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 772 vd.

⁴⁸ ÇOLAK, Nusret İlker, **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 565.

⁴⁹ SANCAKDAR, Oğuz / YAĞCI, Pınar / TAŞYILDIZ, Şükür / ÇIRAK, Ezgi, **Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 688.

⁵⁰ KALABALIK, s. 3312.

⁵¹ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 359-360.

suslar ışığında, bir yeri milli park olarak belirleyen işlemin tipik düzenleyici ya da şart işleminden ziyade şart işleme yaklaşan bir genel karar özelliği gösterdiği kanaatindeyiz.

II. MİLLİ PARKLARIN PLANLANMASI

A. Genel Olarak Milli Parkların Planlanması: Mevzuat Üzerinden Bir Okuma

1. Uzun Devreli Gelişme Planları

Milli parklarda hazırlanması gereken öncelikli plan, uzun devreli gelişme planı (UDGP)dir. UDGP, “*ilgili bakanlıkların olumlu görüşleri ve gerektiğinde fiili katkılarıyla*” Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından hazırlanır ve yürürlüğe konulur (MPK, m.4; MPY, m.11)⁵². KAYPDY m.3/1-s’de yer verilen tanımıyla UDGP, “*milli park olarak belirlenen yerlerin özellik ve nitelikleri göz önünde tutularak, koruma ve kullanma amaçlarını gerçekleştirmek üzere kuruluş, geliştirme ve işletilmelerini kapsayan (...) planlar*”dır⁵³. Doktrinde korunan alanlar üzerinden yapılan tanımlamaya göre UDGP, “*koruma bölgelerinin sahip olduğu kaynakların korunması, geliştirilmesi ve uzun vadede devamlılığının sağlanması adına yapılan teknik, sosyal ve ekonomik yönlü planlar*”dır⁵⁴.

Korunan alanlara özgü yapılabilecek UDGP, milli parklar özelinde o milli parkın mahiyetine uygun olmalıdır. Belirtildiği üzere hazırlanacak UDGP’de milli parklardaki koruma-kullanma dengesinin gözetilmesi şarttır (MPK, m.4). Esasında UDGP ile ulaşılmak istenen temel hedef, milli parkların kaynak değerlerinin korunarak kullanılmasını temin etmektir. Koruma-kullanma dengesini bozacak olası tahribatları önlemek adına UDGP, kendisiyle etkileşim içerisinde olan yerleşim yerlerinin olumsuz etkilerinden milli parkların korunması ve milli parkları etkileyecek sosyo-ekonomik faaliyetlerin düzenlenmesi amacıyla yönelmektedir (KAYPDY, m.6/1-a).

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. a. II, B, 2.

⁵³ Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği m.4/1-1’de UDGP için daha geniş bir tanım yapılmaktadır. Buna göre UDGP, “*milli parklar (...) gibi korunan alanın sahip olduğu özellik ve nitelikleri göz önünde tutularak kaynak değerlerinin korunması, geliştirilmesi ve uzun dönemde sürdürülebilirliğinin sağlanması için teknik, sosyal, ekonomik, eylem ve yönetim modellerinin belirlendiği, ilişkilerin kurulduğu, bölgelemeye dayalı ekosistem yaklaşımı plan*”dır. Aynı Yönetmeliğin bir başka maddesinde UDGP, “*(...) mekânsal planlama kademelenmesinde yer almayan, planlara girdi sağlayan ve imar planı kararlarına veri oluşturan veya gerektiğinde mekânsal planların uygulanmasına yönelik araç ve ayrıntıları da içerebilen, stratejik plan yaklaşımı ile gerektiğinde şematik ve grafik planlama dili kullanılarak yapılan, plan paftası, eylem planı ve planlama raporu ile bütün olan çalışmalar*” olarak tanımlanmaktadır (m.6/7).

⁵⁴ AKDEMİR, Büşra, “İmar Planlarında Hiyerarşi”, **Konya Barosu Dergisi**, S. 1, 2021, s. 133-173, s. 153.

2. Çevre Düzeni Planı ile Nazım ve Uygulama İmar Planları

Milli parklarda UDGP'yi çevre düzeni planı ile nazım ve uygulama imar planları izleyecektir ki milli parklarda UDGP'nin ardından gerektiğinde çevre düzeni planı ile nazım ve uygulama imar planı hazırlanabilir. Milli parkın özellikleri (büyüklüğü, yeri vb.) ve kendisine atfedilen önem, çevre düzeni planına hâkim kılınacak olup, çevre düzeni planı UDGP'nin ilke ve kuralları ışığında hazırlanacaktır. Esasen çevre düzeni planı, alt ölçekli planları yönlendirme işleviyle planlamaya konu alanın kullanımında gözetilecek kriterleri ortaya koymaktadır.

Şayet UDGP'de iskân ve yapılaşmaya konu olabilecek yerler belirlenmişse, söz konusu yerler için 1/5000 ölçekli nazım ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planının hazırlanması mevzuat gereğidir (KAYPDY, m.6/1-c). Yinelenmelidir ki hazırlanacak nazım ve uygulama imar planları, UDGP'nin hüküm ve kararlarına aykırı olamaz (MPK, m.4). MPY, UDGP'ye uygun olarak hazırlanacak uygulama imar planlarının, "*mahalli gelişme planı karakteri*"ne sahip olduğunu söylemektedir. MPK gibi MPY de imar planlarının UDGP ilke ve kararlarına uygun ve UDGP'de belirlenen iskân ve yapılaşmaya konu olabilecek yerler ile sınırlı kalacak biçimde hazırlanabileceğini hüküm altına almaktadır (m.12).

MPK'da, imar planlarının UDGP'ye uygun olarak hazırlanmasından bahsedilmiş ancak planları kimin hazırlayacağı belirlenmemiştir. MPK m.4'te imar mevzuatına göre hazırlanacağı söylenen planların hazırlanması konusunda genel hükümlere gidilmesi gerekmektedir. Buna göre, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. maddesi gereği milli parklarda imar planları, belediye sınırları içinde belediyelerce, belediye sınırları dışında ise il özel idarelerince hazırlanacaktır⁵⁵. Hazırlanan uygulama imar planları, Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın onayı ile yürürlüğe girecektir (MPK, m.4). Bahse konu düzenleme eleştiriye açıktır. Şöyle ki, imar planları UDGP'ye uygun olarak hazırlanacağına ve UDGP hazırlamaya yetkili merci de Tarım ve Orman Bakanlığı olduğuna göre, imar planlarının UDGP'nin mahiyetine ve yöneldiği amaçlara uygunluk arz edip etmediğini en isabetli şekilde değerlendirebilecek olan merci Tarım ve Orman Bakanlığı'dır. Hal böyle iken milli parklarda yapılacak uygulama imar planlarının Tarım ve Orman Bakanlığı yerine Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın onayına tabi kılınması kanaatimizce isabetsizdir⁵⁶. Bir an için kendisine verilen onay yetkisinin Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlı-

⁵⁵ KALABALIK, s. 3319-3320.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. KALABALIK, s. 3320.

ğı'nın imar planlaması konusundaki yetkinliğinden ileri geldiği düşünülebilir ki bu durumda dahi milli parklardaki imar planlarını Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'ndan görüş almak kaydıyla yine Tarım ve Orman Bakanlığı'nın onaylamasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

3. Özel Planlar

a. Koruma Amaçlı İmar Planları

Koruma amaçlı imar planları, sit alanlarında hazırlanan nazım ve uygulama imar planlarıdır. Bir alanın sit alanı olarak ilanının ardından ilgili alanda her ölçekteki plan uygulaması duracak, sit alanında alanın niteliğine uygun, özelliklerini yansıtır ve etkileşim sahasıyla uyumlu koruma amaçlı imar planlamasına gidilecektir. Koruma amaçlı imar planlarını diğer imar planlarından ayıran temel kriter, söz konusu planların hem sit alanlarındaki kültürel-doğal mirasın gereği gibi muhafazası, hem de bu alanlardaki koruma-kullanma dengesinin sürdürülebilirlik ilkesi doğrultusunda kurulması amacına yönelmeleridir⁵⁷. Doğal sit alanları hariç planlama, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK) m.17'ye dayanılarak hazırlanan Koruma Amaçlı İmar Planları ve Çevre Düzenleme Projelerinin Hazırlanması, Gösterimi, Uygulaması, Denetimi ve Müelliflerine İlişkin Usul ve Esaslara Ait Yönetmelik (KAİPY) uyarınca gerçekleştirilecektir. Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın yetki ve sorumluluğunda bulunan sit alanlarında koruma amaçlı imar planları ilgili idareler (belediyeler, valilikler ve ilgili kurumlar⁵⁸) tarafından İmar Kanunu dikkate alınarak hazırlanacaktır. Ancak planlar, İmar Kanunu'nun özel kanun olarak nitelendirildiği KTVKK'ya aykırı hükümler barındıramaz. Ardından kültür varlıklarını koruma bölge kurullarında incelenip görüşülen planlar, uygun görüldüğü takdirde ilgili idarelere onaylanmak üzere gönderilecektir (KAİPY, m.8). Milli parklarda yer alan kültür varlıklarını ilgilendirir plan kararları, KTVKK'ya göre Kültür ve Turizm Bakanlığı ile işbirliği içerisinde tespit edilecektir (MPY, m.15/a).

Milli parklardaki doğal sit alanlarına özgü koruma amaçlı imar planlarının hazırlanmasında ise KAYPDY'nin 4 vd. maddeleri uygulanacaktır. Bu doğrultuda ilgili idareler⁵⁹, koruma amaçlı nazım ve uygulama imar planı hazırlatıp

⁵⁷ ÖZKAYA ÖZLÜER, İlgın, *Sit Alanlarının Planlanması*, AÜSBE Doktora Tezi, 2018, s. 308.

⁵⁸ KTVKK, m.17/a.

⁵⁹ KAYPDY, m.3/1-(f): “İdare: Büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde büyükşehir belediyesini, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde belediyeleri, dışında il özel idareleri, il müdürlükleri ile ilgili kamu idarelerini (...) ifade eder.”

Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğüne incelenmek üzere iletilecektir. İnceleme raporu eklenen planlar il müdürlüğünce tabiat varlıklarını koruma bölge komisyonuna intikal ettirilecektir. Bölge komisyonu kararı eklenen plan teklifleri, Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğüne iletilecek⁶⁰; Genel Müdürlüğün oluşturduğu plan inceleme kurulunca değerlendirilen teklifler Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın onayına sunulacaktır (m.5-7). Milli parklarda 1/5000 ölçekli koruma amaçlı nazım imar planı ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planlarının eş zamanlı hazırlanması esastır (m.7/5). Kanaatimizce UDGP'ye uygunluğunun sağlanabilmesi adına sit alanını haiz milli parklarda hazırlanacak koruma amaçlı imar planlarının uygulamaya konulma sürecine Tarım ve Orman Bakanlığı'nın dâhil edilmesi gerekmektedir.

b. Diğer Planlar

Rekreasyonel ve turizm amaçlı kullanımların olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla milli parkların kaynak değerlerinin korunması için hazırlanması gereken bir başka plan, ziyaretçi yönetim planlarıdır. Ziyaretçi yönetim planları, UDGP'ye uygun olarak hazırlanacaktır (MPK, m.16/2). Bununla birlikte gelişmiş ülkelerdeki yaygın kullanımına karşın ziyaretçi yönetim planlarının ülkemizde halen birçok korunan alanda bulunmuyor oluşu, haklı eleştirileri beraberinde getirmektedir⁶¹. Ayrıca milli park alanlarındaki ormanları koruyup kullanım amaçlarını sağlama ve ormanların sürdürülebilir işletimini temin etme yolunda alanın niteliğine uygun orman amenajman planları⁶² yapılmalıdır⁶³. Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından düzenlenen rapora göre hazırlanacak orman amenajman planları, doğal çevrenin, ekosistemin, tür çeşitliliğinin korunup iyileştirilmesinin teknik ve bilimsel gereklerini ortaya koyacaktır (MPK, m.13).

Bahsi kapatmadan korunan alanlara özgü olarak bu alanlarda daha etkili yönetimi hayata geçirebilmek amacıyla yönetim planlarının hazırlanacağı da eklenmelidir. Anlaşıldığı kadarıyla yönetim planları, korunan veya korunması düşünülen alanlarda UDGP'nin milli parklarda gördüğü işlevi yerine getirecek-

⁶⁰ KAYPDY, m.7/2-(b): “Tabiat varlıkları ve doğal sitler ile tarihi, arkeolojik, kentsel sitler ve diğer koruma statülerinin çakıştığı alanlarda ise ilgili bakanlıkların görüşü alındıktan sonra, Bölge Komisyonu kararı ile birlikte Genel Müdürlüğe sunulur.”

⁶¹ GÖKTUĞ, Tendü Hilal / KURKUT, Gamze, “Korunan Alanlarda Sürdürülebilir Ziyaretçi Yönetimi: Stratejiler ve Araçların İncelenmesi”, **Bartın Orman Fakültesi Dergisi**, 18(1), 2016, s. 118-131, s. 127.

⁶² Mülga 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu m.2/1 uyarınca özel amenajman planı, “milli park ormanlarında yapılacak teknik müdahaleleri düzenleyen plan”dır.

⁶³ DİKYAR, Ramazan / KIRIŞ, Rüstem, “Korunan Alanlardaki Orman Amenajman Planları”, **Korunan Doğal Alanlar Sempozyumu**, SDÜ, Isparta, 2005, s. 569-578, s. 577.

tir (KAYPDY, m.6/1-a ve m.6/1-c). Nitekim Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğünce hazırlanan “Uzun Devreli Gelişme Planı ve Yönetim Planı Genel Teknik Şartnamesi (Şartname)”nde milli parklarda UDGP’nin; tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanlarında ise yönetim planlarının hazırlanacağı ifade edilmektedir⁶⁴. Yönetim planları, hem alanın fiziki yapısını, coğrafi sınırlarını ve kullanımına yönelik koruma bölgelerini belirleyen fiziki plan görünümündeyken, hem de korunan alanın yönetimiyle varılmak istenen amaç ve hedefleri tespit edecek bir vizyon belgesidir (KAYPDY, m.3/1-ş).

B. Uzun Devreli Gelişme Planları

1. Uzun Devreli Gelişme Planlarının İşlevi ve Çerçevesi

Ülkemizde hakettiği değer ve ilgiyi göremediği, kendisinden beklenen amaca hizmet edemediği, bir “envanter çalışmasından” öteye gidemeyip nihayet yakın zamana kadar gerektiğinde yararlanılmak üzere rafa kaldırıldığı söylenen UDGP’nin yapımına 1960’lı yılların sonu itibarıyla başlanmıştır⁶⁵. Bu yıllarda ABD ve Kanada’dan uzmanların öncülüğünde içinde Türk uzmanların da bulunduğu karma ekip, kimi alanlarda Milli Park UDGP hazırlamıştır⁶⁶. Milli park fikrinin doğup geliştiği ve konuya ilişkin örnek olma özelliğini haiz ABD’de milli parklar için yapılan *master planlar*, ülkemizdeki UDGP’ye de emsal teşkil etmektedir. Dahası doktrinde UDGP ile master plan kavramlarının eş anlamlı kullanıldığı görülmektedir ki⁶⁷, gerek yapılış amaçları gerekse mahiyetleri açısından UDGP’yi anlamlandırabilmek, ABD’deki master planlara yakından bakmakla mümkün olacaktır.

Genel anlamda master planlar, karar mercilerince çok yönlü ve uzun süreli hedeflerin tespit edilerek belirlenen hedeflere ulaşılması amacıyla hazırlanan belgelerdir⁶⁸. Master planların amacı, milli parklar konusundaki yanlış bilgilerin, önyargıların ya da kişisel çıkarların bir kenara bırakıldığı, gerçeklere dayalı bir

⁶⁴ CIRIK, s. 47. Ayrıca bkz. ÇİÇEK, Meral / TAŞ, Nurettin, “Planning Process and Projects in National Parks of Turkey”, *IJLAR*, 2(2), 2018, s. 24-31, s. 25.

⁶⁵ CIRIK, s. 50.

⁶⁶ BAYER, s. 53; YÜCEL, Muzaffer, “Korunan Alanların Sınıflandırılması ve Uzun Devreli Gelişme Planları Yapımında Yaşanan Sorunlar”, *Korunan Doğal Alanlar Sempozyumu*, SDÜ, Isparta, 2005, s. 53-60, s. 53-54.

⁶⁷ BAYER, s. 53; DEMİREL, Öner / SARIKOÇ, Elif / ÖZDEMİR, Buket / PİRSELİMOĞLU, Zeynep, “Ülkemizde Koruma Bölgeleri (Milli Parklar) ile İlgili Sorunlar ve Yeni Korunan Alan Planlama Yaklaşımı”, *Korunan Doğal Alanlar Sempozyumu*, SDÜ, Isparta, 2005, s. 71-80, s. 72-73.

⁶⁸ KELSEY, Craig / GRAY, Howard, *Master Plan Process for Parks and Recreation*, Reston, VA.: American Association for Leisure and Recreation, 1985, s. 6.

toplum rehberi oluşturmaktır. Master planlar, araştırılmış ve belgelenmiş gerçeklere dayalı olarak milli park yönetiminin önceliklerini ve hareket tarzını belirler. Master planlar, alana özgü yapılacak diğer planların uyum ve tutarlılığını temin eder⁶⁹. Bir diğer deyişle master planlar, tüm uygulama plan ve projelerinin, alanın kaynaklarıyla ve alan için belirlenen yönetim politikasıyla örtüşmesine hizmet eder. Master planlar ile hassas biçimde dengelenmiş bir dizi hedef, gerekli tüm politikalar, planlar, kontroller, yatırım gereklilikleri ve diğer kalkınma teşvikleri ile bunları gerçekleştirecek örgütsel araçlar ortaya konur. Daha sonraki eylem planlarına referans olacak master planlar, yönetim politikasında ve uygulamalarda devamlılık sağlar⁷⁰.

Master planlar, ekoloji, peyzaj mimarlığı, park planlaması, kaynak yönetimi, mühendislik, arkeoloji ve tarih gibi farklı disiplinlerin katılımı ve ortak çabaları neticesinde ortaya çıkacaktır⁷¹. Master planlar genellikle “*hacimli* (*‘bulky’*)” belgelerdir. Yalnızca mevcut yolları, yapıları, tesisleri göstermekle kalmaz; aynı zamanda gelecekte neye ihtiyaç duyulacağı, şartları mevcutsa yapılacak değişikliklerin nerede, ne şekilde yapılacağı ve bugünkü durum ile gelecekteki beklentinin tutarlılık arz edip etmediği konusunda atılacak adımları da içerir⁷².

Master planlar, milli parklarda koruma-kullanma dengesinin kurulmasında etkin rol oynayacaktır. Zira konuya ilişkin dikkat çekilmesi gereken ikilem, milli parkların etkin korunması ile milli parklardan yararlanılması arasında yaşanmaktadır. Başlarda milli parkları deyim yerindeyse “müzeler” olarak görüp⁷³ yalnızca koruma amacına yönelik politika ve uygulamalar, zamanla yerini koruma-kullanma dengesi gözetilmek kaydıyla milli parklardan yararlanma anlayışına bırakmıştır. Bu dönüşümün altında yatan en önemli nedenin, turizm gelirleri başta olmak üzere ekonomik beklentilerin oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz⁷⁴. Bununla birlikte milli parklardan yararlanmanın ne korunması gerekli miraslara dair bilinci yerleştirici ne de birey ve toplumun moral motivasyonunu

⁶⁹ KELSEY / GRAY, s. 1-2.

⁷⁰ FORSTER, s. 71-72.

⁷¹ WILLIAMS, David A., “The National Park Service’s Master Plan: An Unconstitutional Delegation of Legislative Power?”, *New England Law Review*, Vol. 11, No. 1, 1975, s. 7-24, s. 9.

⁷² FEISS, s. 52.

⁷³ SHAFER, s. 189.

⁷⁴ HOUGH, John L., “Obstacles to Effective Management of Conflicts between National Parks and Surrounding Human Communities in Developing Countries”, *Environmental Conservation*, Vol. 15, No. 2, 1988, s. 129-136, s. 130; FORSTER, s. 10; WINKS, s. 577.

yükseltici etkisi yadsınabilir. İşte master planlar, vazgeçilmez hedef olan korumanın ikinci plana atılmadan milli parklardan yararlanmanın usul ve esaslarını belirlemek suretiyle kritik bir işlev yerine getirecektir.

Doğaldır ki, her milli parkın barındırdığı farklılıklar milli parklara genel geçer planlar yapılmasına engeldir. Farklılıkların yanında milli parklardaki sorunların kimi zaman karmaşıklığı, planlamada takınılacak ciddiyet ve dikkati artıracaktır. Milli parklardaki uygulamalara doğrudan yön verme özellikleriyle master planlar da aynı ciddiyetle ve aşamalar halinde gerçekleştirilmelidir. Her aşama büyük ölçüde bir önceki aşamaya bağlı olup bir sonraki aşamaya ışık tutacaktır. Aşamalar halinde yürüyen planlama süreci, planlamayı etkileyen tüm faktörlerin daha iyi anlaşılması için sistematik ve rasyonel bir temel oluşturacaktır. Ancak aşamalar yalnızca sağlıklı süreç yönetimi için vardır. Yoksa aşamalar açısından katılık ya da kesinlikten söz etmek makul olmaz. Aksine kimi zaman yeni koşullar ortaya çıktığında önceki aşamalara geri dönülmesi, küçük iyileştirmeler ve politika değişiklikleriyle en ideal sonuca ulaşılmasını mümkün kılabilir. Daha ötesinde master plan hazırlandıktan sonra dahi, yeni bilgiler edildikçe planlar elbette geliştirilip güncellenebilir⁷⁵.

Master planlar için öncelikle milli park alanlarının nasıl korunup kullanılacağı hakkında politikalar geliştirilmeli, kullanımın parkın sahip olduğu kaynakların korunmasıyla bağdaştırıldığı bir felsefi temel oluşturulmalıdır. Ardından doğal kaynak etüdünün tamamlanması, yönetim alternatifleri ile amaç ve hedeflerin belirlenmesiyle ilerleyecek süreçte master planlar, kimi unsurlar etrafında şekillenecektir. Bir dizi rapor ve haritanın oluşturduğu master planlarda yer alacak hususlardan bazıları, alanın coğrafi yapısını / mevcut değerlerini gösterir harita ve şemalar, yapılacak faaliyetlerin maliyetleri ve tasarım temaları, ziyaretçi hizmet tarife ve yönergeleri, diğer kurum / kuruluşlarla işbirlikleri, kaynak kullanım konsepti, kaynakların yönetimi ve araştırma planları ile -varsa- mevzuat önerileridir⁷⁶.

Master planının hazırlanma süresi, alanın coğrafi yapısı ve büyüklüğüne, plan için ayrılan bütçeye, plan yapımını üstlenenlerin yetkinlik ve becerilerine, idarelerce verilecek teknik desteğe ya da kamuoyundaki farkındalık ve beklentiye göre değişkenlik gösterecektir⁷⁷. Şüphesiz doğal ve kültürel mirasa ilişkin oluşmuş bilinç ve hassasiyetin yanında ülkelerin siyasi ve ekonomik gerçekleri,

⁷⁵ FORSTER, s. 72-73.

⁷⁶ FORSTER, s. 76-77-78.

⁷⁷ KELSEY / GRAY, s. 3-4.

planlama çalışmalarına doğrudan yön verecektir. Nitekim Türkiye'nin de taraf olduğu Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme, taraf Devletlere kültürel ve doğal mirasın korunması için etkin tedbirler alma yükümlülüğü yüklemekle birlikte, her Devletin bu yükümlülüğünü kendi imkânları nispetinde yerine getirebileceğini göz ardı etmemektedir⁷⁸.

Türkiye'de UDGP, milli parka dair amaç ve hedefler, kriterler, genel politika ve ilkeler ışığında alanın kaynak değerlerinin tanımlanması, korunması, iyileştirilmesi, yönetilmesi ve tanıtılması amacıyla diğer planlara kılavuz işlevi görecektir biçimde hazırlanacaktır⁷⁹. Şartname gereği bilimsel raporla bütünlük arz eden UDGP, 1/25000 veya alan büyüklüğüne göre daha alt ölçekli hazırlanabilir⁸⁰. Şartname'de belirlenen temel ilkelere⁸¹ riayet edi-

⁷⁸ Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme

"Madde 5.- Bu Sözleşmeye taraf olan her Devlet topraklarındaki kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri amacıyla etkili ve faal önlemlerin alınmasını sağlamak için, mümkün olduğunca her ülkenin kendi koşullarına uygun biçimde şu çabaları gösterecektir:

- a) Kültürel ve doğal mirasa, toplumun yaşamında bir işlev vermesi ve bu mirasın korunmasını kapsamlı planlama programlarına dahil etmeyi amaçlayan genel bir politika benimsemek;*
- b) Kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri için, halen mevcut değilse, topraklarında bir veya daha fazla hizmet kurumunu, işlevlerini ifaya yeterli olacak görevli ve araçlarla kurmak;*
- c) Bilimsel ve teknik çalışma ve araştırmaları geliştirmek ve Devletin kültürel ve doğal mirasını tehdit eden tehlikelere karşı harekete geçmesine olanak sağlayacak müdahale yöntemlerini mükemmelleştirmek;*
- d) Bu mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri, yenileştirilmesi için gerekli olan uygun yasal, bilimsel, teknik, idari ve mali önlemleri almak; ve*
- e) Kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri konularında eğitim yapan ulusal veya bölgesel merkezlerin kurulmasını veya geliştirilmesini desteklemek ve bu alandaki bilimsel araştırmaları teşvik etmek"*

⁷⁹ ÇİÇEK / TAŞ, s. 26.

⁸⁰ CIRIK, s. 47.

⁸¹ *"a. Planlama, analitik etüt çalışmalarında elde edilecek bilimsel verilerin ilgili uzmanlarınca oluşacak, değişik meslek disiplinlerinin oluşturduğu bir çalışma grubu ile yapılır.*

b. Milli park sınırları, park kaynaklarını ve çevresini belirleyen doğal sınırlardır. Ancak korunan alan sınırlarının doğal hatlara oturmadığı yerlerde, planlama çalışmasında yapılacak biyolojik ve ekolojik değerlendirme, doğal sınır dikkate alınarak yapılır.

c. Park dahilindeki bütün kullanımlar ve bunlara dahil alt ve üst yapı tesisleri, parkın kaynak değerlerini en az etkileyecek ve koruma-kullanma dengesini sağlayacak biçimde planlanır.

d. Milli parkta geliştirilecek her türlü hizmet ve tesislerin planlanmasında; buldukları yöre geleneksel mimari tarzı (yapı, şekil, renk ve yerel malzemeler) ile uyum arazi ve genel peyzajda kötü görünüm meydana getirmeyen yapılar ve taşıma kapasitelerinin sınırlarını aşmayan yapı büyüklükleri kullanılır.

e. Yapılaşma ve kullanım yoğunlukları; yoğun kullanım talebi olan alanlardır, ekolojik dengeyi koruyacak, ziyaretçi kullanımlarının kaynaklara zarar vermesini önleyecek ve bu kaynakların devamlılığını sağlayacak şekilde taşıma kapasitelerine göre belirlenir. Ayrıca zemin etüdü ile ilgili olarak gerekli araştırmalar yapılır.

f. Park içi yolların planlanması ve yapısında; geniş ve düz güzergahların kullanılmasına, peyzaj yapısına kazı ve dolgu miktarlarının en azda tutulmasına dikkat edilir. Yol sanat yapıları içinde aynı

lerek hazırlanması gereken UDGP, farklı disiplinleri bir araya getiren detaylı bir çalışmayı zorunlu kılar⁸². Şartname UDGP'yi dört bölüme ayırmaktadır. Buna göre amaç ve kapsam, tanımlar, genel esaslar, planlama ilkeleri ile yasaklar birinci bölümü; alanın etüd raporu ışığında planlanması ikinci bölümü; hazırlanacak haritalar üçüncü bölümü; çizimler ise dördüncü bölümü oluşturmaktadır⁸³.

Ana hatlarıyla UDGP ön planlama, plan hazırlama, görüş alma ve onay sürecinden geçmektedir. Plan hazırlama sürecinde analitik etüt, sentez ve planlama raporu ile ilgili haritalar hazırlanır. Raporlar tek tek hazırlanabileceği gibi bütün olarak da hazırlanabilir⁸⁴. Farklı yorumla UDGP, analitik-etüt (veri toplama), sentez (verilerin analizi), planlama ve onay aşamalarından ibarettir⁸⁵. Ayrıntılı bir ayırmada UDGP'ler sekiz evrede tamamlanmaktadır. Bunlar sırasıyla, etüt-envanter çalışmaları, planlama amacının belirlenmesi, sınırlama, zonlama, gelişim planlaması, sosyo-ekonomik değerlendirme ile fizibilite çalışmaları, yatırım programlanması, eşgüdüm ve onaydır⁸⁶.

esaslar takip edilir. Ziyaretçilerin parkı dolaşması için parkın kaynak değerlerini tanıtan güzergâhlar seçilir. Park kaynak değerleri ve ilgi noktaları ile uyumlu olarak, koruma, yönetim, tanıtım ve rekreasyon amaçlarına yönelik patikalar şebekesi planlanır.

g. Genel haberleşme ve bölgesel enerji nakil hatlarının park içinden geçirilmemesi esastır. Ancak bu tesislerin park içinden geçirilmesinden başka çözüm yolu bulunamaması halinde ve park hizmetlerinde kullanılacak tesislerde, doğal hayata ve tabii peyzaja olan etkilerini en azda tutacak şekilde vadi içi ve yamaçların alt eteklerinden geçirecek şekilde yeraltı kabloları kullanılır. Bu hatlar ufuk hattı üzerine çıkarılamaz. Bu güzergâhlarda yeterli emniyeti sağladıktan sonra bitki örtüsü bulunabilir.

h. İçme ve kullanma suyuna ait depo ve benzeri tesislerinin yeraltına gömülerek bitkilendirme ile tabii çevreyle uyumunun sağlanması esastır.

i. Gelişim alanlarında çevre kirliliğine meydan vermemek üzere atık suların ve çöplerin planlanması ve arıtılması veya çevreye zarar vermeyecek şekilde işleme tabii tutulması için gerekli tedbirler önerilir.

j. Sualtı kaynak değerlerine sahip olan milli parkların planlanmasında; milli park temel ilkeleri ve kriterleri istikametinde, sualtı zenginliklerinin korunması ve geliştirilmesine dair kararlar, yaklaşma, demirleme ve seyretme gibi konularda yasaklamalar ve bunlardan yararlanma şekil ve esasları belirtilir.

*k. Milli park hudutları içinde genel peyzajda göze çarpan bozulmaları gidermek üzere; yörenin arazi yapısı, bitki örtüsü ve peyzaj özelliklerinin doğallığı dikkate alınarak o yöre için yabancı olmayan türler kullanılmak sureti ile ağaçlandırma, peyzaj restorasyonu ve tesislerin yakın çevre peyzaj düzenleme esasları belirtilir.” Bkz. ÖZBAY, Sevcan, **Doğa Koruma Alanlarında Planlama Çalışmaları ve Ayrıntılı Adaları Tabiat Parkı Yönetim Planı Önerisi**, İTÜFBE Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 88-89.*

⁸² TUNÇER, Mehmet / ÖZDAL OKTAY, Simge, “Milli Parklarda Uzun Devreli Gelişme Planı Hazırlanması Yöntem ve Teknikleri”, **GRİD**, Vol. 1, No. 2, 2018, s. 59-81, s. 64.

⁸³ ÖZBAY, s. 87-88.

⁸⁴ ÇİÇEK / TAŞ, s. 25.

⁸⁵ ÖZBAY, s. 90.

⁸⁶ DEMİREL / SARIKOÇ / ÖZDEMİR / PİRSELİMOĞLU, s. 73-74.

2. Uzun Devreli Gelişme Planlarında Yetki ve Usul

UDGP, “*ilgili bakanlıkların olumlu görüşleri ve gerektiğinde fiili katkılarıyla*” Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından hazırlanıp yürürlüğe konulur (MPK, m.4; MPY, m.11). Tarım ve Orman Bakanlığı’nın hizmet birimlerinden Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü, UDGP’nin hazırlanıp yürürlüğe konulmasında görevli ve yetkilidir⁸⁷. KAYPDY ise, Tarım ve Orman Bakanlığı’nın hazırlayacağı ya da hazırlattıracağı UDGP’de Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın olumlu görüşünü aramaktadır (m.6/1-b). UDGP, Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın tespit ettiği yerler ile internet sayfasında bir ay süreyle ilan edilecektir (m.7/6).

UDGP hazırlama sürecinde aranacak bakanlıkların olumlu görüşü ve fiili katkısına, milli parkta bulunan taşınmaz kültür varlıkları ve sit alanları üzerinden örnek verilebilir. Bu yönde olarak milli parkta taşınmaz kültür varlıklarının ya da kültürel sit alanının mevcut olması halinde hazırlanacak UDGP’de Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın olumlu görüşünün alınması gerekir. Nitekim mevzuatta da milli parklardaki kültür varlıklarına dair plan kararlarında Kültür ve Turizm Bakanlığı ile işbirliği aranmaktadır (MPY, m.15/a). Şartları oluşturulduğunda ilgili bakanlıklardan olumlu görüş alınması, “uygun görüş” niteliği taşımakta olup görüş alınmadan ya da olumsuz görüşe rağmen hazırlanan UDGP hukuka aykırılık arz edecektir⁸⁸. Planın hazırlanmasında olduğu gibi planda yapılacak değişikliklerde de yine ilgili bakanlıkların olumlu görüşüne ihtiyaç vardır.

UDGP, Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından aynı ve şahsi vasıtaları aracılığıyla bizzat hazırlanabileceği gibi, ihale usulüyle hizmet satın alma yöntemiyle özel kişilere de hazırlattırılabilir⁸⁹. Kuşkusuz plan yapımına ayrılan bütçe, korunan alanlara yönelik hassasiyet, siyasi bakış açısı ya da teknik yeterlilik, plan yapımını doğrudan etkileyecek etmenlerdir. MPK, UDGP yapımında herhangi bir süre öngörmemiştir. Kanunda yer verilmemesinden ötürü Bakanlığın bu

⁸⁷ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m.420.

⁸⁸ KALABALIK, ilgili bakanlıklardan olumlu görüş alınmasını, UDGP’nin hazırlanma aşamasının en önemli şekil ve usul kuralı olarak görmektedir. Bkz. KALABALIK, s. 3317. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 402’de uygun görüş alınmadan tesis edilen işlemin şekil bakımından hukuka aykırı olacağını; Fransız Danıştayının ise bu halde işlemin yetki bakımından sakat olduğunu kabul ettiğini aktarmaktadır. GÖZLER, kamu düzeninden olan uygun görüşün mahkemece re’sen göz önüne alınacak bir husus olduğunu; bu görüşün alınmaması ya da alınan görüşe uyulmamasının asli usul sakatlığı doğuracağını söylemektedir. Bkz. GÖZLER, s. 975-976.

⁸⁹ KALABALIK, s. 3317.

planları yapmasını belli bir süreyle sınırlandırma imkânı da yoktur⁹⁰. Her ne kadar UDGP yapmak için Bakanlığın harekete geçeceği süre konusunda takdir yetkisi bulunduğu kabul edilse de UDGP hazırlama bakımından Bakanlık bağlı yetki içerisindedir. Zira milli parklarda UDGP'nin hazırlanması ve diğer planların ancak UDGP'ye uygun olarak hazırlanabileceği mevzuatın emredici hükmüdür⁹¹. Dolayısıyla yapımında herhangi bir azami süre öngörülmemiş olsa da, milli parkların korunup kullanılmasında vazgeçilmez önemi haiz UDGP mümkün olan en kısa sürede yapılmalıdır. Aksi halde hizmetin kötü işlenmesi ya da geç işlenmesinden ötürü idarenin hizmet kusurunun doğabileceği hatırlatılmalıdır⁹².

3. Uzun Devreli Gelişme Planlarının Hukuki Niteliği ve Plan Hiyerarşisindeki Yeri

Gerek hazırlanışı gerekse içeriği yönünden özgünlük arz eden UDGP'nin hukuki niteliğine dair mevzuatı ele almak gerekirse; KAYPDY, UDGP'yi İmar Kanunu dışına çıkarırken (m.3/1-s); Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği (MPYY), UDGP'ye mekânsal planlama kademelenmesinde yer vermemektedir (m.6/7). MPYY uyarınca bu planlar, diğer planlara girdi sağlamak suretiyle imar plan kararlarına veri oluşturan “ekosistem yaklaşımli üst planlar”dır (m.4/1-l; m.6/7). UDGP, özgülendiği milli parkın hem mevcut durumunu tespit edecek; hem de milli parkın gelecekte koruma-kullanma dengesini kuracak bir yol haritası öngörecektir. Anılan düzenlemeler, UDGP'nin diğer plan-projelere yön ve ilham verici özelliğine vurgu yapmaktadır. Öte yandan Şartname, UDGP'ye “fiziki plan” diyerek plan yapımında kullanılacak ölçeklerden bahsetmektedir⁹³. Gerçekten de çeşitli amaçlarla hazırlanmış planlar, UDGP'de öngörülen veriler arasında yer almakta olup UDGP, bir dizi rapor ve haritadan oluşmaktadır.

Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı için hazırlanan UDGP'nin alan kıtlavuzluğuyla ilgili bölümü ve buna dayalı işlemlerin iptali için açılan davada yetkili daireyi belirleyen kararında Danıştay ise, UDGP'yi “dökümanlar paketi” olarak görmüştür. Danıştay kapsam ve içeriğine dikkat çektiği davaya konu

⁹⁰ YAYLA, Yıldızhan, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1975, s. 66; KALABALIK, s. 3315.

⁹¹ Dan. 6. D. E. 2008/10743, K. 2011/81, 25.01.2011, (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

⁹² KALABALIK, s. 3315.

⁹³ CIRIK, s. 47.

planı şöyle tanımlamaktadır⁹⁴: “*Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı (UDGP), plan içeriğinde de açıkça ifade edildiği üzere, dar kapsamlı fiziksel (imar) planlama olmayıp, alan yönetimi ve planlama yaklaşımı çerçevesinde hazırlanmış, ‘koruma’, ‘sağlıklaştırma’, ‘sergileme’, ‘anlatma’ ve ‘koruma amaçlı kullanma ve yapılaşma’ esaslarını ortaya koyan ve çok boyutlu stratejileri derleyen bir dökümanlar paketidir.*” Aktarılan hüküm ve tespitlerin akabinde, gerek hazırlanışı ve kapsamı gerekse yöneldiği amaç birlikte düşünüldüğünde UDGP’nin, fiziksel planların ötesine geçen, disiplinlerarası nitelik taşıyan, kendine özgü, çok yönlü ve özel amaçlı planlardan olduğu söylenebilir.

Milli parklardaki planlama faaliyetine bütüncül planlama anlayışı hâkim kılınmalı⁹⁵, hazırlanacak tüm planlar birbiriyle uyumlu olmalıdır. Milli parkların planlamasını ilgilendirir mevzuat incelendiğinde, imar planlarının birbirleriyle uyumunu ve altlık-üstlük ilişkisini anlatan planların kademeli birlikteliği ilkesinin⁹⁶ (üst derecedeki düzenlemeye bağlılık ilkesinin⁹⁷) burada da geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki UDGP ile diğer planlar arasında hiyerarşi mevcut olup imar planları başta olmak üzere planlama faaliyetlerine başlanabilmesinin öncelikli şartı, o milli parkın UDGP’ye sahip olmasıdır. Milli parklarda iskân ve yapılaşmaya konu yerler mevcutsa hazırlanacak imar planları, mahalli gelişme planı karakteri gösterecektir (MPK, m.4; MPY, m.12). Bunun anlamı, milli parkın tamamı için hazırlanan UDGP’de yer alan ilke ve esasların, bölgesel anlamda imar planlarıyla hayata geçirilip somutlaştırılacağıdır⁹⁸. İmar planlarının yanında gerektiğinde hazırlanacak çevre düzeni planları da UDGP’nin ilke ve kurallarına uygun olmalıdır (KAYPDY, m.6/1-c).

Danıştay kararlarına yansıdığı üzere, milli park kararıyla hukuki statüsünde değişiklik meydana gelen alanda bu statüden önce hazırlanmış olup milli park kararına uygun düşmeyen plan hükümlerinin UDGP’nin kabulüyle yürürlüğünü sürdürmesi ve uygulanması mümkün olmaz⁹⁹. Kararlarında Yüksek Mahkeme, milli parklarda ancak UDGP’de yer alacak esasların varlığı halinde ve belirle-

⁹⁴ Dan. Bşklar K, E. 2005/58, K. 2005/63, 23.09.2005, (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁵ KALABALIK, s. 3352.

⁹⁶ ORTA, Elif, **İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması**, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 218.

⁹⁷ KALABALIK, s. 3352.

⁹⁸ Benzer şekilde ABD’de her milli park için imar planları, master planda yer alan koordineli bir dizi uzun vadeli politika ve planın ayrılmaz parçası olarak hazırlanmalıdır. Bkz. FORSTER, s. 50. Ayrıca bkz. WILLIAMS, s. 24.

⁹⁹ Dan. İDDK, E. 2011/1606, K. 2014/1970, 30.04.2014, (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası); Dan. 6. D, E. 2008/10743, K. 2011/81, 25.01.2011, (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

nen esaslarla sınırlı olacak biçimde imar planlarının yapılacağını hatırlatmakta; UDGP yapılmadan milli park sınırları içerisinde kalan alanlarda hiçbir suretle imar planlamasına gidilemeyeceğinin altını çizmektedir. Bu yönüyle UDGP, imar planı ve uygulamalarına kaynaklık ederek onlara yön verecektir¹⁰⁰.

SONUÇ

Milli parklar, sadece buldukları ülkelere değil esasında tüm dünyaya koruyup kollama yükümlülüğü yüklenen doğal miras örnekleridir. Tüm çeşitleriyle milli parklar, doğayı koruma, doğaya saygılı bir yaşam tarzı geliştirme ve doğal rezervleri sürdürülebilir kılma konusunda insanlara kazandırılacak bilince katkı verecek değerlerin başındadır. Milli parklar insanlara doğal güzelliklerin ihtişamını gözlemlene ve mümkünse karşılıklı etkileşimde bulunup sosyalleşme imkânı sunmaktadır. Koruma-kullanma dengesi içerisinde milli parkların gelecek nesillere aktarımı konusunda en kritik faaliyetlerden belki de birincisi planlamadır. Doğal kaynakları koruma-kullanma dengesi gözetilerek sürdürülebilir şekilde korumak, yönetmek ve kullanmak için milli parklarda planlar hazırlanmaktadır. Planlama faaliyetleri içerisinde milli parklar için bilimsel, disiplinlerarası ve oldukça kapsamlı bir çalışma olan UDGP, milli parkı ilgilendiren diğer planlara, projelere ve uygulamalara çerçeve sunmasıyla ön plana çıkmaktadır.

Milli parkların uluslararası standartlarla uyumlu, gelişime açık ve bilimsel gereklere uygun bir UDGP'ye sahip kılınması elzemdir. Her milli parkın kendine özgü yapısının tespiti ile o milli parka özgü UDGP süreci alanında yetkin kişiler ve bilimsel araştırma kurumlarıyla koordineli yürütülmelidir. Milli parklarda hazırlanacak UDGP'ye korunan alan düşüncesi hâkim kılınmalı; planlama süreci kamuoyunun bilgisine ve düşünce paylaşımına açık olmalı; yapıcı görüşlerin dikkate alındığı, şeffaf ve objektif bir süreç yürütülmelidir. Şayet milli parklarda korunması gereken tarihi-kültürel değerler varsa UDGP bunların karakteristiğinin özenle muhafazası için bir kat daha ciddiyet ve hassasiyetle hazırlanmalıdır. Örneğin, milli parkların sahip olduğu doğal-kültürel rezervlerin başta üniversiteler olmak üzere ilgili birimlerle yapılacak işbirliği yoluyla korunup araştırılması, gelecek için izlenmesi gereken yollardan biri olabilir.

ABD tecrübesi bize milli park yönetimindeki olası keyfilikleri ortadan kaldırmamız ve milli parklara hakettikleri değeri verecek sistemi oluşturmamız için ilham vermelidir. Günümüzün ve geleceğimizin ideal milli park anlayışı, doğal

¹⁰⁰ Dan. İDDK, E. 2010/3572, K. 2014/262, 06.02.2014, (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

güzelliklerin mümkün olduğunca bozulmadan varlıklarını sürdürmelerine dayanan politikaların insan kullanımı sonucunda oluşacak toplumsal faydalarla bütünleştirilmesinden geçmektedir. Bu yönde geliştirilecek politikalar, koruma-kullanma dengesini kuracak uzun vadeli planlamaların gerekliliğini de ortaya koyacaktır. Yine de altı çizilmelidir ki, insan talep ve kullanımlarını dışlamayan bu anlayışta taviz verilmemesi gereken mesele, doğal güzelliklerinin gereği gibi korunmasıdır. Milli parklarda koruma ile yararlanma arasında tercih yapılması gerekirse bu tercih, sahip olunan değerlerin korunmasından yana kullanılmalıdır. Böylelikle dünyada bir yandan iklim değişikliklerinin endişe verici boyutlara ulaşması diğer yandan insan tahribatları sonucu biyoçeşitliliğin her geçen gün azalması karşısında milli parklar, bu zorluklarla mücadelenin en kıymetli nişaneleri haline getirilebilir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AKDEMİR, Büşra, “İmar Planlarında Hiyerarşi”, **Konya Barosu Dergisi**, S. 1, 2021, s. 133-173.
- AKIN, Galip, “Yozgat Çamlığı Milli Parkı’nın Özellik ve Gizemleri”, **Afet ve Risk Dergisi**, 2(2), 2019, s. 105-114.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.
- ANTOLINI, Denise E., “National Park Law in the U.S.: Conservation, Conflict and Centennial Values”, **William & Mary Environmental Law and Policy Review**, Vol. 33, Issue 33, 2009, s. 851-921.
- BAYER, M. Zekai, “Milli Parklar ve Türkiye Açısından Önemi, Alınması Gereken Önlemler (II)”, **Anatolia**, Ocak-Haziran 1994, s. 53-57.
- BUTLER, Tim, “An Overview of the National Parks System in England & Wales”, **Revue Juridique de l’environnement**, Vol. 43, 2018/2, s. 317-328.
- CIRIK, Umut, “Milli Parklar ve Uzun Devreli Gelişme Planları”, **Planlama**, 2007/1, s. 45-50.
- ÇİÇEK, Meral / TAŞ, Nurettin, “Planning Process and Projects in National Parks of Turkey”, **IJLAR**, 2(2), 2018, s. 24-31.
- ÇOLAK, Nusret İlker, **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- DAVEY, Adrian G., Ed. PHILLIPS, Adrian, **National System Planning for Protected Areas**, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK, 1998.
- DEMİREL, Öner / SARIKOÇ, Elif / ÖZDEMİR, Buket / PİRSELİMOĞLU Zeynep, “Ülkemizde Koruma Bölgeleri (Milli Parklar) ile İlgili Sorunlar ve Yeni Korunan Alan Planlama Yaklaşımı”, **Korunan Doğal Alanlar Sempozyumu**, SDÜ, Isparta, 2005, s. 71-80.
- DİKYAR, Ramazan / KIRIŞ, Rüstem, “Korunan Alanlardaki Orman Amenajman Planları”, **Korunan Doğal Alanlar Sempozyumu**, SDÜ, Isparta, 2005.
- DUDLEY, Nigel (Ed.), **Guidelines for Applying Protected Area Management Categories**, IUCN, Gland, Switzerland, 2008.

- EROĞLU, Semih, “Milli Parklar Kanununda Belirlenen Korunan Alan Metodolojisi”, **Denetim**, S. 13, 2014, s. 85-90.
- ERÖKSÜZ, Can, **Korunan Alanlar Doğal Sit ve İlgili Mevzuat**, Adalet Yayınları, Ankara, 2016.
- FEISS, Carl, “National Park and Monument Planning in the United States”, **The Town Planning Review**, Vol. 21, No. 1, 1950, s. 40-56.
- FORSTER, Richard R., **Planning for Man and Nature in National Parks**, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, Morges, Switzerland, 1973.
- GÖKTUĞ, Tendü Hilal / KURKUT, Gamze, “Korunan Alanlarda Sürdürülebilir Ziyaretçi Yönetimi: Stratejiler ve Araçların İncelenmesi”, **Bartın Orman Fakültesi Dergisi**, 18(1), 2016, s. 118-131.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. I, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- HOU, Jinglu, “Research on the Planning and Management of National Parks: Based on the Public Engagement Mechanism”, **Journal of Building Construction and Planning Research**, 7, 2019, s. 32-38.
- HOUGH, John L., “Obstacles to Effective Management of Conflicts between National Parks and Surrounding Human Communities in Developing Countries”, **Environmental Conservation**, Vol. 15, No. 2, 1988, s. 129-136.
- IUCN, “Effective Protected Areas”, (Çevrimiçi) <http://www.iucn.org>, E.T. 07.05.2023.
- IUCN, **Guidelines for Protected Areas Management Categories**, IUCN Publications, 1994.
- KALABALIK, Halil, **İmar Hukuku**, C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- KEITER, Robert B., “The National Park System: Visions for Tomorrow”, **Natural Resources Journal**, Vol. 50, Issue 1, 2010, s. 71-110.
- KELSEY, Craig / GRAY, Howard, **Master Plan Process for Parks and Recreation**, Reston, VA.: American Association for Leisure and Recreation, 1985.
- KILIÇ, Mahinur, **Türkiye’de Milli Parkların Gelişimi: Yozgat Çamlığı Milli Parkı Örneği**, SDÜSBE Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- KUVAN, Yalçın, “Korunan Alan Yönetiminde Etkinliğin Önemi ve Değerlendirilmesi”, **Korunan Doğal Alanlar Sempozyumu**, SDÜ, Isparta, 2005, s. 81-89.
- KUVAN, Yalçın, “Korunan Alan Yönetiminin Genel Esasları ile Ülkemizdeki ve Bolu Yöresindeki Korunan Alanların Bir Değerlendirmesi”, **İÜOFD**, C. 49, S. 1-2-3-4, 1999, s. 65-75.
- LEMONS, John / STOUT, Dean, “National Parks Legislative Mandate in the United States of America”, **Environmental Management**, Vol. 6, No. 3, 1982, s. 199-207.
- ORTA, Elif, **İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması**, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, 2005.

- ÖZBAY, Sevcan, **Doğa Koruma Alanlarında Planlama Çalışmaları ve Ayrılık Adaları Tabiat Parkı Yönetim Planı Önerisi**, İTÜFBE Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- ÖZKAYA ÖZLÜER, Iğın, **Sit Alanlarının Planlanması**, AÜSBE Doktora Tezi, 2018.
- RUNTE, Alfred, **National Parks-The American Experience**, Taylor Trade Publishing, UK, 2010.
- SANCAKDAR, Oğuz / YAĞCI, Pınar / TAŞYILDIZ, Şükür / ÇIRAK, Ezgi, **Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- SHAFER, Craig L., “History of Selection and System Planning for US Natural Area National Parks and Monuments: Beauty and Biology”, **Biodiversity and Conservation**, 8, 1999, s. 189-204.
- THOMAS, Lee / MIDDLETON, Julie / PHILLIPS, Adrian, (Series Ed.), **Guidelines for Management Planning of Protected Areas**, IUCN, Gland, Switzerland, and Cambridge, UK, 2003.
- THOMPSON, Nicola / GARRAD, Guy / RALEY, Marian, “Planning and Sustainable Land Management in England’s National Parks”, **Management & Policy Issues**, Vol. 6, No. 1, 2014, s. 67-69.
- TUNÇER, Mehmet / ÖZDAL OKTAY, Simge, “Milli Parklarda Uzun Devreli Gelişme Planı Hazırlanması Yöntem ve Teknikleri”, **GRID**, Vol. 1, No. 2, 2018, s. 59-81.
- ÜLGEN, Hüma / ZEYDANLI, Uğur (Ed.), **Orman ve Biyolojik Çeşitlilik**, Doğa Koruma Merkezi, Ankara, 2008.
- WADE, John W., “Importance of Legal Authorities: How National Park Service Operations Relate to Law and Policy”, **Journal of Interpretation Research**, Vol. 15, No. 2, 2010, s. 33-39.
- WILLIAMS, David A., “The National Park Service’s Master Plan: An Unconstitutional Delegation of Legislative Power?”, **New England Law Review**, Vol. 11, No. 1, 1975, s. 7-24.
- WINKS, Robin W., “The National Park Service Act of 1916: ‘A Contradictory Mandate’?”, **Denver Law Review**, 74(3), 1997, s. 575-624.
- YAYLA, Yıldızhan, **Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1975.
- YÜCEL, Muzaffer, “Korunan Alanların Sınıflandırılması ve Uzun Devreli Gelişme Planları Yapımında Yaşanan Sorunlar”, **Korunan Doğal Alanlar Sempozyumu**, SDÜ, Isparta, 2005, s. 53-60.

Özel Hukuk

Private Law

Muhtelif Yönleriyle Dört Duvar Kirası Sözleşmesi^(*)

Rough-Construction Lease Contract

Elif Beyza AKKANAT-ÖZTÜRK^(**)

Halil AKKANAT^(***)

Öz:

Kira sözleşmesi kiraya verene; kira konusunu, sözleşme süresi boyunca sözleşmedeki kullanım amacına uygun olarak kullanıma hazır bulundurma borcu yükler. Dört duvar kira sözleşmelerinde ise kiraya verenin böyle bir borcu bulunmadığı gibi onun borcu, masrafları kiracı tarafından karşılanan değişikliklerin yapılmasına katlanma borcuna dönüşmüştür. Aynı şekilde kiracının kiralanı “teslim aldığı gibi iade etme” borcu bulunmasına rağmen, dört duvar kirasında onun bu türden bir borcu bulunmayıp; onun iade borcu da kiralananı süre sonunda bulunduğu hal üzere iade borcuna dönüşmüştür. Bu sebeple dört kira sözleşmesi alelade bir kira sözleşmesi değil, kullandırma borcu doğuran bir sözleşmedir. Bu çalışma kapsamında dört duvar kirası sözleşmesine ilişkin özellik arz eden konular ele alınmıştır. Öncelikle sözleşme ilişkisinde tarafların asli edim yükümlülükleri tanımlanmış ve kira sözleşmesi hükümlerinin dört duvar kirasına doğrudan uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorunu üzerinde durulmuştur. Akabinde kira bedelinin belirlenmesinde dört duvar kirasının niteliğinden ileri gelen hukukî sorunlar değerlendirilmiştir. Bu çerçevede kira konusu için yapılan masrafların; kira bedeline ve kiraya verene yöneltilebilecek taleplerin kapsamında etkisi ele alınmıştır. Son olarak dört duvar kira sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda kira konusunun iadesi sırasında kiracının ve kiraya verenin karşılıklı taleplerine etkisi incelenmiştir. Çalışmada hem Türk hukuku hem de İsviçre borçlar hukuku bağlamında verilen mahkeme kararları ile bilimsel görüşler değerlendirilmiştir.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 31.07.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 19.08.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1358028>

Bu makaleye atf için; AKKANAT-ÖZTÜRK, Elif Beyza / AKKANAT, Halil, “*Muhtelif Yönleriyle Dört Duvar Kirası Sözleşmesi*”, **İMİHFD**, C. 8, S. 2, 2023, s. 665-693

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi / İstanbul - Türkiye

E-posta: eba@istanbul.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4856-9733>

^(***) Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi / İstanbul - Türkiye

E-posta: hakkanat@istanbul.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0687-5257>

Anahtar Kelimeler:

Kira Sözleşmesi, Dört Duvar Kirası, Değer Artışı, Yenilik ve Değişiklik, Kira Bedeli.

Abstract:

The lease contract places an essential responsibility on the lessor to ensure that the leased property remains available for the lessee's intended use throughout the contract's duration. Nevertheless, a distinct scenario arises with rough-construction lease contracts, where the lessor's responsibility transforms. In such cases, the lessor's duty shifts towards accommodating modifications, with the associated costs borne by the lessee. Consequently, the rough-construction lease contract fundamentally establishes an obligation of usage. This study delves into the distinctive aspects of rough-construction lease contracts. To begin, it defines the pivotal obligations and actions of the involved parties within the contractual relationship. The study underscores the inapplicability of general lease contract provisions to rough-construction lease agreements. Moreover, it examines the legal complexities stemming from the unique nature of rough-construction leases in determining rental amounts. This exploration encompasses the impact of expenses related to the leased property on the rent's calculation and the scope of potential claims against the lessor. The study also underscores the implications of terminating a rough-construction lease contract. This assessment hones in on how the cessation of such an agreement affects the reciprocal claims of both lessee and lessor during the property's return. The analysis integrates insights from court rulings and scholarly discourse within the frameworks of both Turkish and Swiss laws of obligations.

Keywords:

Lease Contract, Rough-Construction Lease Contract, Value-Added, Renewal and Modification, Rent.

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nda açık olarak düzenlenmeyen dört duvar kirası, kira hukuku uygulamasında (özellikle işyeri kirası) sıklıkla başvurulmuş bir kiralama yöntemidir. Bu yöntemde kaba yapı durumundaki kiralanan, bu haliyle kiracıya teslim edilmekte kiracı da masraflarını kendisi karşılamak suretiyle bina veya bağımsız bölümü kendi kullanım ihtiyacına uygun olarak tamamlamak/yenilemek suretiyle kullanmayı kabul etmektedir. Böylece bu tür kira sözleşmelerinde, kiralananın sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun hâle getirilmesi sorumluluğunu kiracı üstlenmiş olmaktadır. Oysa Türk Borçlar Kanunu "*kiralananın en geç teslim ânı itibariyle öngörülen kullanım amacına uygun olarak hazır olması*", ayrıca "*sözleşme süresi sonuna kadar bu şekilde bulundurulması*"nı esas almakta ve bu hususu kiralayanın "*kullandırma borcu*"nun bir parçası olarak kabul etmektedir. Nitekim bu husus TBK m.301 hükmünde "*Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür*" ifadelerine yer verilerek vurgulanmıştır.

Konut ve işyeri kiralaları bakımından benimsenen bu genel kabule rağmen taraflar, halihazır durumu itibariyle bina veya bağımsız bölüm olarak dahi "tamam" olmayan kiralananın, eksiklerinin tamamlanması ve öngörülen kullanım

amacına uygun hâle getirilmesi sorumluluğu kiracıya ait olacak şekilde kiralanması hususunda anlaşılabilirler. Böylece kira sözleşmesi, kira konusu taşınmazın teslim ânı itibarıyla “kararlaştırılan kullanım amacına uygun durumda olmadığı” bilinerek ve hatta “kiralananın kullanım amacına uygun hale getirme sorumluluğu kiracı tarafa ait olacak şekilde” kurulmuş olacaktır¹. Bu türden kira sözleşmelerinde, kira konusunu kararlaştırılan kullanım amacına elverişli hale getirecek taraf kiracı olup kiraya veren de kiralananın bu şekilde değiştirilmesine başlangıçtan itibaren muvafakat etmiş sayılacaktır. Bir diğer ifadeyle kiralanda yapılacak değişikliklerle ilgili olarak kiraya verenden ayrıca TBK m.321 hükmü anlamında “yazılı rıza alınması” aranmayacaktır.

Dört duvar kira sözleşmesi kurulmakla taraflar, kiralananın natamam (dört duvar) olarak teslimi ile kullanım amacına uygun hale getirme sorumluluğunun da kiracıya ait olmasını kararlaştırırlar. Ağırıklı olarak işyeri kiralarında başvuru bu yöntemde kiralanan, içi inşa edilmeden kiracıya teslim edilmekte; kiracı da binanın içini (masrafları kendisine ait olacak şekilde) kendi ihtiyaçlarına göre tamamlama/yenileme sorumluluğunu üstlenmektedir².

¹ Dört duvar kirası sözleşmesinin TBK m.301 karşısında (özellikle konut ve işyeri kiraları bakımından) bir geçerlilik sorunu yaşayıp yaşamayacağı tartışma konusu edilmiştir. Bu tartışmanın sebebi TBK m.301/2. cümle’deyer alan”*Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez*” şeklindeki düzenlemedir. Buna göre TBK m.301 gereği kiraya veren kira konusu şeyi, kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmak yükümlülüğü altındadır ki emredici nitelikte olan bu düzenlemedört duvar kira sözleşmesinin konut veya işyeri kirası niteliğinde olduğu durumlarda”*emredici hükme aykırılık tartışması*”nı gündeme getirmiştir. Doktrinde azınlık olduğu anlaşılan bir görüş, TBK m.301 hükmünün emredici olduğu ve dört duvar kira sözleşmesinin de bu hükme aykırılık sebebiyle geçersiz kabul edilmesi gerektiği yönündedir(ACAR, Faruk, **Kira Hukuku Şerhi (TBK m.299-332)**, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, TBK m.301, N.68). Diğer bazı yazarlar ise TBK m.301 hükmünün dar yorumlanması gerektiği ve dört duvar kirası sözleşmelerinin bu kapsama dahil edilmesinin isabetli olmayacağını savunmaktadır. (Bkz. İNCEOĞLU, M. Murat, **Kira Hukuku**, Cilt-1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 136-137; BAYSAL, Başak, “Kaba İnşaatın Teslimini Konu Alan İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, eds. Emrehan İnal, Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 113 dn. 2; ÜREM ÇETİNEL, Merve, **Kaba Yapı Kira Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 91 vd.)Ağırıklı olarak savunulan bu ikinci yaklaşım tarzına göre tartışmanın kaynağı olan bu hükmün “*kiracıyı koruma amacı taşıdığı*”na dikkat çekilerek “*menfaat*” kavramının dar yorumlanmaması gerektiği, kiracıya ayrıları gidermeye yönelik olmayan tadilat, tamirat, dekorasyon, yenileme vb. inşai faaliyetleri bizzat yürütmeye yetkisi verilmesinin de kiracıya sağlanan menfaat olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir. (Bkz. İNCEOĞLU, s. 137; aynı yönde bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 91 vd.). Bu ikinci yaklaşım tarzına göre dört duvar kirası bakımından kiraya verenin kira konusu taşınmazın teslimine ilişkin borcunun “*kiracının inşa faaliyetlerine elverişli hâlde teslimi*”ne tekabül ettiği belirtilmekte; hatta bu nitelikte bir sözleşmenin geçerliliğinin kiralanda gerçekleştirilecek inşai faaliyet masrafları sebebiyle kira bedelinin düşük tutulması veya süresinin uzun tutulması yahut kiracıya tazminat ödemesi şartına bağlanmasının isabetli olmayacağı ifade edilmektedir (Bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 91, 93).

² Bu durumdan hareketle sadece yeni ve natamam durumdaki binaların dört duvar kirasına konu edilebileceği düşünülmemelidir. Halihazır durumu itibarıyla dört duvar olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan, ancak bu durumu itibarıyla kiracının kullanım ihtiyaçlarına uygun olmayan kiralananların da dört duvar kirasına konu edilmesine bir engel yoktur. Bu ihtimalde kiracı öncelikle taşınmazı dört duvar haline getirme, akabinde de kendi kullanım amacına uygun hâle getirmek için gerekli inşai faaliyetleri gerçekleştirme sorumluluğunu üstlenmiş olur.

Bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilen kira sözleşmesine ilişkin temel esasların, uygulamadaki adıyla dört duvar kira sözleşmeleriyle uyumu, bu ilişkinin karakteristik özellikleri ortaya konularak; bu suretle kira sözleşmesi uygulamasında sıklıkla başvurulmuş bir yöntem olan, kiralananın dört duvar olarak sözleşmeye konu edildiği kira ilişkilerine uygulanacak kanun hükümlerinin izahına gayret edilecektir. Özellikle kira konusu için kiracı tarafından yapılan masrafların durumu her yönüyle değerlendirilecektir. Ayrıca sözleşme ilişkisinde kira bedelinin belirlenmesine yönelik özellik arz eden durumlar ile sözleşmenin sona ermesinin tarafların karşılıklı taleplerine etkisi ele alınacaktır.

I. DÖRT DUVAR KİRASİ KAVRAMI

A. Sözleşme İlişkisinin Tanımı ve Temel Özellikleri

Dört duvar kirası kiracının, kiralananın öngördüğü kullanım amacına uygun hale gelmesi için ihtiyaç duyulan her türlü tadilat, tamirat, yenileme, değiştirme ve hatta alt ve üst yapı işlerini, masrafları bizzat üstlenmek suretiyle, kendi arzu ve ihtiyaçlarına göre yapmayı kabul etmiş olduğu ve bunun karşılığında kiraya verenin de tüm bu tadilatların gerçekleştirilmesine razı olduğu (katlandığı) kira ilişkisidir³. Bu tür sözleşmeler, kiralanan taşınmazın⁴ genellikle işyeri olarak kullanılmak üzere kira sözleşmesine konu edildiği sözleşmelerdir⁵.

Karkas bina, kapa yapı-bina⁶, ham bina (*Rohbaumiete*) veya dört duvar kirası⁷ olarak isimlendirilen bu tür sözleşmelerde, işyeri olarak kullanılacak bina,

³ GAUCH, Peter, "Mängelhaftung des Vermieters und mangelhafte Mietsache-einige Gedanken zum neuen Mietrecht", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Band 128, 1992, s. 1, (Çevrimiçi: <https://www.unifr.ch/ius/stoeckli/de/assets/public/files/publications/PublikationenPeterGauch/MaengelhaftungdesVermietersundmangelhafteMietsache.pdf>, E.T. 07.02.2023); ZK-HIGI, OR Art.260a, N.4; BSK-WEBER, OR Art.256, N.6a; BIBER, Irène, "Die Rohbaumiete-ausgewählte Aspekte", *Mietrechtspraxis*, eds. Markus Wyttenbach, Irène Spirig, Anabel von Uslar, Pierre Stastny, mp 2015, s. 81, 15.01.2023 (Swisslex, 15.01.2023); ÖZTAŞ, İlker, *Kiralanda Yenilik ve Değişiklik Yapılması*, Ankara 2016, s. 27 vd.; GÖKYAYLA, Emre, *Kiralanda Kiracı Tarafından Yenilik ve Değişiklik Yapılması, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medenî Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri*, İstanbul, 2019, s. 178 (Lexpera-Literatür, 24.04.2023); ÜREM ÇETİNEL, s. 6.

⁴ Dört duvar kirası sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenen konut ve çatılı işyeri kirasıyla sınırlı olarak ele alınmaması ve kira hukukunda "kiralanan yer" vasfını taşıyan tüm mekânların (taşınır yapılar dâhil) bu sözleşmede kiraya konu değer olabileceği yönünde bkz. VISCHER, Moritz, *Die Rohbaumiete Zulässigkeit und Grenzen*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2014, s. 61 vd. (Swisslex, 15.01.2023); ZK-HIGI/BÜHLMANN, OR Art.253a, N.8; ÜREM ÇETİNEL, s. 8-9, dn. 28 ve s. 12.

⁵ BIBER, s. 81; ÜREM ÇETİNEL, s. 8.

⁶ Kapa yapı, "ortak alanı ve dış cephesi tamam olan, iç alanı temiz olmayan, altyapı bağlantıları bulunan dört duvarlı" alan olarak tanımlanmaktadır. (Bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 8; ayrıca bkz. HEUSI, Claudia, "Ausgewählte Fragen zur Geschäftsmiete, 2. Teil", *mietrechtspraxis/mp*, 1999, s. 5).

⁷ Farklı nitelendirmeler için bkz. ÖZTAŞ, sh. 27, dn. 86.

genellikle kaba inşaat seviyesinde olup; kiracı tarafından kullanılabilmesi için eksik kısımlarının tamamlanması veya esaslı bir şekilde değiştirilmesi ihtiyacı vardır. Farklı mesleki faaliyetler, ilgili işyerlerinin faaliyet alanının özelliklerine göre farklı şekilde düzenlenmesi ihtiyacını beraberinde getirir. Bir binayı işyeri olarak kullanmak üzere kiralamak isteyen kiracılar, binayı kendi kullanım ihtiyaçlarına göre düzenlemek ve bu suretle kendi faaliyet alanlarına uygun hale getirmek isterler. Bu sebeple binanın fiziki olarak tamamlanmamış olması veya kullanım ihtiyaçlarına göre sınırsız olarak değişiklik yapma imkânına sahip olmaları esasen muhtemel kiracıların da arzu ettiği bir durumdur⁸.

Bu tür kira ilişkilerinde kiralanan “*ham bina*” olarak teslim edildiğinden, teslim ânı itibariyle “*sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacı*”na uygun bir durumda değildir. Kiracı ve kiralayan bu durumu bilerek hareket eder ve binanın kullanım amacının kiracı tarafından belirlenmesi ve ona uygun olarak tamamlanmasını kararlaştırarak kira sözleşmesine taraf olurlar⁹. Bu sebeple söz konusu kira ilişkilerinin alelade kira ilişkilerinden ayrılması ve alelade kira ilişkileri dikkate alınarak hazırlanmış olan kanun hükümleri bu tür kira ilişkilerine uygulanırken dikkatli olunması gerekir¹⁰.

⁸ *Biber*, kiralanan taşınmaz tam olarak “inşa edilmemiş (*nicht voll ausgebaute Zustand der Mietsache*)” daha doğrusu; kiraya veren tarafından sağlanacak temel donanım, kira konusunun sadece sıvasız dış duvarlara ve düzenli altyapı bağlantılarına sahip olduğu bir halde sözleşmeye konu edildiği ve fakat kira konusu taşınmazda ortak alanların ve ortak tesislerin yanı sıra dış cephesi de tamamlanmış durumda olan taşınmazların konu edildiği sözleşmeler tanımını eleştirmekte (Bkz. BIBER, 82); bu bağlamda tarafların dört duvar kirası sözleşmesini inşaat sektöründeki kaba inşaat terimiyle sınırlı olarak kurmak zorunda olmadığını belirtmektedir. (Bkz. BIBER, s. 82; İsviçre hukukundaki bu görüşe katılan Türk hukukundaki görüş için ayrıca bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 8 ve 13). Şüphesiz tarafların bu hususta anlaşmasının önünde bir engel de yoktur. Ancak eser sözleşmesiyle dört duvar kira ilişkisini birbirinden ayırmak için herhangi bir kıstas getirmeyen bu görüşe “*olduğu gibi*” iştirak etmemiz mümkün gözükmemektedir. Kapsam, nitelik ve tâbi olduğu hükümler itibariyle birbirinden bütünüyle farklı bu iki sözleşmenin birbirinden ayrılmasını sağlamak üzere inşaat sektörü uygulamaları mutlak surette dikkate alınmalıdır. Elbette tarafların henüz inşa edilmemiş bir binanın önce kiracı tarafından inşa edilmesi akabinde de kiralınmasını konu alacak şekilde bir ilişki kurmaları da mümkündür. Ancak bu ihtimalde kira sözleşmesinden değil eser sözleşmesi ve kira sözleşmesinin birleştirilmesinden (bileşik sözleşme), yahut bu iki sözleşmenin esaslı unsurlarının aynı sözleşmede bir araya getirilmesinden ibaret (karma sözleşme) bir sözleşmeden söz edilmesi gerekeceğine dikkat edilmelidir. Nitekim mesele akaryakıt bayilik sözleşmeleri uygulamasında bayilik faaliyetinin yürütüleceği arsa üzerine önce ilgili tesislerin kiracı tarafından inşa edilmesi akabinde de bu tesisler ile taşınmazın kira sözleşmesi çerçevesinde kullanılması suretiyle bayilik tesisi sıklıkla başvurulan bir yöntemdir.

⁹ GAUCH, s. 189; BIBER, s. 82.

¹⁰ İsviçre hukukunda da dört duvar kira sözleşmelerinin kanunda düzenlenmiş kabul edilemeyeceği yönünde ayrıca bkz. BIBER, s. 79. Bununla birlikte dört duvar kirasının “*Rohbaumiete*” kavramı kullanılmak suretiyle İsviçre mahkeme kararlarına konu edildiği tespit edilmiştir. Bkz. BGE 104 II 202. Bu karar (BGE 104 II 202) dört duvar kirasına ilişkin kararların “*atası-Urvater*” olarak nitelendirilmektedir (Bkz. BIBER, s. 87). Dört duvar kirası sözleşmesinin karma sözleşme niteliği taşıdığı yönünde bkz. (İsviçre hukuku) BSK-GIGER, OR Art.253b, N.28 ve OR Art.256, N.90; ZANETTI, Gianni F., “Ausgewählte Aspekte der Rohbaumiete”, *mietrechtspraxis/mp*, eds. Markus Wyttenbach, Irène Spirig, Anabel von Uslar, Pierre Stastny, *Mietrechtspraxis*, 2011, s. 90, (Swisslex, 15.01.2023). VISCHER, s. 17; (Türk hukuku) GÜMÜŞ,

B. TBK m.301 ve Dört Duvar Kirası

Türk Borçlar Kanunu'nun özellikle çatılı işyeri ve konut kirasına ilişkin hükümleri, kiralananın teslim ânı itibariyle, sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına uygun bir hâlde bulunması ön kabulü ile kaleme alınmıştır. Nitekim bu durum, TBK m.301 hükmünde “*kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür*” ifadelerine yer vermek suretiyle kuşkuya mahal kalmayacak şekilde belirtilmiştir. Buna ek olarak kira bedelinin sadece kullanımın karşılığı değil; aynı zamanda binanın sözleşme süresince kullanıma uygun hâlde bulundurulmasının da karşılığı olduğu ifade edilmektedir¹¹. Kiraya verenin kiralananın bakımını yapma yükümlülüğü, kiracının kira konusunu sözleşmeye uygun olarak kullanma ve binadaki ayıpları derhal bildirme yükümlülüğüyle de doğrudan ilişkilidir¹². Unutulmamalıdır ki kiraya verenin kiralananı teslim ve tahsis amacına uygun olarak kullanıma hazır bulundurma borcu, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan ileri gelmektedir.

Kira sözleşmesinin kurulmasıyla uygulama alanı bulan TBK m.299 vd. hükümlerinin tamamı dört duvar kirası sözleşmesine doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Aşağıda açıklanacağı gibi kira sözleşmesine ilişkin bu hükümlerin dört duvar kirasına doğrudan uygulanması uygun düşmeyecektir. Ancak bu durumdan hareketle dört duvar kirasının, kullanım borcu doğuran diğer hukukî ilişkilere kıyasla kiralananın mülkiyetini devir unsuru içermediğinden (ayrıca bkz. finansal kiralama sözleşmesi) *sui generis* bir hukukî ilişki olarak nitelendirilmesi de isabetli olmaz¹³. Kiraya veren, kira konusu nesnenin sözleşme süresi boyunca ve bedel karşılığında kiracı tarafından kullanılmasına (tıpkı “tipik” kira sözleşmesinde¹⁴ olduğu gibi) rıza göstermekte¹⁵; yoksa ayrıca kiralananın mülki-

Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 298; Yarg. 3. HD., E. 2017/259, K. 2017/109, T. 17.01.2017 (Lexpera-İçtihat, 13.04.2023). *Zanetti* dört duvar kira sözleşmesinin uygulamadaki ihtiyaçların karşılanması için kanunda düzenlenmesi gerektiği kanaatindedir (Bkz. ZANETTI, s. 103). Dört duvar kira sözleşmesinde kiracının kural olarak bir inşa yükümlülüğü olmadığı için bu hukukî ilişkinin de “*bir kira sözleşmesi*” olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 56.

¹¹ ZANETTI, s. 96.

¹² BSK-WEBER, OR Art.256, N.1; ZANETTI, s. 96; Ayrıca bkz. GÜMÜŞ, s. 237 vd.; ÇABRİ, Sezer, **Kiraya Veren Ayıptan Sorumluluğu**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2023, s. 29 vd.

¹³ ZANETTI, s. 94.

¹⁴ Tipik kira sözleşmesi kavramı için ayrıca bkz. ZK-HIGI, OR Art.253, N.32.

¹⁵ BIBER, s. 83. *BİBER*, dört duvar kirasında kiracının, sözleşme uyarınca sahip olduğu kira konusunda değişiklik yapma yetkisi göz önünde bulundurulduğunda bu sözleşmede sadece kullanım hakkının devrini içerir sözleşmelerin kapsamını bir yönüyle aştığı ve fakat bu durumun sözleşmenin nitelendirilmesinde kira ilişkisinden tamamen farklı ele alınmayı gerektirmediği ayrıca vurgulanmıştır. Bkz. BIBER, s. 83.

yetini devir taahhüdünde bulunmamaktadır. Her ne kadar bu sözleşmede alelade kira sözleşmelerinden farklı olarak kiracıya, kira konusu yapı üzerinde esaslı değişiklik yapma yetki ve sorumluluğu tanınmakta ise de bu durum dört duvar kira sözleşmesinin “*kira sözleşmesi*” karakterini bütünüyle değiştiren veya bu sözleşmeyi kendine özgü yapıya sahip ayrı bir sözleşme tipi haline getirebilecek bir unsur olarak görülemez.

Şu hâlde dört duvar kirası sözleşmesi kanunda “tipik bir sözleşme” olarak açıkça *düzenlenmiş olmasa da*¹⁶ bu hukukî ilişkiye uygulanacak hükümlerin kira sözleşmesi hükümleri dikkate alınmadan belirlenmesi mümkün değildir¹⁷. Belirtilen bu hukukî durumun bir gereği olarak dört duvar kirasında kiraya verenin kiralananı, tahsis amacı doğrultusunda kullanıma hazır olarak teslim etme borcunu, “*kiralananı, kiracının kullanım amacına uygun hale getirmesine elverişli bir şekilde teslim etme borcu*” olarak anlamak gerekir¹⁸. Bir diğer ifadeyle örneğin eczane veya avukatlık bürosu olarak kullanılacak bir taşınmaz bu amaçla kullanılacak bir mekâna dönüştürülmeye elverişli olmalıdır¹⁹. Bu yaklaşım, dört duvar kirasında kiralayanın ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kapsamının da işin niteliğine uygun bir şekilde belirlenmesini gerekli kılar²⁰. Böylece dört duvar kirası sözleşmesine konu bir taşınmazın başlangıçta ayıplı olup olmadığı “*sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli olup olmadığı*”na bakılarak değil “*sözleşmede amaçlanan kullanıma uygun hale getirilmesi için yapılması öngörülen inşaat faaliyetlere başlanmasına uygun olup olmaması*”na bakılarak belirlenecektir.

II. DÖRT DUVAR KIRASINDA KİRALANAN İÇİN YAPILAN MASRAFLARIN KİRA BEDELİYLE İLİŞKİSİ

A. Kira Sözleşmesinde Kiralanan İçin Yapılan Masrafların Durumu

Kira sözleşmeleri bir şeyin kullanılması ve bu kullanım ile birlikte o şeyden yararlanma hakkının kiracıya bırakılması, kiracının da bu kullanım karşılığında kiraya verene belli bir kira bedelini ödemeyi taahhüt ettiği iki tarafa borç yük-

¹⁶ ZANETTI, s. 93.

¹⁷ ZANETTI, s. 94, dn. 22.

¹⁸ GAUCH, s. 189 vd., BSK-WEBER, OR Art.256, N.6a; ZANETTI, s. 95; BIBER, s. 82.

¹⁹ BIBER, s. 87.

²⁰ Ayrıca kira bedelinin belirlenmesinde sözleşmede kira konusuna bakım yükümlülüğünün kiracıya ait olduğu dikkate alınmak durumunda olduğuna (sözleşmede dengenin kurulması bakımından) işaret edilmektedir. Bkz. ZANETTI, s. 97. Ayrıca bkz. BGE 104 II 202.

yen sözleşmelerdir²¹. Sözleşmenin niteliği gereği tarafların temel edim yükümlülüklerinin yanı sıra başkaca yan edim yükümlülükleri de bulunur. Örneğin TBK m.301 uyarınca kiraya veren, kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma uygun bir halde teslim etmeli ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmalıdır. Kiracı ise kiralanan şeyi özen borcu kapsamında sözleşmedeki amaçlanan kullanıma uygun olarak özenle kullanılmalıdır. Bu yükümlülüğünün bir gereği olarak kiracı, aynı zamanda kiralananı nasıl teslim almışsa sözleşmenin bitim tarihi itibarıyla kural olarak o durumda iade etmekle yükümlüdür (TBK m.334).

Kiralananın fiziki durumuna ilişkin bu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun, kiralananın sözleşme süresince “*teslim edildiği gibi muhafaza edilmesi*”ni esas kabul ettiği sonucuna ulaşılabacaktır. Kiracı, kira sözleşmesi ile kiralananı kullanma hakkı elde eder; yoksa eşyanın özüne müdahale etme imkânını değil²². Bu durum, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen kira sözleşmelerinde kiralanan bir masraf yapılması gerektiğinde, bu yükümlülüğün kiraya verene ait olduğu sonucuna ulaşılabasını gerekli kılar. Ancak kira sözleşmesi uygulamasında kiracıların da kira konusu için birtakım masraflar yaptıkları; yapılan masrafın kimi zaman zorunlu, kimi zaman faydalı, kimi zaman ise lüks masraf niteliği taşıdığı görülmektedir. Bu gibi durumlarda kiracıların yapmış olduğu söz konusu masrafların hukukî durumunun açıklığa kavuşturulması; özellikle kiracının yapmış olduğu masrafların ödenmesini kiralayandan talep etmesinin mümkün olup olamayacağının ortaya konulması bakımından önemlidir.

Türk Borçlar Kanunu’nun kiraya ilişkin hükümleri arasında, kiracının kiralanan masraf yapmasının hukukî sonuçlarını düzenleyen iki ayrı hüküm bulunur. Bunlardan ilki TBK m.306, ikincisi ise TBK m.321’dir. Her iki hüküm de kiracının söz konusu masrafları, gönüllü bir faaliyet olarak yaptığı kabul edilerek kaleme alınmıştır. Dolayısıyla TBK’da benimsenen bu sistemde kiracının kira konusu şey için masraf yapma borcu yoktur. Sözleşme süresince kiralanan masraf yapılması zorunluluğu ortaya çıkacak olur ise onun yükümlüsü kiraya veren olacaktır. Zira TBK m.301’de de belirtildiği gibi “*kiraya veren, ... sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür.*” Dolayısıyla kiracı, bu tür bir borcu bulunmamasına rağmen kiralanan bir masraf yapmış ise bundan kiracı değil (kural olarak) kiraya veren istifade etmiş olur. Zira yapılan bu

²¹ GÜMÜŞ, s. 194-195; YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Birinci Cilt, 11. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2022, s. 415.

²² GÖKYAYLA, s. 175; GÜMÜŞ, s. 195.

harcama, netice olarak kiralananın ya değerinin korunmasına veya artmasına hizmet eder. Bu sebeple söz konusu masrafların kiracı tarafından yapılması ihtimali için kiracı lehine, bazı koşullara bağlı olarak ya “*kiralanan için yaptığı masrafların*” (TBK m.306) veya yapılan yenilik ve değişiklik sebebiyle oluşan “*değer artışının*” (TBK m.321) ödenmesini talep yetkisi tanınmıştır. Bu hukukî duruma rağmen TBK m.306 veya TBK m.321 hükmünde, söz konusu masraf harcamalarının hangi esaslara göre talep edileceği hususu açıklanmış değildir. Bu sebeple kiralandaki ayıbın giderilmesine yönelik olarak kiracının yaptığı masrafların iadesinin vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanarak sağlanması gerektiği kabul edilmektedir²³. Buna göre:

- a. TBK m.306 hükmünde kiracı, kiralananın ayıplı olması durumunda uygun bir süre içerisinde kiralayandan ayıbın giderilmesini istemesine rağmen ayıp giderilmez ise kendisine bazı yetkiler tanınmıştır. Bunlardan birisi de “*kiralananındaki ayıbın kiralayan hesabına giderilmesi ve bu faaliyet neticesinde ortaya çıkan giderlerin kira bedelinden indirilmesi*”dir.
- b. Kiracıya tanınan “*kiralayan hesabına ayıpları giderme yetkisi*” önemli olmayan ayıplara ilişkin olup kiracı, bu çerçevede yaptığı masrafları kira bedeline mahsup edebilir. Önemli ayıpları ise kiracının TBK m.113 hükmü çerçevesinde hâkimden izin almak suretiyle giderme ve böylece oluşan masraflarının kendisine vekâletsiz iş görme hükümlerine göre ödenmesini isteme yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir²⁴.
- c. Eğer kiracı önemsiz ayıpları kiralayana süre vermeden veya önemli bir ayıbı hâkimden izin almadan giderir ise yaptığı masrafları yine vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilecektir. Aynı şekilde kiracının kiraya verene ulaşamadığı veya kiralananına acil müdahale etmesi gerektiği durumlarda, ayıpları gidermek amacıyla yaptığı harcamaların ödenmesini de vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilecektir²⁵.
- d. Kiracının kiralananına yaptığı masraf sebebiyle, kiraya verene karşı bir talep hakkına sahip olabildiği ikinci durum TBK m.321’de düzenlenmiştir²⁶. Bu

²³ ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 282; Ayrıca bkz. ÖZTAŞ, s. 25 vd.; İNCEOĞLU, s. 174 vd.; ÇABRİ, s. 232 vd.

²⁴ Kiracının yaptığı masrafların iadesini, hangi durumlarda vekâletsiz iş görmenin hangi türüne göre sağlanabileceği hususundaki tartışmalar için bkz. ÖZTAŞ, s. 25 vd.

²⁵ ÖZTAŞ, s. 25.

²⁶ TBK m.321 benzeri bir hüküm 6570 sayılı Kanun veya 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda bulunmamaktadır. Bu hüküm 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile hukuk hayatımıza dahil olmuştur.

hükümde kanun koyucu, kiralananın kiracı tarafından yenilenmesi ve değiştirilmesinin sonuçlarını düzenlemiştir. Buradaki anlamı ile yenilik ve değişiklik “*eşyanın özüne müdahale*” niteliği taşır; yoksa sözleşmenin niteliğine göre kiralananda zaten bulunması gereken bir özelliğin kazandırılması bu anlamda yenilik ve değişiklik sayılmaz²⁷.

B. Dört Duvar Kiralarında Kiralanan İçin Yapılan Masraflar

Dört duvar kiralarında ilişkinin niteliği Türk Borçlar Kanunu’nda benimsenen sorumluluk düzeninden farklı bir sorumluluk düzenini gerekli kılmaktadır. Bu tür kira sözleşmeleri bağlamında kiralananda teslim ânı itibarıyla mevcut eksikliklerin kiracı tarafından tamamlanması ile TBK m.321 anlamında “*yenilik ve değişiklik*” ve TBK m.306 anlamında “*ayıpların giderilmesi*” birbirinden farklıdır²⁸. TBK m.306 ve 321 hükümleri, “*kiralananın kullanım amacına uygun bir şekilde teslim*” ile “*sözleşme süresince amaca uygun kullanıma hazır bulundurma*” borcu esas alınarak kaleme alınmış hükümlerdir. Her iki durumda da kiraya veren, eşyayı kullanım amacına uygun fiziki özelliklere sahip olarak teslim borcu altındadır. Kiracı ilk ihtimalde (TBK m.306) eşyadan istifadeye engel olan/zorlaştıran eksikliklerin giderilmesini talep etmekte, ikinci ihtimalde ise (TBK m.321) sözleşmede bu tür bir yükümlülüğü veya yetkisi olmamasına rağmen eşyanın fiziki özelliklerini kendi ihtiyacına göre değiştirme yoluna gitmektedir. Oysa dört duvar kirasında, binanın kullanım amacına uygun hale getirilmesi kiracı açısından “*isteğe bağlı/gönüllü bir faaliyet*” değil; gerçek anlamı ile borç niteliği taşımaktadır²⁹. Kiracı, binayı ham haliyle teslim almayı ve ka-

²⁷ GÖKYAYLA, s. 176.

²⁸ Kiracının “*kaba inşaatı kiraladıktan sonra*” yaptığı yahut yapmak istediği ince işlerin TBK m.321 hükmü kapsamında yer aldığı yönünde bkz. BAYSAL, s. 113, dn. 2.

²⁹ BIBER, s. 90; Aksi yönde bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 53. *Ürem Çetinel*, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinde kiracının sadece yenilik ve değişiklik yapma yetkisiyle donatıldığını ve fakat bu yenilik ve değişikliğin bir borç teşkil etmediğini; ancak tarafların inşaat faaliyetlerinin kiracı tarafından gerçekleştirilmesini bir borç olarak kararlaştırabileceklerini yahut bu yönde bir teamül söz konusu ise kiracının inşa yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmektedir. (Bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 53 vd.) Bu sebeple *Ürem Çetinel* dört duvar kira sözleşmesini Türk Borçlar Kanunu anlamında bir kira sözleşmesi olarak kabul etmekte ve bu ilişkiye Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını ileri sürmektedir. (Bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 56). Bu görüşe iştirak edebilmemiz mümkün gözükmemektedir. Dört duvar kira sözleşmesinin uygulamayla ortaya çıkmış olan karakteristik özelliği, kiralananın kiracının kullanım amacına uygun hâle getirilmesi için ihtiyaç duyulan inşa faaliyetlerinin kiracı tarafından (kiracının sorumluluğunda) yürütülmesidir. Bu faaliyet kiracının bir borcu olarak kabul edilmekte olup (ayrıca bkz. Yarg. 6. HD., E. 1994/1824, K. 1994/2090, T. 21.02.1994, 16.04.2023 Lexpera-İçtihat); bu özelliği itibarıyla dört duvar kira sözleşmesi diğer konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde kiraya verenin borçları bakımından (esaslı unsurları itibarıyla) ayrılmaktadır. Ayrıca dört duvar kirasında, özellikle birden fazla işyerinin bulunduğu yerlerdeki (alış-veriş merkezi, plaza gibi) sözleşme ilişkilerinde işyerinin kullanım amacına uygun hale getirilip kullanılmasında (açık tutulmasında) sadece kiracının değil, kiraya verenin (hatta aynı mahalde faaliyet gösteren diğer işyeri sahiplerinin) de menfaati bulunmaktadır. Kaldı ki dört duvar kirasında kira-

rarlaştırılan kullanım amacına uygun fiziki özelliklere sahip hale getirmeyi “*kendisi için borç olarak*” benimsemek suretiyle bu ilişkiye dahil olmaktadır³⁰. Kiracının, olağan bir konut ve çatılı işyeri kirasında, teslim ânında mevcut olduğu anlaşılan veya sonradan oluşan ayıbı gidermek şeklinde bir borcu bulunmadığı gibi kiralananı başlangıçta veya sonradan yenilemek yahut değiştirmek şeklinde bir yükümlülüğü de yoktur. Nitekim TBK m.306 ve 321 hükümleri de söz konusu faaliyetleri “*kiracının isteğe bağlı faaliyetleri*” olarak düzenlemeyi tercih etmiştir.

Bu hukukî durum sebebiyle dört duvar kirasına ne TBK m.306 hükmünün ne de TBK m.321 hükmünün doğrudan uygulanması mümkündür³¹. Dolayısıyla bu tür kira sözleşmeleri bakımından esas olan tarafların sözleşmeye yansıtılmış iradesidir. Özellikle vurgulamak gerekir ki “*binanın kullanıma hazır hale getirilmesi için ihtiyaç duyulan eksikliklerini giderme*” (ve bu suretle kiralananı kullanıma hazır hâle getirme) sorumluluğunun kiracıya ait olması yönündeki mutabakatın geçersizliğine sebebiyet verecek bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Bu sebeple tarafların sözleşmeyi dört duvar kirası olarak akdetmeleri kiracının, kiralananı kullanım amacına uygun hale getirecek değişiklik ve yenilikleri yapma borcu altına girmesi için yeterli kabul edilecek; tarafların bu hususu ayrıca bir borç olarak düzenlemeleri aranmayacaktır³². Dört duvar kira ilişkisinin niteliği bu türden bir sonuca ulaşılmasını gerekli kılar.

ya verenin TBK m.301 hükmünden kaynaklanan teslim borcunun kapsamının, diğer kira sözleşmelerine kıyasla esaslı derecede farklı olduğu *Ürem Çetinel* tarafından da vurgulanmaktadır (bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 65). Aynı şekilde *Ürem Çetinel* de dört duvar kirası sözleşmesinin istisnai görünümü olarak nitelendirdiği inşaa faaliyetlerinin kiracı tarafından gerçekleştirileceğinin kararlaştırıldığı durumlarda inşaa faaliyetlerini, kiracının “*karakteristik edimi olarak*” gösterdiği gibi (bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 57) kira sözleşmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin (ör. TBK m.301, 306, 321) bu sözleşme ilişkisine doğrudan uygulanmasını da kabul etmemektedir. (Bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 25 vd.) Yine *Ürem Çetinel*, “*adi kira sözleşmesinden farklı olarak*” kira konusunun TBK m.301 uyarınca öngörülenin aksine kullanıma elverişli olarak kiracıya teslim edilmediğini (diğer bir ifadeyle kiraya verenin bu nevi bir borç altında olmadığını) ve kiraya verenin borcunun kira konusunun “*kiracı tarafından inşaa edilmeye elverişli olarak teslimi*” olduğunu vurgulamaktadır. (Bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 64-65, 93, 102).

³⁰ BIBER, s. 90.

³¹ ÜREM ÇETİNEL, s. 25 vd.; Kiralananadaki değer artışına ilişkin olarak TBK m.321’in dört duvar kirası sözleşmesi için de uygulanabileceği yönünde bkz. ÖZTAŞ, s. 34; GÖKYAYLA, s. 179.

³² Bu noktada özellikle vurgulamak gerekir ki kira sözleşmeleri uygulamasında, dört duvar kira sözleşmesinin söz konusu olduğu (neredeyse) bütün durumlarda, sözleşmeye konu işyerinde yürütülecek inşaa faaliyetlerin türü, süresi ve faaliyete başlama zamanı ile işyerini açık tutma sorumluluğu özel olarak düzenlenmekte ve bütün bu hususlar kiracı için tam bir borç haline getirilmektedir. Elbette buradan hareketle söz konusu inşaa düzenlemeleri yapmanın kiracı açısından mutlak bir zorunluluk olduğu da iddia edilemez. Bu açıdan önemli olan söz konusu değişiklik/yeniliklerin kiracının kullanım ihtiyaçları açısından gereklilik olup olmadığıdır. Kiracı, eğer kullanım ihtiyaçlarına uygun ise kiralananı herhangi bir değişiklik yapmadan da kullanabilir (Karş. BIBER, s. 95-96).

Dört duvar kiralalarında kiracının, mevcut kira sözleşmesinden kaynaklanan borcunun ifası amacıyla yürüttüğü inşâî faaliyetlerin TBK m.306 hükmünde düzenlenen “*ayıbın kiracı tarafından giderilmesi*” ile bir ilgisi bulunmadığı³³ gibi TBK m.321 hükmünde düzenlenen “*yenilik ve değişiklik*” ile de bir ilgisi bulunmamaktadır. Dört duvar kira sözleşmelerinde taraflar, daha sözleşmenin kurulması aşamasında, binanın kiracının kullanım amacına uygun hale getirilmesini sağlayacak inşâî faaliyetlerin yürütülmesi sorumluluğunu kiracıya bırakmış olmaktadır.

Gelinen noktada İsviçre Federal Mahkemesinin dört duvar kiralalarının atası olarak nitelendirilen kararına temas edilmesi isabetli olacaktır³⁴. Karara konu olayda kiracı, kiraya verenin rızasıyla, ticari bir işletme kurduğu kiralık binayı masrafları kendisine ait olmak üzere yenileyerek kendi istek ve ihtiyaçlarına göre yeniden düzenlemiştir. Kira sözleşmesinin sona ermesi üzerine kiracı, yaptığı yatırımlar için kiraya verenden bu masrafların kendisine ödenmesini talep etmiştir. Kiracı, kira konusu taşınmazın masrafları kendisine ait olmak üzere yenilemesine ve kendi isteklerine göre yeniden inşa etmesine ilişkin sözleşme hükmünün, OR Art.254/1³⁵ en azından kısmî olarak aykırı ve dolayısıyla geçersiz olduğunu iddia etmiştir.

Federal Mahkeme söz konusu kararında kiracının kiralanan için yaptığı masrafları, ayıpların giderilmesi için yapılanlar ile yenileme (yahut dönüştürme) amacıyla yapılanlar şeklinde ayırmış³⁶; devamla kiracının gerçek anlamda yenileme masrafları olarak ifade ettiği masrafların “*kiraya verenin sorumluluğunda bulunan maddi ayıpların giderilmesi için yapılan masraflar*” ile “*kiracının kullanım amacı doğrultusunda yapılan değişiklikler için yapılan masraflar*” olarak ayrı ayrı ele alınması gerektiği, ancak somut olayda bu ayırımın yapılmadığı gerçeğine dikkat çekmiş; sonuç olarak da kiracının kullanım amacının gereği olarak gerçekleştirilen “*dönüşüm masraflarının*” kiracıya ait olmasına ilişkin sözleşme hükmünün(o tarihte yürürlükte bulunan) BMM Art.5 (ve dolayısıyla OR Art 254) hükmüne aykırı olmadığı (geçerli kabul edilmesi gerektiği) sonu-

³³ ÖZTAŞ, s. 26.

³⁴ BGE 104 II 202; Nitelendirme için ayrıca bkz. BIBER, s. 89.

³⁵ Daha sonra değiştirilen (o tarih itibarıyla yürürlükteki) İsviçre Borçlar Kanunu'nun 254/I hükmü şu şekilde kaleme alınmış idi: «*Der Vermieter ist verpflichtet, die Sache in einem zu dem vertragsmässigen Gebrauche geeigneten Zustande zu übergeben und während der Mietzeit in demselben zu erhalten.*» («*Kiraya veren, kiralananı sözleşmede öngörülen kullanıma elverişli bir şekilde teslim etmek ve kira süresi boyunca aynı durumda muhafaza etmekle yükümlüdür*»). Ayrıca bkz. BIBER, s. 89. Türk hukukunda söz konusu tartışma için ayrıca bkz. dn. 1.

³⁶ BGE 104 II 202.

cuna ulaşmıştır³⁷. Bununla birlikte Federal Mahkemenin bu kararı, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin esaslarıyla uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁸. Federal Mahkemenin bu yaklaşımı, yalnızca kiracı tarafından yapılan yenileme veya bakım çalışmalarının “uygun bir bedel-karşılık (*zulänglichen Ausgleich*)” gerektirdiği sonucuna varılmasına sebep olmaktaysa da yenileme çalışmaları için kiracıya herhangi bir bedel ödenmesi gerekli değildir³⁹.

Dört duvar kiralarda kiraya verenin sorumlu tutulabileceği masraflar, temel donanım (binanın dört duvar haline getirilmesi için gerekli)ilişkin olanlarla sınırlı olabilir⁴⁰. Bu sebeple söz konusu bina dört duvar olarak dahi ayıplı ise aksi kararlaştırılmadığı sürece bu ayıpların giderilmesinden (veya ilgili masraflardan) kiraya veren sorumlu olacaktır. Hiç kuşkusuz taraflar aksine anlaşma yapabilir ve binanın dört duvar hali ile sahip olduğu ayıp ve/veya eksikliklerin kiracı tarafından karşılanmasını da kararlaştırabilirler.

III. DÖRT DUVAR KİRASINDA KİRACININ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

A. TBK m.321 Hükmü Dört Duvar Kirası Sözleşmelerine Uygulanabilir mi?

Dört duvar kirasında, binanın kullanım amacına uygun hale getirilmesi kiracı açısından “*isteğe bağlı/gönüllü bir faaliyet*” olmaktan ziyade onun sözleşme ile üstlendiği bir sorumluluktur⁴¹. TBK m.321 hükmünün, dört duvar kirasına uygulanma ihtimalinin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir⁴². TBK m.321 hükmü, tıpkı dört duvar kirasında olduğu gibi kiracının şahsî isteğine bağlı olarak gerçekleştirdiği yenilik ve değişikliklerin bir gereği olarak masraf yapması esasına dayanmaktadır⁴³. TBK m.321’de, sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygunluğu noktasında bir tereddüt bulunmayan kiralanda, kiracının şahsî kullanım ihtiyaçlarının bir gereği olarak yapılmış olan yenilik ve değişikliklere bağlı olarak oluşan değer artışının kiraya verenden talep edilmesinin mümkün olup olmadığı düzenlenmiştir. Doktrinde bir kısım yazarlar, TBK m.321 (OR

³⁷ Ayrıca bkz. BIBER, s. 89.

³⁸ Ayrıca bkz. BIBER, s. 89 ve 95.

³⁹ BIBER, s. 89 ve 95.

⁴⁰ BIBER, s. 89, dn. 43.

⁴¹ BIBER, s. 90.

⁴² Bu hükümde (OR Art.260a) düzenlenen durum ile dört duvar kirası arasında paralellik olduğu yönünde bkz. BIBER, s. 90.

⁴³ BIBER, s. 90.

Art.260a) hükmünün doğrudan veya en azından kıyasen dört duvar kirası sözleşmelerinde de uygulanması gerektiğini ileri sürmekte⁴⁴; temel argümanı olarak da kiralananda gerçekleştirilen yenilik ve değişikliklerin dört duvar kira ilişkisi uyarınca yapılan değişiklik ve/veya dönüştürme faaliyeti mi yoksa TBK m.321 (OR Art.260a) uyarınca gerçekleştirilen tamamlama veya yenileme faaliyeti olarak mı nitelendirileceğinin uygulamada zorluk ve sorunlara yol açacağını savunmaktadır⁴⁵.

Dört duvar kirasında kiralananın kararlaştırılan kullanım amacına uygun hâle getirilmesi için gerekli eksiklerinin tamamlanması veya yenilenmesi kiracının karşı edim borcunun bir parçası iken TBK m.321 hükmünde düzenlenen yenilik ve değişikliklerin kiracının asıl edim borcu ile bir ilgisi yoktur. Dört duvar kirasında kiracı tarafından tamamlanan veya yenilenen unsurlar, kiralananın sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun hâle getirilmesi ve sözleşme süresince bu şekilde bulunmasına hizmet eder⁴⁶. TBK m.321(OR Art.260a) hükmünün uygulama alanına giren yenilik ve değişikliklerin ise kiralananın, sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına uygun hâle getirilmesi ile bir ilgisi yoktur. Kiralanan sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına uygun bir şekilde kiracıya teslim edilmiş; ancak kiracı sözleşmenin devamı esnasında kendi ihtiyaçları için kiralananın fiziki özellikleri ile ilgili bir değişiklik veya ekleme yahut yenileme yapmak istemektedir. Bir diğer ifadeyle TBK m.321 hükmünde sözü edilen yenilik ve değişiklikler taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası-unsuru değildir⁴⁷. Bu sebeple de anılan türden yenilik ve değişiklikler ancak “*kiraya verenin yazılı rızasıyla*” yapılabilir (TBK m.321/1, OR Art.260a/1); aksi takdirde kiracı sözleşmeyi ihlâl etmiş olur⁴⁸. Bu hukukî durum TBK m.321

⁴⁴ Doğrudan uygulanma görüşünü savunan yazarlar için bkz. BIBER, s. 91, dn. 50; Hükmün kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. ZK-HIGI, OR Art.260a, N.4; Hükmün uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. BSK-WEBER, OR Art.260a, N.2; ZANETTI, s. 99; BIBER, s. 90 vd.

⁴⁵ Ayrıca bkz. BIBER, s. 91; ÜREM ÇETİNEL, s. 24 vd.

⁴⁶ BIBER, s. 90.

⁴⁷ BIBER, s. 90.

⁴⁸ *Biber*, bu iki durum arasındaki farkın ortaya konulması bakımından “sıhhi tesisatı olmayan bir ofis alanı kirası” örneğine başvurmuştur. Buna göre kiracının kiraladığı taşınmazı öngörülen ofis olarak kullanma amacı doğrultusunda kullanılabilmesi için sıhhi tesisat (tuvalet-banyo-pişirme köşesi) inşa etmesi gerekmektedir. Sözleşme dört duvar kirası ise sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte kiraya verenin bu inşa faaliyetine rıza gösterdiği varsayılacaktır. Bunun aksine kiracı, halihazırda ofis olarak kullanılan kiralananın ortak dinlenme odasında çalışanları için bir tırmanma duvarı inşa etmek istiyorsa, ilgili inşaat işinin gerçekleştirilmesi, kira konusu taşınmazın kullanım amacına uygun hâle getirilmesine hizmet etmez. Aksine, bu türden inşaat işleri, kira konusu taşınmazın sözleşmeye uygun olarak tamamlanması veya değiştirilmesinin ötesine geçmektedir. Dolayısıyla kiracının bu talebi, artık kira konusu taşınmazın sözleşmeye uygun kullanımının bir parçası değildir. Bkz. BIBER, s. 90-91.

hükümünün dört duvar kirası bakımından doğrudan uygulanmasının hükmün sevk edilmesi ile güdülen amaca uygun olmadığını açıkça ortaya koymaktadır⁴⁹.

Sonuç itibarıyla dört duvar kirası, kiracının kiralananında kendi kullanım amacına hizmet edecek tamamlama, yenileme ve değişiklik işlerini gerçekleştirmeyi sözleşmenin kurulması aşamasında borç olarak üstlendiği bir kira sözleşmesidir⁵⁰. Bu sözleşmede kiracının gerçekleştireceği inşaa faaliyetler için kiraya verenden ayrıca yazılı ya da sözlü olarak bir rıza alınması da aranmayacaktır⁵¹. Şüphesiz kiracı, gerçekleştireceği değişiklik ve yenilik çalışmaları sırasında taşınmazın diğer kısımlarının zarar görmemesi yahut bir zarar tehlikesine maruz kalmamasına yönelik özen yükümlülüğü altındadır⁵². Diğer bir ifadeyle yapılacak değişiklikler kira sözleşmesinin konusu oluşturan taşınmaza zarar verici nitelikte olmamalıdır⁵³.

Dört duvar kirasının bu özellikli durumu dikkate alındığında, kiracının sözleşmenin kurulmasından (hatta ilgili inşaa faaliyetler tamamlanıp kullanılmaya başlanmasından) sonraki bir zamanda, kiralananında değişiklik yapmak istediği durumlarda da kiraya verenden yazılı izin almasının gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmasını gerekli kılar. Unutulmamalıdır ki bu sözleşmede kiracı “*kiralananı kullanıma elverişlilik bakımından teslim aldığı gibi iade etme*” borcu altında değildir. Bir diğer ifadeyle dört duvar kirasına TBK m.334 hükmünün de doğrudan uygulanması mümkün olmaz.

B. Dört Duvar Kirasında Kira Bedelinin Belirlenmesi

Taraflar arasında bir dört duvar kirası sözleşmesi kurulması halinde, kiracının kiralanan mülkü kararlaştırılan amaç doğrultusunda (örneğin ofis, eczane, mağaza vb.) kullanmasına elverişli hale getirecek birtakım masrafların yapılması gerekecektir ki bunların kendi nam ve hesabına kiracı tarafından gerçekleştirilmesi esastır⁵⁴. Unutulmamalıdır ki “dört duvar halinde” bulunan kiralananın

⁴⁹ Aynı yönde bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 26 vd. Bu sebeple kira bedeli de kiralananın sözleşmenin kurulduğu anki durumu esas alınarak belirlenecektir. Ayrıca bkz. BIBER, s. 92.

⁵⁰ BIBER, s. 92-93.

⁵¹ Meğer ki ilgili yenilik ve değişiklik taşınmaza (yapısal bir) müdahale edilmesini gerektiriyorsa veya gerçekleştirilecek yenilik ve değişiklik ev sahibinin veya kira sözleşmesinin ortaklarının, (örneğin ortak kiracıların) haklarına zarar veriyorsa (bu hakları önemli ölçüde etkiliyorsa), kiraya verenin rızası alınmalıdır. Bkz. BIBER, s. 95; ÜREM ÇETİNEL, s. 26.

⁵² Bkz. TBK m.316; OR Art.257f.

⁵³ Ayrıca bkz. BIBER, s. 96.

⁵⁴ BIBER, s. 93.

kullanım amacı doğrultusunda “tamamlanması” (veya bazı kısımlarının yenilenmesi), kiracı tarafından gerçekleştirilecek ek inşaat işlerine tekabül etmektedir. Kiracı ihtiyaçlarının gerekli kılması ihtimalinde kira konusu taşınmazın mevcut bazı bileşenlerinin kaldırılması da (ör. Ara bölmelerin kaldırılması) bu türden inşâî faaliyetler kapsamında kabul edilecektir⁵⁵. Bu nedenle, kiracı tarafından gerçekleştirilen inşâî faaliyetler yalnızca yeni bileşenlerin eklenmesi değil, aynı zamanda bunların kaldırılması anlamına da gelebilecektir⁵⁶. Yapılan bu “*iyileştirmelerde*” temel donanım dışında kiracı tarafından kira konusu taşınmaza eklenen donanımların kiracıya ait olduğunun kararlaştırılması da bu türden sözleşmelerde oldukça yaygın bir uygulamadır⁵⁷.

Kiralananı iyileştirme/tamamlama yükümlülüğünün kiracıya ait olmasının kira bedeline etkisi de değerlendirilmelidir. Kanunda yer alan (başta Türk Borçlar Kanunu olmak üzere) emredici kurallar saklı kalmak kaydıyla kira bedelinin belirlenmesinde temel prensip sözleşme serbestisidir⁵⁸. Bu hukukî duruma rağmen, kiracının kiralanan için yaptığı/yapacağı masrafların kira bedelinin belirlenmesinde dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalı bir meseledir. İsviçre hukukunda, İsviçre Federal Mahkemesinin yaklaşımının aksine⁵⁹ gerçekleştirilecek iyileştirmelere ilişkin masrafların kiracıya ait olduğu kabul edildiği için kiracı tarafından yapılacak masrafların kira bedelinin belirlenmesinde dikkate alınması zorunluluğunun bulunmadığı ifade edilmektedir. Bir diğer ifadeyle dört duvar

⁵⁵ Bu arada kiracı tarafından gerçekleştirilecek inşâî faaliyetlerin imar kurullarına uygun olması gerektiğine dikkat edilmelidir. Yapılacak değişiklikler için mesela tadilat ruhsatı alınması zorunluluğu mevcut ise kiracının tadilat ruhsatı almadan bu işleri yapması sözleşme ihlâli olarak nitelendirilebilir. Elbette bu ihtimalde İmar Kanunu m.22 gereği, yapı ile ilgili her türlü ruhsat başvurusunun yapı sahibi tarafından yapılması arandığından, kiraya veren söz konusu başvurunun usulüne uygun bir şekilde yapılması için gerekli tedbirleri (başvuruyu bizzat yapmak veya kiracıya bu hususta yetki vermek gibi) almakla yükümlü olacaktır.

⁵⁶ Ayrıca bkz. BIBER, s. 93-94.

⁵⁷ Bu “aidiyet” kavramının sözleşmeler hukuku anlamında olduğu ve eşya hukukundaki kurallardan bağımsız olarak kiracının taşınmazda yaptığı iyileştirmelerin, (sözleşme hukuku esasları uyarınca) kira konusu taşınmazın bir parçası haline gelmeyeceği yönünde bkz. BIBER, s. 93; Ayrıca bkz. ZANETTI, s. 96.

⁵⁸ BIBER, s. 94; ÜREM ÇETİNEL, s. 129; Sözleşme serbestisi kavramı için ayrıca bkz. OKTAY, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, *İÜHFİM*, C. LV, S. 1-2, 1996, s. 263; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, *Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 2017, s. 503; AKKANAT, Halil, “Teslim Borcu Doğuran Bazı Sözleşmelerde (Satım, Eser) Nitelendirme Sorunu”, *Prof. Dr. Türkân Rado'nun Anısına Armağan*, ed. Abuzer Kendigelen, On İki Levha Yayıncılık, 2020, İstanbul, s. 16 vd.; (Alman Hukuku) AUERNIG-STADLER, BGB §311, N.1 vd.; MÜKO-BUSCHE, BGB §145, N.2; STOFFELS, Markus, *Gesetzlich nicht geregelt Schuldverträge*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, s. 103; (İsviçre Hukuku) BSK-AMSTUTZ/MORIN, OR Einleitung vor Art.184 ff., N.6.

⁵⁹ Federal Mahkeme dört duvar kirası sözleşmesinin atası olarak anılan kararında, yapılan masrafların kira bedelinin belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği, aksi takdirde sözleşme hükümünün emredici hükümlere aykırı olacağı sonucuna ulaşmıştır (Bkz. BGE 104 II 202).

kirasında kira bedelinin, kiracının taşınmaza yapacağı masraflar esas alınarak belirlenmesinin zorunlu olmadığı belirtilmektedir⁶⁰. Bu yaklaşım tarzı kiracının yapacağı iyileştirmeler çerçevesinde kiralananın bütünleyici parçası veya eklentisi haline gelecek malvarlığı değerlerinin, eşya hukuku kurallarına bakılmaksızın, sözleşme hukuku kapsamında kira konusu taşınmazın bir parçası haline gelmediği fikrine dayanmaktadır⁶¹.

Kiraya verenin sorumluluğunun ise TBK m.301 (OR Art.256/I) hükmüne kıyasen, kiralananın dört duvar halinin kullanıma hazır bulundurulması bakımı, onarımı ve/veya değiştirilmesi ile sınırlı bir sorumluluk olduğu ifade edilebilecek durumdadır⁶². Kiracının sorumlu olduğu tamamlama, yenileme ve değiştirme faaliyetleri için yapılacak harcamaların sorumlusu yine kiracı olup; kiraya verenin bu masraflarla ilgili bir sorumluluğu yoktur⁶³. Bununla birlikte İsviçre hukukunda TBK m.321/III hükmünün öngördüğü düzenin tam tersini öngören OR Art.260a/III hükmü⁶⁴ esas alınarak kira bedeli belirlenirken kira konusu için yapılacak “tadilat” sonraki durumu dikkate alınarak belirleneceği bir diğer ifadeyle bedelin belirlenmesinde tamamlanmış işyerinin muadil işyeri olarak kabul edileceği ileri sürülmektedir⁶⁵. Bu görüş esas alınarak Türk hukukunda da kira bedelinin belirlenmesinde yapılan/yapılacak masrafların dikkate alınmasının bir zorunluluk olmadığı ifade edilmektedir⁶⁶.

Dört duvar kirasında taraflar, kiralananın eksiklerinin münhasıran kiracının kullanım amacına uygun hâle getirilmesini sağlayacak şekilde tamamlanması, yenilenmesi veya değiştirilmesi amacına yönelik inşâ faaliyetlerin yine kiracı tarafından ve masrafları bizzat üstlenilmek suretiyle yürütülmesi hususunda mutabık kalmaktadır. Dört duvar halindeki bir kiralanan için kararlaştırılan kira bedeli ile kullanıma hazır bir kiralanan için belirlenecek kira bedelinin birbiri ile

⁶⁰ BIBER, s. 95.

⁶¹ BIBER, s. 95.

⁶² BIBER, s. 95.

⁶³ ZANETTI, s. 98; BSK-WEBER, OR Art.256 N.6a; BIBER, s. 95.

⁶⁴ OR Art.260a/III: “Kira ilişkisi sona erdiğinde kiralananın değeri, kiralayanın rızasıyla yapılan yenilik ve değişiklikler sebebiyle önemli derecede artış göstermiş ise kiracı bunun için uygun bir tazminat talep edebilir; yazılı olarak kararlaştırılmak kaydıyla fazlaya ilişkin tazminat talepleri saklıdır”

⁶⁵ Ayrıca bkz. ZANETTI, s. 98; BIBER, s. 95. Bu sebeple İsviçre hukukunda kiracının sözleşme süresinin sonunda taraflar aksini kararlaştırmadıkça taşınmazdaki önemli değer artışı dikkate alınarak kiraya veren bir bedel talep edebileceği kabul edilmektedir. Bkz. IV./B.

⁶⁶ Bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 134. Ancak *Ürem Çetinel*'in TBK m.321 ile OR Art.260a arasındaki farka temas etmediği görülmektedir. TBK m.321/III hükmünde kiracının, kiralananı yaptığı masraflar sebebiyle oluşan değer artışını kural olarak talep edemeyeceği kabul edilmiş iken, OR Art.260a hükmünde söz konusu değer artışını talep edebileceği emredici bir şekilde düzenlenmiştir.

aynı olmayacağı eşyanın tabiatı gereğidir. Bu sebeple uygulama, dört duvar kirasında kira bedeli ile sözleşme süresinin kiracı tarafından yapılacak masraflar dikkate alınarak belirlenmesi yönünde olduğu ifade edilebilecek durumdadır⁶⁷. Dolayısıyla kira konusu binadaki eksikliklerin kiracı tarafından tamamlanmasının öngörüldüğü kira sözleşmeleri genellikle uzun süreli olarak kurulur⁶⁸. Böylece kiracı, söz konusu eksiklikleri kiralananandan sözleşme süresince yararlanacağına güvenerek tamamlamayı kabul etmiş olur⁶⁹. Hatta bu türden uzun süreli işyeri kiralalarında kiracı, eksiklikleri tamamlamak için yaptığı harcamaları amortismanına tâbi tutma imkânına da sahip olur⁷⁰.

IV. DÖRT DUVAR KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. Sözleşmenin Sona Ermesi ve “Yıkım Yükümlülüğü” (*Rückbaupflicht*) ve Kiracının Yatırımı Üzerindeki Söz Sahipliği

1. Kiracının Bir Yıkım Yükümlülüğü Var mıdır?

TBK m.334/1 uyarınca kiracı “*kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür*”⁷¹. İsviçre Borçlar Kanunu’nda ise kiracının kiralananı iade yükümlülüğü “*eşyayı sözleşmeye uygun olarak kullanım neticesinde bulunduğu halde*” iade etmek şeklinde düzenlenmiştir (OR Art.267/1). Benzer şekilde TBK m.334/1 ikinci cümlede de kiracının “*sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralanda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu*” olmadığı hükmü yer almaktadır. Şu hale göre kira sözleşmesinde esas olan iadenin kiracı tarafından gerçekleştirilen iyileştirme ve değişiklikler sonrasında (bu değişiklik ve yenileme faaliyeti sözleşmenin amacına uygun olduğu sürece) kiracı tarafından yıkılması yükümlülü-

⁶⁷ Nitekim Ürem Çetinel de bu yaygın uygulamaya atıfta bulunmuştur. Bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 136.

⁶⁸ Ayrıca konut ve çatılı işyeri kiralalarında kira sözleşmesi “*kararlaştırılan sürenin sonunda kendiliğinden*” sona ermez. Bunun için TBK m.347 vd. hükümlerinde düzenlenen sebeplerden en az birisinin gerçekleşmesi zorunludur.

⁶⁹ Elbette tarafların aksi yönde bir anlaşma yapmaları da mümkündür. Bu bağlamda kira bedelinin uyarlanmasıyla ilgili olarak ayrıca bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 136 vd.

⁷⁰ Esasında burada yapılan masrafların kira bedeline ek olduğu ve bu masraflar da dikkate alınarak kira bedelinin belirlendiğine dikkat çekilmelidir. Bu durumun bir sonucu olarak kira süresinin sonunda kiracının kural olarak taşınmazdaki değer artışının tasfiye edilmesini talep etme imkânı da olmayacaktır. Bu kısımda ve yukarıda açıklanan sözleşme uygulamasından hareketle, mesela kira bedelinin normalden daha düşük veya daha yüksek belirlenmiş olması veya kira sözleşmesinin uzun süreli olarak kurulmamış olduğu durumlarda dört duvar kirasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı veya sözleşmenin dört duvar kirası olarak değil alelade bir işyeri kirası olarak nitelendirileceği sonucuna ulaşılması ise isabetli olmaz.

⁷¹ Ayrıca bkz. OR Art.267/1.

ğü bulunmaksızın gerçekleştirilebilmesidir⁷². Dört duvar kira sözleşmesi bakımından da bu hükmün kıyasen uygulanması ve aksi kararlaştırılabilmekle birlikte kiracının bir yıkım yükümlülüğü olmadığını kabul edilmesi uygun düşecektir⁷³. Bitmemiş (natamam) bir binanın kiralınması ve eksikliklerin kiracı tarafından tamamlanması ihtimalinde kiracı için bir söküm-yıkım yükümlülüğü kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı konusunda ise farklı görüşler ileri sürülmüştür⁷⁴.

2. Kiracının Söküp Alma Hakkı Var mıdır?

Sözleşme ilişkisinin sona ermesi durumunda kural olarak bir yıkım-söküm yükümlülüğü bulunmadığı ve taraflarca bu hususun düzenlenmediği ihtimalde ve özellikle kira konusu taşınmaza yapılan bu yatırımlar için kiraya veren tarafından sözleşme sonunda bir bedel ödenmesi de öngörülmemişse, kiracının sökme veya çıkarma hakkına sahip olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Kiracı, yatırımları başka bir yerde yeniden kullanabiliyorsa veya satabiliyorsa, kiracının bunları söküp kaldırmak veya bu yatırımı üzerinde tasarruf etmekte menfaati olduğu kabul edilecektir⁷⁵. Kiracının, gerçekleştirdiği yatırımı kısmen sökmesi halinde kiraya veren için sorun daha da büyür; böylece kira konusunda kalan (terk edilen) yatırımlar kiraya veren için işe yaramaz hale gelecektir.

⁷² Kira sözleşmeleri için ayrıca bkz. TBK m.321.

⁷³ BIBER, s. 96.

⁷⁴ İsviçre hukukunda OR Art.256/2 ve OR Art.267/2 hükümleri karşısında kiracı aleyhine öngörülmuş bulunan yıkım/söküm yükümlülüğünün geçersiz olduğu yönünde bkz. BSK-WEBER, OR Art.256, N.6a. Kiracı tarafından gerçekleştirilen iç mekân çalışmaları, ilk etapta sözleşmeye dayalı kullanımı mümkün kılan şey olduğundan, kiracının esas kullanım amacına uygun olmayan eski haline getirme için ek harcamalar yapmak zorunda kalması kiracının aleyhinedir. Bu sebeple bu nevi bir yükümlülük ancak kiracıya uygun bir bedel ödenmesi karşılığında öngörülebilir. Bkz. HEUSI, s. 5 vd. Kanunda yıkım-söküm yükümlülüğü öngörülmesine yönelik bir yasak bulunmadığı için sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde kiracı aleyhine bu yükümlülüğün kararlaştırılabileceği yönünde bkz. BIBER, s. 97. *Biber*'e göre kira sözleşmesinde bu nevi bir yükümlülüğün kararlaştırılması mümkün iken (bkz. OR Art.260a/2) dört duvar kirası bakımından böyle bir yükümlülüğün öngörülemeyeceğinin ifade edilmesi uygun düşmez. Nitekim OR Art.267/2 yıkım-söküm yükümlülüğü önünde doğrudan bir engel olarak görülmez. Bu hüküm kiracının sözleşmeye aykırı kullanım dolayısıyla meydana gelen zararı giderim dışında kiraya verenin sorumluluğundaki masrafların (örneğin ayıpların meydana getirdiği zararı giderimi) kiracı tarafından karşılanması yükümlülüğü öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu düzenlemektedir. Kiracıya yıkım-söküm yükümlülüğü getiren anlaşmanın yazılı şekilde yapılması gerekir. Bkz. BIBER, s. 97-98. Kiraya verenin kiracılık süresinin sonunda yenilik ve değişiklikleri tamamen veya kısmen muhafaza etmeyi talep etme veya yıkım-söküm talebinden feragat etme seçeneğine sahip olduğunun düzenlenmesinin mümkün mümkündür. Yapılan yenilik ve değişikliklerin kira konusu taşınmazda kalacak olması halinde kiracıya bir bedel ödenmesinin öngörülmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca bkz. BIBER, s. 98.

⁷⁵ BIBER, s. 101. *Biber*, kiracının, kendi yatırımının tamamını yahut bir kısmını yeni kiracıya devretmesi ihtimalinin de göz önünde bulundurularak kiracının yatırımları üzerinde kaldırma yahut sökme hakkı yerine tasarruf imkânından bahsedilmesinin daha uygun olacağı kanaatindedir. Zira kiracının yatırımlarını yeni kiracıya devretmesi halinde kiracı, bu yatırımı ne sökmüş ne de götürmüş olur; ancak kira konusu taşınmazda bırakmış olur. Bkz. BIBER, s. 101.

Kiracının, gerçekleştirdiği yatırımı kısmen sökmesi halinde kiraya veren için sorun daha da büyük; böylece kira konusunda kalan (terk edilen) yatırımlar kiraya veren için işe yaramaz hale gelecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nda kiracının gerçekleştirdiği iyileştirme ve yenileme faaliyetleri sonucunda oluşan değer üzerinde bir tasarruf imkânı olup olmadığı düzenlenmiş değildir. Bu sebeple sorunun kira hukuku dışındaki hükümlerden yararlanmak suretiyle çözüme kavuşturulmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kiracının yaptığı yenilik ve iyileştirmeler zemin ve binayla (yapıyla) bağlantılı olmadığı (bütünleyici parça olarak görülemediği) yahut bağlantının zayıf olduğu ve dolayısıyla kiralanan mülkün bir parçası haline gelmediği durumlarda kiracının bu değerler üzerinde tasarruf imkânına sahip olduğu kabul edilmelidir⁷⁶. Bununla birlikte yapılan iyileştirme sonucu ilgili değer kira konusu taşınmazın bütünleyici parçası haline gelmişse bu değer artık kiraya verene aittir⁷⁷. Bununla birlikte bir bütünleyici parçanın ayrılmasına yönelik imkânlar dikkate alındığında⁷⁸ kiracı için de bir ayırma hakkının var olduğu tartışma konusu edilebilecektir⁷⁹. Şüphesiz tüm bu soru işaretlerinin giderilmesi bakımından kira sözleşmesinin sona ermesi halinde kiracının ayırma-sökme hakkına ilişkin sözleşmeye bir hüküm konulması tavsiye edilir⁸⁰.

B. Kiracının İlave Değeri Talep İmkânı (*Mehrwertentschädigung*)

Kiracının gerçekleştirdiği iyileştirme ve yenilik bakımından bir tasarruf imkânı olmadığı ve kiraya konu taşınmazın nihai haliyle kiraya verene ait olacağı kararlaştırıldığında İsviçre hukukunda OR Art.260a⁸¹ hükmünün kıyasen dört duvar kira sözleşmesine de uygulanacağı ileri sürülmektedir. Bu durum kiraya konu taşınmazın kiracının yenilik ve/veya değişiklikleri nedeniyle “*kiralananın*

⁷⁶ ZK-HIGI, OR Art.260, N.9 ve 12; BIBER, s. 102.

⁷⁷ Ayrıca bkz. TMK m.684, ZGB Art.642.

⁷⁸ Bu ayırma imkânı kanunen, intifa hakkı sahibine (TMK m.801, ZGB Art.753/2), iyiniyetli haksız zilyede (TMK m.993; ZGB Art.939/2), sebepsiz zenginleşene (TBK m.80, OR Art.65/2) ve menfaat sahibi tarafından tazmin edilmedikleri sürece yöneticiye (TBK m.529/2, OR Art.422/3) tanınmıştır.

⁷⁹ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi kiracının bu imkânı olduğunu (ayırma hakkı) kabul etmektedir. Bkz. Bundesgericht, 4C.345/2005, 09.01.2006; Bundesgericht, 4A_211/2009, 02.09.2009, (Çevrimiçi) <https://www.bger.ch/de/index.htm>, E.T. 10.04.2023. Ayrıca bkz. BK-MEYER-HAYOZ, ZGB Art.642, N.59; BSK-WEBER, OR Art.260a, N.4; BIBER, s. 102.

⁸⁰ Bu çerçevede kiracının gerçekleştirdiği yatırım üzerindeki (tamamen veya kısmen) sahip olduğu tasarruf imkânının sınırları belirlenmelidir. Ayrıca bkz. BIBER, s. 103.

⁸¹ TBK m.321'den farklı olarak OR Art.260a/3 uyarınca “Kira sözleşmesinin sonunda, kiraya verenin rıza gösterdiği (kabul ettiği) yenileme veya değişiklik sayesinde kira konusu şey önemli bir ilave değere sahip olmuşsa, kiracı bunun için uygun bir bedel talep edebilir; yazılı olarak kararlaştırılan diğer bedel talepleri hakkı saklıdır.”

değerinde önemli bir artışın” gerçekleşmesi durumunda kiracıya bir bedel ödenmesi gerektiği anlamına gelir⁸². Bu sebeple kira konusu nesnenin (taşınmazın) değişik ve/veya yenilikler sonrasında ortaya bir değer çıktığının (ilave değere sahip olunduğunun) tespit edilmesi halinde, bu değer artışının “önemli” olup olmadığı incelenmelidir. İlave değer önemliliğiye somut olayın tüm objektif koşulları esas alınarak belirlenmelidir⁸³. Ödenecek bedelin belirlenmesinde kira konusunda ortaya çıkan değer göz önünde bulundurulacak; bu de esas alınarak uygun bir bedelin ödenmesine karar verilecektir⁸⁴. Bu sebeple sözleşmede ortaya çıkan bu değer için ödenecek bedelin belirlenmesi tavsiye edilmektedir⁸⁵.

TBK m.321/3 ise OR Art.260a/3’ün tam tersini öngörmektedir. Buna göre: “*Kiracı, aksine yazılı bir anlaşma yoksa, kiraya verenin rızasıyla yaptığı yenilik ve değişiklikler sebebiyle kiralanda ortaya çıkan değer artışının karşılığını isteyemez.*” Bu durumda Türk hukukunda İsviçre hukukunun aksine bu hükmün kıyasen uygulanması, kiracının uygun bir bedel talep edebilmesi önünde engel teşkil edecektir⁸⁶. Bu farklı düzenlemeye rağmen Yargıtay, eski zamanlardan beri kira sözleşmesinde ilave değeri değilse de kiracının yaptığı **zorunlu ve faydalı masrafları** gerçek olmayan vekaletsiz işgörme ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca kiraya verenden talep edilebileceğine hükmetmektedir⁸⁷.

Dört duvar kira sözleşmesinin karakteristik özellikleri dikkate alındığında kira konusu binanın, eksiklikleri kiracı tarafından tamamlanmak suretiyle kullanmasının mümkün olabildiği sözleşmeler olduklarından uzun süreli olarak kuruldukları görülmektedir. Böylece kiracı, söz konusu eksiklikleri sözleşme süresine güvenerek ve kira süresince yararlanmak amacıyla tamamlamayı kabul etmiş olur. Hatta bu türden uzun süreli işyeri kiralarında kiracı, eksiklikleri tamamlamak için yaptığı harcamaları amortismanı tâbi tutma imkânına da sahip-

⁸² ZK-HIGI, OR Art.260a, N.4; VISCHER, s. 144; BIBER, s. 103.

⁸³ BIBER, s. 103.

⁸⁴ BIBER, s. 104.

⁸⁵ BIBER, s. 104.

⁸⁶ Bu hükmün kira konusunun yenilenmesi ve değiştirilmesi “uğruna yapılan” masrafları düzenlemediği ve değer artışını sadece kapsamına aldığı ileri sürülmektedir. Bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 168.

⁸⁷ Bkz. Yarg. 3. HD., E. 2017/13047, K. 2017/12327, T. 20.09.2017, (Lexpera-İçtihat, 22.04.2023); ayrıca bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 167 vd. *Ürem Çetinel* bu iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanması gerektiği görüşündedir. Bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 178. Ancak bir kişinin kendi borcunu ifa ederken gerçekleştirdiği masrafların sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak iade edilmesi mümkün olmadığı gibi; bu masrafların yapılması, kiracının borcu olarak kabul edilmediğinde de sebepsiz olmadığı ifade edilmelidir. Bu yönüyle yapılan masrafların iadesini talebinin hukuki dayanağı olamayacağı açıktır. Nitekim *Ürem Çetinel* de dört duvar kirasında inşa masraflarının kiraya verenden kural olarak talep edilemeyeceği görüşündedir. Bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 181.

tır. Nitekim kira bedeli de yapının mevcut durumu ve yapılacak masraflar dikkate alınarak belirlenir. Bir diğer ifadeyle belirlenen kira bedeli esasen her ay ödenen bedel ile yapılan masrafların toplamından oluşmaktadır. Bu durumda öngörülen bu sürede sona ermiş bulunan dört duvar kira sözleşmelerinde yapılan masrafların kiraya konu taşınmazda meydana getirdiği değer artışının tasfiyesine yönelik bir talep ileri sürülmesi mümkün değildir⁸⁸. Meğerki sözleşme tarafları sözleşmenin tasfiye sürecine yönelik ayrı bir esas benimsemiş olsunlar.

Kiracı uygun bir bedel talep hakkından elbette feragat edebilir. Uygulamada kiracı tarafından yapılan yatırımın korunması adına, kiracıya genellikle uygun bir amortisman ve kullanım süresini garanti eden yeterince uzun bir sözleşme süresi sunulmaktadır. Böyle bir durumda kira sözleşmesi kiraya verenin sorumluluk alanından kaynaklanan bir sebeple sona ermişse kiracı yatırımları için uygun bir bedeli de içeren tazminat talebinde bulunabilir ki bu sorun takip eden bölümün konusunu oluşturmaktadır⁸⁹.

Belirtilen sebeple dört duvar kirasında kiracı, aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece, kiralananı kendi kullanımına uygun hâle getirmek için yaptığı masrafların ödenmesini, yapılanlar kira sözleşmesinin sona erdiği tarih itibariyle kiralananın değerinde önemli bir artış meydana getirecek olsa dahi kiraya verenden bir talepte bulunamamalıdır. Unutulmamalıdır ki kiracı, söz konusu masrafları geri alamayacağını bilerek ve bunun sonuçlarını göze alarak bu kira sözleşmesine taraf olmaktadır. Nitekim dört duvar kirası niteliği taşıdığı anlaşılan bir kira sözleşmesi bakımından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da benzer bir sonuca ulaşmıştır:

“26. taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesi incelendiğinde; sözleşmenin 15. maddesinde “İdareden yazılı izin alarak kiracının yapacağı her türlü inşaat ve ilaveler ile bağ, bahçe bostan gibi yerlerde ekilmiş, dikilmiş veya aşı yapılarak iyileştirilen ağaçlar vakfa bağışlanmış sayılır ve sökülemez. Ancak bu inşaat ve ilaveler taşınmaz malın başka bir yoldan kullanılmasına ve serbestçe kiraya verilmesine engel olabilecek şekilde ise kiraya verilen yeri kiracı eski durumuna getirmekle yükümlüdür.” hükmü, 14.01.2005 tarihli protokolün 9. maddesinde ise “Onarım işi veya iş için gerekli olan nakit, mal ve hizmet şeklindeki tüm harcamalar ilgiliye aittir. Fiyatların yükselmesi, nakliye ve işçi ücretlerinin artması gibi nedenlerle Vakıflar Bölge Müdürlüğünden herhangi bir hak ve bedel talep edilmeye-

⁸⁸ Bu talebin İsviçre hukukunun aksine Türk hukukunda bir hukuki dayanağı yoktur. Karş. TBK m.321 ve OR Art.260a.

⁸⁹ BIBER, s. 104.

cektir.” hükmü bulunmaktadır. Bu sözleşme hükümleri geçerli olup tarafları bağlar. Sözleşmenin 15. maddesinde açıkça, İdareden yazılı izin alarak kiracının yapacağı her türlü inşaat ve ilavelerin vakfa bağışlanmış sayılacağı, protokolün 9. maddesinde de onarım işi veya iş için gerekli olan nakit, mal ve hizmet şeklindeki tüm harcamaların kiracıya ait olacağı ve davalı İdareden herhangi bir hak ve bedel talep edilemeyeceği düzenlenmiştir. Anılan maddeler birlikte değerlendirildiğinde, davacının kiralananı yaptığı imalat nedeniyle tazminat isteyemeyeceğinin kabulü gerekir.”⁹⁰

Belirtilen hukukî durumun bir gereği olarak dört duvar kirasının söz konusu olduğu durumlarda kiracı, ancak kira sözleşmesinin başlangıçta öngörülen sürenin tamamlanmasından önce ve kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle sona ermesi veya sözleşmenin kendisi tarafından haklı sebeple sona erdirilmesi durumunda⁹¹, kiraya verenden yaptığı masraflarla ilgili bir ödeme yapılmasını talep edebilmelidir. Nitekim Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu ifade edilebilecek durumdadır. Ancak bu noktada Yargıtay uygulamasına göre dahi kiracının, her türlü masrafının ödenmesini değil, kiralanan için yaptığı zorunlu ve faydalı masrafların ödenmesini “*tahliye tarihinden sözleşme sonuna kadar olan süre oranında faydalı ve zaruri masraflarının imalat tarihi itibarı ile saptanan bedelleri*”nin ödenmesini isteyebilecektir⁹².

C. Sözleşmenin Kararlaştırılan Süreden Önce Sona Ermesinin Dört Duvar Kirasına Özgü Sonuçları

Dört duvar kira sözleşmesinin başlangıçta kararlaştırılan sürenin dolmasından önce sona erdirilmesi ihtimalinde kiracı, kiralananın başlangıçta öngördü-

⁹⁰ Yarg. HGK, E. 2018/6-137, K. 2022/243, T. 03.03.2022 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-22.04.2023).

⁹¹ Yarg. 3. HD., E. 2019/1316, K. 2019/9665, T. 03.12.2019: “*Kira sözleşmesinde, inşaat ve dekorasyon masraflarının talep edilmeyeceği düzenlenmiş ise de sözleşmenin süresinden önce haklı nedenle feshedilmesi nedeniyle faydalı ve zararlı masrafların kiraya verenden talep edilmesine engel değildir.*” Bu durumda mahkemece, kiracı tarafından yapılan imalatların hangisinin zorunlu ve faydalı masraflar, hangilerinin lüks masraflar olduğunun belirlenmesi, faydalı ve zorunlu masraflardan sökülüp götürülmesi mümkün olmayan, kalıcı ve kiraya veren tarafından benimsenen imalatların imal tarihleri itibarıyla değerleri, yipranma durumları ayrıntılı olarak konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişi kurulundan alınacak rapor ile belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-22.04.2023).

⁹² Yarg. 3. HD., E. 2019/637, K. 2019/3984, T. 30.04.2019: “*Taraflar arasında 01.11.2006 başlangıç tarihli 5 yıl süreli kira sözleşmesinin varlığı konusunda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sözleşmenin özel şartlar bölümünün 6. maddesinde; kiracının, işyerinin kiralama amacının gereği yapılması zorunlu tadilat masrafları bizzat karşılamak suretiyle ve kiralayanın onayıyla yapabileceği şeklinde düzenleme mevcut ise de, söz konusu hüküm kiralananın sözleşme süresi sonunda tahliye edilmesi halinde geçerli olup taşınmazın kira sözleşmesindeki 5 yıllık süre sona ermeden tahliye edildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, kira sözleşmesinin süresi sona ermeden sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle kiracı, tahliye tarihinden sözleşme sonuna kadar olan süre oranında faydalı ve zaruri masrafların imalat tarihi itibarı ile saptanan bedellerini isteyebilir.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-22.04.2023).

ğü süre kadar yararlanma (yaptığı harcamaların bir anlamda karşılığını tam olarak elde etme) imkânını kaybetmiş olacaktır. Bu durumun kiracı açısından “sözleşmenin devam edeceğine olan güveninin boşa çıkması” suretiyle “zarar” teşkil edeceğinde kuşku yoktur. Ancak akdî sorumlulukta taraflardan birisinin diğerinden tazminat talep edebilmesi için ticari bir zarara uğraması yeterli değildir. Bunun için muhatabın, söz konusu zarardan sorumlu tutulmasını mümkün kılacak hukukî bir sebebe de ihtiyaç olacaktır. Bu hukukî durum TBK m.112 hükmünde: “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilemezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*” ifadelerine yer verilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Belirtilen hukukî durum sebebiyle bir dört duvar kira sözleşmesinin örneğin kira sözleşmesinin daha ilk yılı dolmadan feshedilmesi sebebiyle kiracı kira konusundan başlangıçta öngördüğü süre kadar yararlanma imkânını kaybedecektir. Bu durumda kiracı tarafından yapılan masrafların karşılığını tam olarak alamadığı ve bu sonucun ticari açıdan zarar niteliği taşıdığı iddia edilebilir. Ancak kira sözleşmesinin zamanından önce sona ermesi sebebiyle kiracının uğradığı bu nitelikteki zararların giderilmesini isteyebilmesi için talebini dayandırabileceği hukukî bir sebebe ihtiyacı olacaktır. Bu tür bir hukukî sebep ise ancak sözleşme ilişkisinin kiracı tarafından haklı bir sebeple sona erdirilmesi yahut kiraya verenin sorumluluk alanında gerçekleşen (kiraya verene “isnat edilebilen⁹³”) bir sebeple kiraya veren tarafından olağanüstü fesih yoluna başvurulması halinde var kabul edilecektir⁹⁴. Yine kiracının, kira sözleşmesini haklı sebeple olağanüstü feshi ihtimali için de aynı sonuca ulaşılmalıdır.

Tüm bunlara ek olarak İsviçre hukukunda kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından olağan veya olağanüstü feshi halinde, özellikle öngörülen sözleşme süresinden önce sona eren bir kira sözleşmesi söz konusu olduğunda, kiracının yaptığı yatırımları gerekçe göstererek sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik itiraz edip edemeyeceği veya yaptığı yatırımların sözleşme süresinin uzatılması bakımından bir gerekçe(zor durumda kalma hali) olarak ileri sürülüp sürülemediği sorusu gündeme gelmektedir⁹⁵. Kiracının iyileştirmeye dayanan değer

⁹³ Ayrıca bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 196 vd.

⁹⁴ BIBER, s. 104-105. Ayrıca bkz. Yarg. 3. HD., E. 2020/2877, K. 2020/6723, T. 18.11.2020, (Lexpera İçtihat-22.04.2023); Sona erme sebeplerinin taraflara “isnat edilebilme” imkânı dikkate alınarak ayrıntılı değerlendirilmesi için ayrıca bkz. ÜREM ÇETİNEL, s. 191 vd.

⁹⁵ OR Art.271/1 uyarınca: “Fesih, dürüstlük kuralını (*Treu und Glauben*) ihlâl ediyorsa bu feshe itiraz” edilebileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple İsviçre hukukunda fesih beyanının bir sonucu olarak kira sözleşmelerinde bu feshe itiraz imkânı da dört duvar kira sözleşmesi bakımından değerlendirilmek durumundadır. Bu soru yalnızca kiracının gerçekleştirdiği iyileştirmeler için bedelden feragat etmiş olması halinde

artışına dayanan tazminat talebini ortadan kaldıran anlaşmalar geçerlidir⁹⁶. Bu hal, kiracı tarafından gerçekleştirilen iyileştirmelerin ömrünü tüketmeye yetecek (amorti edilmesini sağlayacak) bir sözleşme süresi öngörülmemesi hali için de geçerlidir.

Kiracının iyileştirmesinin amortisman süresinin dolmasından önce kiracılığın sona ermesi halinde kiracı bu riski kendisi üstlenmek zorundadır. Ancak kiraya veren, kiracının uzun bir sözleşme süresi bekleyebileceği şekilde davranırsa ve bu davranışa dayanarak daha sonra kiraya konu taşınmazda yüksek değerde yatırımlar yaparsa durum farklıdır. Kiraya veren amortisman süresinin bitiminden önce kira sözleşmesini sona erdirmesi halinde, bu sona erdirmeye beyanına itiraz edilebileceği veya kiracının yapılan yatırımları sözleşme süresinin uzatılması için bir gerekçe olarak ileri sürebileceği (zor durumda kalmayı haklı gösteren bir durum olarak) kabul edilmektedir. Kiraya verenin güven ilkesine göre kiracıda uzun süreli bir kira ilişkisini sürdüreceği yönünde objektif olarak haklı bir güven uyandırabilecek bu tür bir davranışı hukukî himaye göremeyecektir⁹⁷.

İsviçre hukuku bakımından yapılan bu değerlendirmelerin Türk hukukuna doğrudan teşmili mümkün değildir. Zira Türk Borçlar Kanunu'nda OR Art.271 hükmüne denk gelen bir düzenleme mevcut değildir. Ancak çelişkili davranışlarla bir hakkın kötüye kullanılması, Türk hukukunda da hukuken himaye görmez. Çelişkili davranışta bulunulması yahut uyandırılan güvene aykırı davranılması da hakkın kötüye kullanılmasıdır (TMK m.2/2). Hukukumuzda bir kimşenin kendi davranışlarıyla bir başkasının nezdinde haklı bir güven oluşturduğu halde bu tutumla çelişen ve özellikle de söz konusu güveni boşa çıkaran bir davranışta bulunamaz⁹⁸. Çelişkili davranışta bulunan kimse hakkını kötüye kullanmıştır⁹⁹. Özellikle bir hukukî ilişki çerçevesinde sahip olduğu hakkı kullanmayacağı yönünde karşı taraf nezdinde haklı bir güven oluşturan kişinin daha sonra bu hakkı kullanması, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır¹⁰⁰. Hakkın kötüye kullanılması yasağı bir hakkın hak ile korunan menfaate hizmet etmeyen

ortaya çıkmaktadır. Böyle bir feragat yoksa, kiracının fesih durumunda kiraya verene karşı bu tasfiyeye yönelik bir bedel alacağı vardır. Bu nedenle yatırımları fesihden kaçınma veya sözleşme süresini uzatma taleplerinin hukuki himaye görmesi mümkün değildir. Ayrıca bkz. BIBER, s. 104.

⁹⁶ BIBER, s. 105.

⁹⁷ OR Art.271/1 dayanarak gösterilerek *Biber* tarafından bu gibi hallerde kiraya verenin fesih iradesinin hukuki himaye görmeyeceği ileri sürülmektedir. Bkz. BIBER, s. 105.

⁹⁸ DURAL, Mustafa / SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I-Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 17. Bası, İstanbul 2022, s. 197.

⁹⁹ DURAL / SARI, s. 197.

¹⁰⁰ DURAL / SARI, s. 197.

şekilde kullanılmasının engellenebilmesi için vardır (TMK m.2/2). Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını ise o hakkın hukuk düzeni tarafından korunması bir diğer ifadeyle ilk etapta hakka dayanan taleplerin reddedilmesi ve savunmaların dikkate alınmamasıdır¹⁰¹. Bu durumun bir sonucu olarak dört duvar kirası bakımından da kiraya veren tarafından fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda -TMK m.2/2 hükmü de dayanak gösterilerek-, İsviçre hukukunda benimsenen hukukî sonucun Türk hukuku bakımından da benimsenmesi önünde bir engel bulunmamaktadır.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlar aşağıdaki gibi özetlenebilecektir:

1. Dört-duvar kira sözleşmesine, kira sözleşmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerin doğrudan uygulanması, işin niteliğine aykırıdır. Şüphesiz bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu'ndaki kira sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurulabilecektir.
2. Dört duvar kira sözleşmesinde sözleşmenin konusu, kaba yapı (dört duvar) halindeki çoğu zaman işyeri olarak kullanılacak olan taşınmazdır. Kiracı kısmen yahut tamamen kira konusunun içeriğini inşa etmektedir.
3. Dört duvar kirası kiracının, masrafları kendisine ait olmak üzere kira konusunda yenilik ve değişiklik yapmasına sözleşmenin en başından itibaren yetkili kılınmış olması dolayısıyla özelliğidir. Bu durumun bir sonucu olarak TBK m.321 hükmü dört duvar kira sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmaz. Dört duvar kirasında yenilik ve değişiklikler kira konusunun, kiracının kullanım amacına uygun hale getirilmesi için yapılmaktadır.
4. Dört duvar kirasında, kiracının sözleşmenin kurulmasından (hatta ilgili inşâ faaliyetler tamamlanıp kullanılmaya başlanmasından) sonraki bir zamanda, kiralanda değişiklik yapmak istediği durumlarda da kiraya verenden yazılı izin alması gerekmez. Bu sözleşmede kiracı "kiralananı kullanıma elverişlilik bakımından teslim aldığı gibi iade etme" borcu altında değildir. Bir diğer ifadeyle dört duvar kirasına TBK m.334 hükmü de doğrudan uygulanmamalıdır.

¹⁰¹ DURAL / SARI, s. 199. Ayrıca hakkın kötüye kullanımı yüzünden zarara uğrayan kişilerin eski hale getirme ve bir zarara uğramışsa bu zararın tazmin talebi ileri sürme (aynen yahut nakden) imkânı olduğu da kabul edilmektedir. Bkz. DURAL / SARI, s. 199.

5. Dört duvar kira sözleşmesinde taraflar kira bedelini kural olarak serbestçe belirleyebilirler. Kiracı tarafından kira konusu için yapılacak masrafların kural olarak kira bedelinin belirlenmesinde dikkate alınması ve bu sebeple kira bedelinin rayicin altında belirlenmesi uygulamada yaygındır. Bununla birlikte bu uygulamaya rağmen doktrinde kira bedelinin bu masraflar dikkate alınarak düşük belirlenmesinin şart olmadığı ifade edilmektedir.
6. Dört duvar kirasında, kira konusunda gerçekleştirilen yatırımların ve iyileştirmenin karşılığı olarak kiraya verenden uygun bir bedel talep edilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu sorunun cevaplanması bakımından taraflar arasındaki sözleşme hükümleri öncelikli olarak başvurulacak kaynaktır. Şayet taraflar doğrudan bir değerlendirme yapmışsa sözleşme ilişkisinin sona erme şekli esas alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.
7. Taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen sürenin dolmasıyla sona eren dört duvar kirası sözleşmelerinde Türk hukukunda kiracının kira konusu için yaptığı masrafları iade talebinin bir hukuki dayanağı yoktur. Dört duvar kirasında kiracı, aksi kararlaştırılmadığı sürece, kiralananı kendi kullanımına uygun hâle getirmek için yaptığı masrafların ödenmesini, yapılanlar kira sözleşmesinin sona erdiği tarih itibarıyla kiralananın değerinde önemli bir artış meydana getirecek olsa dahi kiraya verenden bir talepte bulunmamalıdır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da dört duvar kirası niteliğinde bir sözleşme bakımından benzer bir sonuca ulaşmıştır. Buna mukabil sözleşme süresinin sonunda kiracının söküp alma hakkının olduğuna ve fakat bir sökme (*Rückbau*) yükümlülüğü olmadığına ayrıca dikkat çekilmelidir.
8. Kiraya veren sözleşmeyi, tarafından öngörülen sözleşme süresinden önce olağanüstü fesih yoluyla kiracıya izafe edilemeyecek bir sebepten sona erdirmişse haklı sebebi olsun yahut olmasın kiracının amorti edemediği yatırımı için uygun bir bedel talep edebileceği kabul edilmelidir. Keza kiracı tarafından sözleşmenin haklı sebeple olağanüstü feshi halinde de aynı sonuca ulaşılmalıdır.
9. İsviçre hukukundan farklı olarak kiracının, kiraya verenin sona erdirmeye beyanına itiraz imkânı (OR Art.271) bulunmamaktadır. Bununla birlikte kiraya verenin sona erdirmeye iradesine aykırı davranışlarıyla kiracıda bir güven oluşturduğu hallerde (çelişkili davranış yasağına aykırılık) TMK m.2/2 uyarınca fesih beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağından tereddüt edilmemelidir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The authors has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The authors declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk, **Kira Hukuku Şerhi (TBK m.299-332)**, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

AKKANAT, Halil, “Teslim Borcu Doğuran Bazı Sözleşmelerde (Satım, Eser) Nitelendirme Sorunu”, **Prof. Dr. Türkân Rado’nun Anısına Armağan**, ed. Abuzer Kendigelen, On İki Levha Yayıncılık, 2020, İstanbul, s. 16-18.

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

BAYSAL, Başak, “Kaba İnşaatın Teslimini Konu Alan İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, eds. Emrehan İnal, Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 113-150.

BIBER, Irène, “DieRohbaumiete-ausgewählteAspekte”, **Mietrechtspraxis**, eds. MarkusWytttenbach, IrèneSpirig, Anabelvon Uslar, Pierre Stastny, mp 2015, s. 79-108, (Swisslex, 15.01.2023).

BK-YAZAR SOY İSMİ, **BernerKommentar zum SchweizerischenPrivatrecht**, SchweizerischesZivilgesetzbuch, Band IV, DasSachenrecht, 1. Abteilung, DasEigentum, 1. Teilband: SystematischerTeilundAllgemeineBestimmungen, Art.641-654 ZGB, 5. Auflage, Bern, 1981.

BSK-YAZAR SOYİSMİ, **BaslerKommentar**, Obligationenrecht I, 6. Auflage, HelbingLichtenhahnVerlag, Basel, 2015.

ÇABRİ, Sezer, **Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2023.

DURAL, Mustafa / SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I-Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri**, 17. Bası, İstanbul, 2022.

GAUCH, Peter, “MängelhaftungdesVermietersundmangelhafteMietsache-einige Gedanken zum neuenMietrecht”, **ZeitschriftdesBernischenJuristenvereins**, Band 128, 1992, s. 18, (<https://www.unifr.ch/ius/stoekli/de/assets/public/files/publications/PublikationenPeterGauch/MaengelhaftungdesVermietersundmangelhafteMietsache.pdf>, 07.02.2023).

- GÖKYAYLA, Emre, Kiralananda Kiracı Tarafından Yenilik ve Değişiklik Yapılması, **Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medenî Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri**, İstanbul, 2019, s. 173-202 (Lexpera-Literatür, 24.04.2023).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- HEUSI, Claudia, “Ausgewählte Fragen zur Geschäftsmiete, 2. Teil”, **mietrechtspraxis/mp**, 1999.
- İNCEOĞLU, M. Murat, **Kira Hukuku, Cilt-1**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- İNCEOĞLU, M. Murat, **Kira Hukuku, Cilt-2**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- JAUERNIG-YAZAR SOY İSMİ, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 13. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2009 (Beck-Online, 26.03.2023).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 2017.
- MÜKO-YAZAR SOY İSMİ, **Münchener Kommentar zum BGB**, Band I, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2021 (Beck-Online, 26.03.2023).
- OKTAY, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, **İÜHF**, C. LV, S. 1-2, 1996, ss. 263-296.
- ÖZTAŞ, İlker, Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması, Ankara 2016.
- STOFFELS, Markus, **Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- ÜREM ÇETİNEL, Merve, **Kaba Yapı Kira Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- VISCHER, Moritz, **Die Rohbaumiete Zulässigkeit und Grenzen**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2014, s. 17 (Swisslex, 15.01.2023).
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Birinci Cilt, 11. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2022.
- ZANETTI, Gianni F., “Ausgewählte Aspekte der Rohbaumiete”, **mietrechtspraxis/mp**, eds. Markus Wyttjenbach, Irène Spirig, Anabel von Uslar, Pierre Stastny, Mietrechtspraxis, 2011, s. 89-103, (Swisslex, 15.01.2023).
- ZK-YAZAR SOY İSMİ, **Zürcher Kommentar**, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273c OR) Art. 253-265 OR, 5. Auflage, Schulthess, Zürich, 2019, (Swisslex, 15.01.2023).

Sportif Ardılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk^(*)

Liability Arising out of Sporting Succession

Barış DEMİRSATAN^(**)

Öz:

Bir spor kulübünün faaliyetlerinin sona ermesinin ardından, başka bir spor kulübünün sona ermiş kulübün faaliyetlerini devam ettirdiği izlenimini vererek başka bir tüzel kişilik altında faaliyet göstermesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumda, sonraki tüzel kişinin bünyesindeki spor kulübünün, önceki kulübün tarihinden ve ona mazhar olan toplumsal ilgiden yararlanmasına karşılık olarak, önceki tüzel kişinin bu faaliyet kapsamında doğmuş borçlarından sorumlu tutulması gerektiği kanısı oluşmuştur. Bu kanı doğrultusunda, tüzel kişilik perdesinin aralanması kurumuna benzer işleve sahip sportif ardılık, FIFA ve Spor Tahkim Mahkemesi kararlarıyla geliştirilmiştir. Bu kararlar uyarınca sportif ardılığın doğumu için sonraki tüzel kişi bünyesindeki spor kulübünün, önceki kulübün devamı olduğu yönünde kamu nezdinde izlenim uyandırması yeterlidir. Ayrıca, kurumun istisnai özelliği itibarıyla önceki tüzel kişiden alacağın tahsilinin cebri icra aracılığı ile sağlanamaması ve alacaklının alacağı tahsil edebilmek için gerekli işlemleri yapma külfetini yerine getirmiş olması gerekmektedir. Bu koşullar gerçekleştiği takdirde, sportif ardıl tüzel kişi, borçlu olmadığına ilişkin itiraz ileri süremez. Türk hukukunda sportif ardılığın doğrudan uygulanma imkanı bulunmayıp bazı kararlarda aranan önceki tüzel kişinin sorumluluğunu bertaraf etme amacının varlığı, tüzel kişilik perdesinin uygulanmasına dayanak oluşturabilir. Zira kişilerin ayrı malvarlıkları bulunması ilkesine istisna, dürüstlük kuralı çerçevesinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması aracılığı ile getirilebilmekte olup sportif ardılığa dayanak oluşturduğu kabul edilen olguların götürü olarak dürüstlük kuralına aykırılık yaratması söz konusu değildir. Ayrıca, talep edilen alacağın doğumunda sonraki tüzel kişinin uyandırdığı ve ardından boş çıkılmış bir haklı güven bulunmadığından, bu sorumluluğu güven sorumluluğu ile temellendirmek isabetli olmayacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Sportif Ardıl, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Futbol Kulübü, Güven Sorumluluğu, Tüzel Kişi.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.06.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 03.08.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1358015>

Bu makaleye atıf için: DEMİRSATAN, Barış, “*Sportif Ardılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk*”, **İMHD**, C. 8, S. 2, 2023, s. 695-722

^(**) Doç. Dr., T.C. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: baris.demirsatan@istanbul.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0228-5236>

Abstract:

Following the termination of the activities of a sports club, it may be seen that another sports club operates under another legal giving impression that it continues the activities of the terminated club. In this case, there is a belief that the sports club under the subsequent legal entity should be held liable for the debts incurred by the previous legal entity within the scope of this activity since it benefits from the history and social interest of the previous club. Thus, the institution of sporting succession has been developed by the decisions of FIFA and the Court of Arbitration for Sport. According to them, it is sufficient for the sports club under the subsequent legal entity to create the public impression that it is the continuation of the previous club. In addition, due to the exceptional characteristic of the institution, the collection of the receivable from the predecessor cannot be achieved through forced execution and the creditor must have fulfilled the burden of taking the necessary actions to collect the receivable. In Turkish law, there is no direct application of sporting succession, however, the existence of the purpose of eliminating the liability of the previous legal entity, which is encountered in some decisions, may constitute a basis for the application of the veil of legal personality. Moreover, since there is no justified trust aroused by the subsequent legal entity in the arousal of the claimed receivable, it would not be appropriate to justify this liability with trust liability.

Keywords:

Sporting Successor, Piercing the Veil of Legal Personality, Football Club, Liability for Trust, Legal Entity.

GİRİŞ

Bir spor kulübünün özellikle birtakım finansal sorunlardan ötürü etkinliklerini sonlandırmasına ve ardından büyük oranda benzer unvan, renk, logo, taraftar kitlesine sahip, benzer yerlerde örgütlenmiş yeni bir spor kulübünün ortaya çıkmasına tanık olunabilmektedir. Spor kulüpleri, mevzuatın izin verdiği tipler çerçevesinde faaliyet gösteren tüzel kişiler olduğundan¹, tüzel kişiler hukukuna ilişkin genel normlara tâbidir. Aynı tüzel kişiler ve malvarlıkları söz konusu olduğundan, bu kişilerin birbirlerinin borçlarından sorumlu olmaması gerekir².

¹ Türk hukukunda, 22.4.2022 tarihli ve 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu uyarınca spor kulübü, bakanlık ve spor federasyonlarının faaliyetlerine katılmak amacıyla Gençlik ve Spor Bakanlığına tescilini yaptıran özel hukuk tüzel kişileri; spor anonim şirketi ise bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak ya da spor kulübünden bağımsız şekilde Türk Ticaret Kanununa göre kurulan ve spor faaliyetinde bulunmak amacıyla Bakanlığa tescilini yaptıran anonim ortaklığı ifade eder. Bu hususta ayrıntılı bilgi ve değerlendirme: SARI, Suat, **Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi**, 2. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 25 vd. Bu kanundan önceki dönemde anonim ortaklık ve dernek bünyesinde spor kulüpleri kurulabilmekteydi.

² OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku**, 19. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, N.834; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, **Kişiler Hukuku**, 23. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, N.1052; SEROZAN, Rona / ENGİN, B. İlkay / ATAMER, Yeşim M., **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 9. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 501; ANTALYA, O. Gökhan, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, **I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008)**, 1. Basım, MÜHF Yayını, İstanbul, 2008, s. 146; FLUME, Werner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Erster Band Zweiter Teil Die juristische Person**, 1. Basım, Springer Verlag, Berlin, 1983, s. 79-80; ALKANAT, Saadet E., **Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi**, 1. Basım, Platon Hukuk, İstanbul, 2021, s. 19-20.

Fakat, tüzel kişiler hukukunda bu ilkeye genel olarak tüzel kişilik perdesinin aralanması kurumu ile istisna getirilmesi gereği duyulduğu gibi, spor kulüpleri özelinde de bu gereksinim ortaya çıkabilmektedir. Futbol kulüpleri bakımından uluslararası spor hukuku yargılama makamları kararlarında tesadüf edilen “spor-tif ardılık³ (*sporting succession*)” kavramına başvurularak bu gereksinimin karşılandığı görülmektedir⁴. Bu çalışmada sportif ardılık kavramı anılan makamların verdiği kararlardan hareketle incelenecek, tüzel kişilerin ve alacağın tâbi olduğu hukukun sporun uluslararası niteliğinden ötürü farklılık göstermesi mümkün olmakla birlikte alacağın ve tüzel kişilerin Türk hukukuna tâbi oldukları varsayımıyla kavramın Türk özel hukuku karşısında uygulama alanı değerlendirilecektir.

I. SPORTİF ARDILLIK KAVRAMI, KAPSAMI VE KOŞULLARI

A. Genel Olarak

Bir tüzel kişinin, bünyesinde faaliyet gösteren spor kulübünden kaynaklanmış borçlarından, bu alanda bulunan başka bir tüzel kişinin sorumlu tutulması yoluna öncelikle Uluslararası Futbol Federasyonu Derneği (“*Fédération Internationale de Football Association/FIFA*”) nezdindeki Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (“*FIFA Dispute Resolution Chamber*”) ve Disiplin Komitesi (“*FIFA Disciplinary Committee*”) ile Spor Tahkim Mahkemesi (“*Court of Arbitration for Sport/CAS*”) kararlarında⁵ başvurulmuş, ardından bu uygulama FIFA Disiplin Kodu’nun m.25/IV hükmüne getirilen ve 15.7.2019 tarihinde uygulanmaya başlanan değişiklikle⁶ ve Futbolcuların Transfer ve Statüleri Hakkında Talimat’ın m.25/I hükmüne getirilen ve 1.1.2021 tarihinde uygulanmaya başla-

³ Kavramın Türkçeleştirilmesinde, teknik ve hukuki anlamda halefiyetle karıştırılmasını önlemek için arı Türkçe ‘ardıl’ terimi kullanılmıştır. Esasen ardıl, halef sözcüğü ile eşanlamlı olmakla birlikte hukuk terminolojisinde halefiyet yerleşmiş durumdadır. Fakat vurgulamak gerekir ki ardıl ve ardılık sözcükleri, hukuki kavram olarak halef ve halefiyeti karşılamakta son derece yeterli sözcüklerdir. Her halükarda, incelemeye konu kavramın, hukuki anlamda halefiyetle ilişkisi yoktur. Zira münferit bir malvarlığı unsurunun yahut malvarlığının kısmen veya tamamen bütün olarak bir şahıstan başka bir şahsa intikal etmesi söz konusu değildir.

⁴ Bununla birlikte bu kavram, tüzel kişilik perdesinin aralanmasının uygulanmasına engel değildir, tüzel kişilik perdesinin aralanmasıyla yarışmaz.

⁵ Örn.: CAS 2006/A/1109; CAS 2011/A/2646; CAS 2016/A/4550; CAS 2016/A/4576 CAS 2018/A/5618; CAS 2019/A/6461; FIFA DRC, 17.12.2015, 121507733; FIFA DK, 15.10.2019, 171380.

⁶ Bu düzenleme, FIFA Disiplin Kodu’nun 2023 sürümünün m.21/IV hükmünde aynen korunmuştur: “*Karara uymayan tarafın sportif ardılı da karara uymayan taraf olarak addedilir ve bu hüküm kapsamındaki yükümlülüklerle tâbi olur. Bir tüzel kişinin başka bir tüzel kişinin sportif ardılı sayılıp sayılmayacağına ilişkin ölçütler arasında tüzel kişinin merkezi, unvanı, hukuki yapısı, takım renkleri, oyuncular, pay veya menfaat sahipleri yahut maliki ve dahil olduğu lig bulunur*”.

nan değişiklikle⁷ uluslarüstü futbol hukukunda pozitif temel kazanmıştır⁸. Bir tüzel kişinin yürüttüğü sportif etkinlik kapsamında başka bir tüzel kişi bünyesinde faaliyette bulunmuş spor kulübünün sportif ardılı olduğunun kabul edilmesi durumunda, ardıl tüzel kişinin sorumluluğuna diğer tüzel kişinin borcu nedeniyle gidilebilmektedir. Bu itibarla, sportif ardılık, kişilerin hukuk düzeminde ayrı ve bağımsız malvarlıklarına sahip olmalarına istisna oluşturmaktadır.

Yukarıda değinilen düzenlemelerde, sportif ardılık ismen zikredilmiş bunun yanı sıra ardılığı doğurabilecek birtakım olgular sınırlayıcı olmadan sayılmıştır. Bu nedenle Spor Tahkim Mahkemesi ve FIFA nezdinde verilen kararlar sportif ardılık uygulamasının çerçevesinin belirlenmesi için halen önem taşımaktadır. Kararlardan, anılan düzenlemelerin ötesinde sportif ardıl tanımı ve başvuru koşulları hususunda çıkarımlar yapmak olanaklıdır. Belirtmek gerekir ki uluslarüstü spor yargılamasına konu olacaklar için bu kuruma başvurulabildiğinden, ulusal yargı organları veya ulusal futbol uyumsuzluk çözüm makamları nezdinde görülen veya sportif faaliyetler kapsamı dışında doğmuş uyumsuzluklar için doğrudan uygulanabilir değildir⁹.

B. Hâkim Kişiler Açısından Uygulanmaya Elverişsizlik

Sportif ardılığın gerçekleştiği durumlarda, sonraki tüzel kişinin bünyesinde yer alan spor kulübü ile önceki tüzel kişinin (sportif selef) bünyesindeki spor kulübü arasında süreklilik bulunduğu izlenimi bulunmaktadır. Bu bağlamda ardılığı yaratan ana unsur, ileride açıklanacağı üzere önceki spor kulübünün fiilen veya hukuken faaliyetlerini sonlandırması ve bu kulübün devamı olduğu izlenimini doğuran sonraki kulübün başka bir tüzel kişi bünyesinde faaliyete başlamasıdır. Buna göre, spor kulüplerinin bünyesinde yer aldıkları tüzel kişiler ile bu tüzel kişileri hâkimiyetleri altında bulunduran kişiler arasında sportif ardılık ilişkisinin doğması olanaklı değildir¹⁰. Ancak genel hükümler çerçevesin-

⁷ “Bir borçlunun sportif ardılı, borçlu şahıs olarak addedilir ve Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’nun verdiği karar ve teyit bildirimlerine tâbi olur. Bir tüzel kişinin başka bir tüzel kişinin sportif ardılı sayılıp sayılmayacağına ilişkin ölçütler arasında tüzel kişinin merkezi, unvanı, hukuki yapısı, takım renkleri, oyuncuları, pay veya menfaat sahipleri yahut maliki ve dahil olduğu lig bulunur”.

⁸ DERUNGS, Vitus, **Insolvency of Football Clubs and Sporting Succession - Financial Claim Proceedings before FIFA and the Court of Arbitration for Sport**, 1. Basım, Stämpfli Verlag, Bern, 2022, N.115.

⁹ Spor Tahkim Mahkemesi kararların yabancı hakem kararı olarak Türk hukukunda tanınması ve tenfizi mümkündür. Ancak FIFA nezdindeki yargısal makamların kararları teknik olarak tanıma ve tenfize elverişli değildir: YILMAZ, Alper Çağrı, **FIFA ve CAS Kuralları Çerçevesinde Uluslararası Nitelikli Futbolcu Sözleşmesinin Feshi**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 258-259.

¹⁰ CAS 2016/A/4919. Kaldı ki tüzel kişinin yönetim organı yahut tüzel kişiye fiilen hâkim olan kişi veya kişiler, sportif ardılığın doğumunda belirleyici değildir: CAS 2016/A/4550&4576: “Heyet böylelikle FIFA Uyuşmazlık Çözüm Kurulu ile Ujpest 1885 Kft ve Ujpest FC’nin, yönetimlerindeki değişiklik veya ku-

de tüzel kişilik perdesinin aralanması aracılığı ile hâkim konumdaki kişilerin sorumluluğuna gidilmesinde engel yoktur. Bunun yanı sıra hâkim tüzel kişi doğrudan doğruya kendi bünyesinde yeni spor kulübü kurarak süreklilik izlenimini yaratırsa, sportif ardılığın doğması mümkündür.

C. Sportif Ardılığı Oluşturan Olgular

1. Önceki Tüzel Kişinin Bünyesindeki Kulüple Süreklilik İzlenimini Kamu Nezdinde Yaratması

Sportif ardılığı meydana getiren ana unsur, önceki tüzel kişi bünyesinde yer alan spor kulübü ile ardıl kabul edilen tüzel kişi bünyesindeki spor kulübü arasında süreklilik bulunduğu izleniminin kamu nezdinde yaratılmasıdır¹¹. Bu açıdan, sportif ardılın sorumluluğuna gidilen alacağın alacaklısının öznel algısı önemli değildir. Zira alacak doğduğu anda, önceki tüzel kişi sportif anlamda etkindir ve bu alacağın borçlusudur. Bu esnada ardıl tüzel kişi ya hukuken varlık kazanmamıştır yahut süreklilik izlenimi yaratarak bir sportif faaliyet icra etmemektedir. Bu nedenle alacaklının, talep konusu alacak doğduğu anda sportif ardılın borcun ifasını sağlayacağı yönünde güvene sahip olamaz.

Sportif ardılığa temel oluşturan bu unsur, ardılık hususunda oluşturulan izlenimle elde edilen yararlar karşı dengeleyici bir sorumluluğun yaratıldığını göstermektedir. Yeni spor kulübü, önceki spor kulübü ile arasında süreklilik bulunduğu izlenimi yaratarak önceki kulübün taraftarlarından, medya ve toplum ilgisinden, marka değerinden yararlanır konuma gelmektedir. Bu şekilde önceki

lübü yöneten tüzel kişiden bağımsız olarak, aynı futbol kulübü olarak addedilmesi gerektiği hususunda mutabıktır"; FIFA DK, 28.1.2020, 200004; FIFA DK, 14.3.2020, 200223; FIFA UÇK, 21.2.2020, Kingsley Ibeh; Başka bir deyişle, tüzel kişilik perdesinin aralanması kurumundaki perdenin kardeş ortaklıklar arasında aralanmasıyla (perdenin çapraz kaldırılması) sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Perdenin çapraz kaldırılması hakkında: ZK-JUNG, Peter, **Zürcher Kommentar - Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen**, 2. Basım, Schulthess, Zürih, 2016, Art.620 OR, N.204; BLOCH, Oliver, **Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse**, 3. Basım, Schulthess, Cenevre-Zürich-Basel, 2021, s. 140-141; AKINCI, Şahin, "Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, C. 27, S. 3, s. 663; Yarg. 3. HD., 22.6.2022, 4244/6073 (Lexpera); Yarg. 11. HD., 22.12.2021, 5447/7321 (Lexpera).

¹¹ DERUNGS, N.168. Önceki tüzel kişinin sona ermesinden sonra geçen sürenin önemli olmadığı: CAS 2020/A/7183. 7405 sayılı kanunun m.8/III hükmünde, külli halefiyetle spor kulüplerinin birleşmesi halinde devralan spor kulübünün lige katılımda veya tescil edilen isminde devrolunan spor kulübü izlenimini verecek herhangi bir değişiklik yapamayacağı kabul edilmiştir. Türk hukuku açısından da süreklilik hususunda izlenim yaratılmasına olumsuz bir tutum takınıldığı bu itibarla ifade edilebilir. Bununla birlikte aynı fıkarda, devralan spor kulübüne devrolunan spor kulübünün sportif tarihçe ve başarısının, bir malvarlığı unsuru gibi, intikal edeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla yasal düzenlemede tutarlılıkta eksiklik olduğu belirtilmelidir.

kulüpten yararlanma sağlanıyorsa, bu kulübü bünyesinde barındıran tüzel kişinin, önceki kulübün sportif faaliyetlerinden doğmuş borçlarından sorumlu tutulması haksız görülmemiştir. Ancak bu izlenimin önceki tüzel kişinin borçlarını üstlenmek anlamında bir güven uyandırmasına gerek yoktur¹². Kaldı ki bu yönde bir güven yaratımıyla karşılaşmak genellikle gerçekçi değildir. Bu itibarla, salt bu izlenimin yaratılması, sportif selefin borçlarının yerine getirilmesi yönünde bir öneri dahi teşkil etmez. Bu açıdan, sportif ardılın sorumluluğundan öncelikli olarak bu konuda sözleşmesel bir taahhüdün bulunduğu ve bu sebeple sonraki tüzel kişinin sorumluluğuna gidildiği de ileri sürülemez.

Süreklilik izlenimini yaratan unsurlar arasında, sınırlayıcı olmamak kaydıyla, benzer unvan, renk, logo kullanmak, kulüp tarihi ve başarılarını, sosyal medya hesaplarını ve internet sitesi adresini üstlenmek sayılabilir¹³. Bu örnek uygulamanın somut olayda yoğunluğu sportif ardılığın gerçekleştiği sonucuna varmayı kolaylaştıracaktır¹⁴. Kulüp kimliğini¹⁵ yansıtan değerlerin üstlenilmesinin yanı sıra, ardılığın gerçekleşebilmesi için yeni kulübün, sona eren kulüple aynı sportif düzeyde faaliyete başlaması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶. Zira farklı düzey-

¹² Birtakım kararlarda ise aksi yönde değerlendirmeler mevcuttur: FIFA DK, 200216, “‘‘Yeni’’ kulüp, selefin yükümlülükleriyle hukuken bağlı kalmak istediği izlenimini yaratmıştır’’; CAS 2018/A/5647 ‘‘Yeni Kulüp hiçbir zaman önceki Kulübün yükümlülükleri ve borçlarından sorumlu olacağı beklentisini yaratmamıştır’’; CAS 2020/A/6912 ‘‘Başvurucu, Yeni AEK’nın ‘‘sportif ardılığına’’ ilişkin hukuken resmi bir kararın alınacağına dair haklı beklentiye sahip olmalıdır’’; FIFA DK, 24.3.2022, 10433.

¹³ Renklerin, marşların, unvanın kullanılması: CAS 2011/A/2464, bu kararda Club Social y Deportivo Rangers de Talca iflâs etmiş olup tasfiye kapsamında PIDUCO S.A.P.D. anılan unsurların kullanım hakkı ile lige katılım hakkını devralmış bu kulüp yerine kurduğu Club Ranges de Talca kulübünün lig müsabakalarına katılımını sağlamıştır. Renkler, logo, unvan, merkezde özdeşlik, yönetimde benzerlik, lige katılım hakkını önceki kulüpten iktisap etme, ligde aynı kısaltma ile anılma: CAS 2016/A/4550&4576; Unvan, logo, renkler, merkez ve iletişim bilgilerinde, tesislerde özdeşlik, kadroda büyük benzerlik: CAS 2019/A/6461 ‘‘... Başka bir ifadeyle, bir kulübün örgütlenmesinin ve kamusal görünümünün bütün unsurları ortaktır’’; Unvanda özdeşlik, tarihi sahiplenme, renkler, logo, merkez ve stadyumda özdeşlik, sosyal medya hesaplarını kullanım: CAS 2020/A/6884; FIFA DK, 15.10.2019, 171380; Logo ve unvanda büyük benzerlik, sosyal medya hesabı kullanımı, renklerde özdeşlik, tarihi ve başarıları sahiplenme, merkez ve stadyumda süreklilik: FIFA DK, 14.3.2020, 200223; Unvan farklılığının sosyal medya iletilerinde yer alan benzerliğin dikkate alınmamasına yeterli olacağı: FIFA DK, 7.11.2019, FDD-171212; Aynı kentte bulunmanın gerektiği yönünde: FIFA DK, 200216.

¹⁴ Bu bakımdan götürü bir değerlendirme yerine olay temelli inceleme yapılmalıdır: CAS 2020/A/7092; FIFA DK, 24.3.2022, 10433.

¹⁵ Kulüp unvanı, forma renkleri, tarih, logonun kulüp kimliğini oluşturduğu hususunda: CAS 2006/A/1109. Karar, sportif ardılıkla ilgili olmayıp unvanını FCU Politehnica Timișoara olarak değiştiren ve SC FC Politehnica Timișoara SA. nin renk, logo, tarihini benimseyen spor kulübüne karşı bu kullanımın sona erdirilmesi ve giderim istemiyle SC FC Politehnica Timișoara SA tarafından yapılmış başvuru üzerine görülen bir uyumsuzluğa ilişkindir. Tarihi figürlerin sahiplenmesi ve kuruluş tarihinin 1922’den 1928’e değiştirilmesi: FIFA DK, 24.3.2022, 10433.

¹⁶ CAS, 2020/A/7092; FIFA DK, 8.10.2020, FDD-5855; FIFA DK, 8.10.2020, FDD-5928. Önceki kulübün katılma hakkının devralınması yoluyla mümkün olduğu (CAS 2011/A/2646) gibi başka bir kulüpten de iktisap edilebilir (CAS 2020/A/6884; FIFA DK, 16.11.2020, 140459). İsbetli şekilde, bir alt ligde faaliyete başlamanın yeterli olduğu yönünde: FIFA UÇK, 17.12.2015, 12150733.

de etkinlikte bulunulması halinde, sonraki kulüp önceki kulübün sportif değerinden yararlanma olanağına sahip olmamaktadır¹⁷. Kanımca bu unsur yerinde değildir, zira alt düzeyde sportif faaliyete başlanması halinde dahi yararlanma söz konusu olabilir. Ayrıca, iki kulübün aynı anda aynı müsabaka düzeyinde sportif etkinlikte bulunmasının ardılığa engel teşkil edeceği sonucuna varılmıştır¹⁸. Bununla birlikte, bu kulüplerden biri, diğeri faaliyetlerini fiilen sona erdirdikten sonra anılan olguları gerçekleştirdiği takdirde dahi ardılık gerçekleşecektir¹⁹. Başka bir deyişle, ardıl tüzel kişinin, önceki tüzel kişiden sonra kurulmuş olması mutlak bir gereklilik değildir. Benzer şekilde, yaratılan izlenim başat olduğundan federasyonun kulüplere karşı muamelesinin belirleyici olması gerekir²⁰.

Bir kararda ise sportif ardılığı gösteren olgular, az önemli, ilgili ve önemli unsurlar olarak kategorize edilmiş; oyuncular, pay veya menfaat yahut hak sahipliği, yönetim kadrosu²¹, tarihsel sahiplenme, faaliyetin yürütüldüğü düzey ve müflis kulübün yetiştirme tazminatlarının talep edilmesi²² önemli unsurlar arasında; merkez, stadyum ve tesisler daha az önemli unsurlar arasında; unvan, hukuki yapılanma (tüzel kişilik tipi), renkler, logo/arma, sosyal medya hesapla-

¹⁷ DERUNGS, N.168. Bu yönde bir iradenin gerekli olduğu şeklinde; CAS 2020/A/7505; CAS 2020/A/7504 “... Heyetin çoğunluğu, yeni CSKA'nın paydaşlarının ana ereğinin Sofya kentinin tarihi kulübüne ilişkin değerlere ve geçmişe süreklilik kazandırmak olduğu kanısındadır ... Heyetin çoğunluğu yeni CSKA'nın eski CSKA tarafından elde edilmiş ve kulübe açıkça sportif ve ekonomik yarar sağlayan geçmişten istifade ettiği olgusunu göz ardı etmemek istemektedir ... Heyet, yeni kulübün iradesinin sportif ardılığın varlığını takdir hususunda belirleyici bir unsur olduğunu değerlendirmektedir”.

¹⁸ CAS 2019/A/6461 “... Estonya Futbol Federasyonu, Borçunun lisans istemini reddetmesinden hemen sonra Başvuranın Estonya'daki en yüksek ligden başlaması için 2014 yılından itibaren -daha alt bir ligden değil- doğrudan doğruya lisans vermiş olup böylece süreklilik hususunda bariz bir izlenim yaratılmıştır. Bu bağlamda, salt Başvuran ve Borçlu kulübün bir süre aynı anda varlık gösteren iki ayrı tüzel kişi olması, sportif ardılığın reddi için belirleyici değildir. Bilakis diğer tüm olgular Başvuranın, Borçlu kulübün yerini, aynı kulüp olarak algılanabilecek surette Estonya Birinci Ligne onun yerine katılarak ve onun kimliğini kullanarak aldığı göstermektedir”; FIFA UÇK, 17.12.2015, 12150733.

¹⁹ FIFA DK, 24.3.2022, 10433.

²⁰ Aksi yönde: CAS 2011/A/2646.

²¹ Bu kapsama tüzel kişiye hâkim şahıslar veya yönetim kadrosundaki benzerlik de girer. Ancak farklılığın, sportif ardılık sonucuna varılmasına engel oluşturmayacağı yönünde: CAS 2013/A/3425; FIFA DK, 24.3.2022, 10433.

²² Hakem heyetinin bu hususu sportif ardılığı değerlendirirken dikkate alması isabetsizdir. Bir tüzel kişinin diğerinin alacaklı olduğu veya olacağı alacakları kendi adına talep edebilmesi için bu iki tüzel kişi arasında hukuken külli veya cüz'i halefiyetin bulunması gerekir. Sportif ardılığa, sonraki tüzel kişiye külli halefiyet veya borcun üstlenmesi şeklinde başvurulmadığı takdirde gidilebilir ve böylece sportif ardılın önceki tüzel kişinin borçlarından sorumlu tutulması sağlanır. Sportif ardılık, sonraki tüzel kişinin önceki tüzel kişinin alacaklarını devralmayı doğuran bir kurum değildir. Sportif ardılıkla tüzel kişiler arasında hukuki anlamda külli halefiyet bulunmadığından, lige tescil aşamasında farklı numaralar kullanılması, farklı vergi numarasına sahip olunması olağandır ve sportif ardılığın aleyhine yorumlanamaz. Karş. FIFA DK, 8.10.2020, FDD-5928.

rının kullanımı ikincil önemde unsurlar arasında sayılmıştır²³. Öte yandan, külli halefiyet veya ilgili borç bakımından üstlenme yaratmamak kaydıyla, önceki kulübe ait birtakım malvarlığı unsurlarının (stadyum, tesis gibi) iktisap edilmesi de ardılığın gerçekleştiğine dair kanaate varmayı destekleyecek ek bir olgu teşkil edebilir²⁴.

Son olarak vurgulamak gerekir ki sportif ardılın, ardılı olduğu spor kulübünden önce spor alanında farklı renkler veya unvanlarla etkinlik göstermesi, ardılığı yaratan olguların sonradan icrasıyla birlikte, ardılığı önlemez ve esasen ardıl tüzel kişinin yönetiminin ilgili spor kulübünün devamı olduğu izlenimi yaratmak amacıyla olduğunu gösterir²⁵. Bu bağlamda, ardıl bünyesindeki spor kulübünün ardılığa yol açan olguları gerçekleştirmesinden sonra, iki ayrı tüzel kişinin varlıklarının zamansal olarak kesişmesi veya önceki tüzel kişinin ve artık faal olmayan spor kulübünün federasyona üye sıfatıyla varlığını koruması ardıllık sonucuna varılmasına engel değildir²⁶.

2. Hukuki Sorumluluğu Dolanma Amacının Gerekliliği Hakkında

Ardıl addedilen sonraki tüzel kişinin önceki tüzel kişinin mali sorumluluklarından kurtulmak için kurulup kurulmadığı hususunun sportif ardılığın tespiti bakımından belirleyiciliği Spor Tahkim Mahkemesi bünyesinde verilen kararlarda istikrarlı şekilde değerlendirilmemiştir²⁷. Kararların bir kısmı, sportif ardıllıkta önemli unsurun dışı karşı yaratılmış izlenim olduğundan hareketle, salt izlenimin belirleyici sayılması gerektiği, ardıl sayılan tüzel kişinin kurulması bakımından önceki tüzel kişinin sorumluluğunu dolanma amacının gerekli olmadığı istikametindedir²⁸. Bu içtihatlar bakımından sportif ardıllık tamamen nesnel koşulların bir araya gelmesiyle gerçekleşmektedir.

²³ CAS 2020/A/7092; FIFA DK, 24.3.2022, 10433; Benzer şekilde: CAS 2020/A/7183.

²⁴ CAS 2019/A/6461; DERUNGS, N.168. Bununla birlikte stadyum veya tesislerin kentteki uygun tek yapı olması veya mülkiyetlerinin kamuya ait olması halinde, bunun ardıllık lehine yorumlanamayacağı ifade edilebilir: CAS 2020/A/7183.

²⁵ FIFA DK, 24.3.2022, 10433.

²⁶ FIFA DK, 24.3.2022, 10433.

²⁷ DERUNGS, N.176.

²⁸ CAS 2020/A/6884 “*Ancak, iyiniyet veya kötünüyet anlamında ikinci davalının amacı veya ikinci davalının her zaman saydam şekilde hareket edip etmediği (...) meselesine girmeksizin, bu husus sportif ardıllıkta belirleyici değildir. Esasen, bir unsur olarak dikkate alınabilir. ... İkinci davalının amacından bağımsız olarak, hakem, somut olayın özel koşulları ile normatif çerçeve bağlamında, özellikle 2019 FIFA Disiplin Kodu'nun m.15(4) hükmünde sıralanmış ölçütleri nazara alarak, ikinci davalıyı asıl borçlunun sportif ardılı addetme sonucuna rahatlıkla ulaşmaktadır. ... Lakin, hakem suiistimal bulunuyorsa yahut ispat edilemiyorsa dahi 2019 FIFA Disiplin Kodu'nun m.15(4) hükmünün yine de uygulanabileceğinin altını çizmek istemektedir*”; CAS 2020/A/7290 “... sportif ardıllık kavramı esas itibarıyla kötüye kullanımın önüne

Spor Tahkim Mahkemesi bünyesinde verilen kararların bir kısmında ise sportif ardılığın doğumu için önceki tüzel kişinin sorumluluklarından kurtulma amacının bulunması gerektiği kabul edilmiştir²⁹. Bu itibarla tüzel kişinin ayrı bir malvarlığı bulunması olgusunun kötüye kullanılması aranmıştır. Kamu nezdinde yaratılan süreklilik izlenimi ve bu izlenim sayesinde elde edilen olası faydalanma, ardılığın meydana gelmesi için yeterli sayılmamış, bu izlenim ve faydalanmanın yaptırımı bağlanması için iki tüzel kişinin ayrı malvarlıklarına sahip olmasının suiistimal edilmesi gerekli görülmüştür. Sadece önceki kulüple ilişki kurarak faydalanma temin edilebileceği bilincinin varlığını yeterli gören bir karar da mevcuttur³⁰.

Sportif ardılığın doğabilmesi için önceki tüzel kişiliğin sorumluluğundan farklı malvarlıklarının mevcudiyetinin kötüye kullanılması suretiyle kurtulma unsuru üstün tutulduğu takdirde bu kurumun uygulama alanının daralacağı çıkarımında bulunmak mümkündür. Zira bu unsurun var olabilmesi için ardıl olacak tüzel kişinin hukuki veya fiili yönetiminin, önceki tüzel kişiyle ortak olması gerekir. Zira borçlardan kurtulma amacı sadece, sonraki yönetim tarafından güdülebilir. Önceki tüzel kişiliğin borçlarıyla ilgisi bulunmayan şahısların, onun sportif geçmişinden ve toplumsal ilgiden yararlanmak için kurduğu sonraki tüzel kişilik açısından ayrı malvarlıklarının varlığını kötüye kullanılması söz konusu olamayacaktır.

Değinilen kararlarda bu konudaki uyumsuzluk, sportif ardılığın hukuki nitelendirilmesi bakımından yaşanan belirsizliği göstermektedir. Bir taraftan sonraki tüzel kişiye bünyesindeki spor kulübü aracılığı ile yaratılmış kamusal izle-

geçmek için benimsenmiş olsa da, CAS 2020/A7092 kararını veren heyetin isabetli olarak değerlendirdiği gibi, hakem, ödeme yapmaktan kaçınmak için yapılan desiseli uygulama olarak anlaşılması gereken ancak başvuru tarafından "şabeli uygulama" olarak adlandırılan uygulamaların bir tüzel kişinin bir diğerinin sportif ardılı olduğu sonucuna ulaşmak için ispatının gerektiğini kabul etmemektedir. ... Bununla birlikte, ikinci davalının ileri sürdüğü gibi bir somut senaryonun değerlendirilmesinde unsur olabile de, şabeli uygulamalar, yani tarafların ödeme yapmaktan kaçınmak için yaptıkları desiseli uygulamalar özü itibarıyla sportif ardılığın gerçekleştiği sonucuna varmak için olmazsa olmaz bir koşul teşkil etmez. Başka bir deyişle, böyle bir uygulama bulunmasa dahi sportif ardılık mevcut olabilir".

²⁹ CAS, 2020/A/6873; CAS 2020/A/7092 "Heyet 'sportif ardılık' kavramının esas itibarıyla kötüye kullanımları engellemek için ihdas edildiğini tespit eder. ... Heyet bu nedenle öncelikle Parma FC'nin iflâsının ve Parma Calcio 1913'ün kurulmasının mali sorumluluktan kaçmak için mi gerçekleştirildiğini saptamaya çalışacaktır. ... Heyetin görevi, böyle bir olası tertibi Parma FC'nin hakikaten iflâsından ve salt zamanla ekonomik ve sportif başarı şansını arttırmak maksadıyla taraftar ve sponsor çekmek için kendini Parma FC'nin geçmişiyile tanımlayan yeni bir futbol kulübünün Parma kentinde kurulması girişimden ayırt etmektir. ... Çok ince bir çizgi söz konusudur, zira yeni kurulmuş kulüp kendisini müflis kulüple ne kadar ilişkilendirirse ve aralarında ne kadar çok benzerlik bulunursa, yeni kulübün müflis kulübün sportif ardılı olduğu kanısına o kadar eğilimli olunur"; CAS 2020/A/7183 "Yeni Kulübün, Önceki Kulübün borçlarından kurtulmak amacıyla kurulduğunu gösteren hiçbir emare yoktur"; CAS 2018/A/5647 "Yeni Kulübün veya Girişimcilerin Eski Kulübü kasıtlı olarak iflâs ettirdiğini gösteren tek bir kanıt dahi bulunmamaktadır".

³⁰ CAS 2020/A/7504.

nime bağlanmış bir yaptırım söz konusu olmaktadır³¹, bu tüzel kişi tarafından yaratılmış güvenin boşa çıkarılmış olmaması, aşağıda değinileceği üzere güven sorumluluğundan hareket etmeyi imkânsız kılmaktadır. Diğer taraftan, bir tüzel kişinin bir diğer tüzel kişinin borçlarından sorumlu olmasını dolanmak üzere kurulması, genel olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun kapsamına girer³² ve yaratılmış kamusal izlenimle bağlantısı yoktur. Kaldı ki daha önce işaret edildiği gibi tüzel kişilik perdesinin aralanması kurumuna spor yargılamasında başvurulmasına olanak her zaman mevcuttur. Bu nedenle, spor yargılamasında sportif ardılık bağımsız bir kurum olarak var olacaksa, ayrı malvarlığının mevcudiyetinin kötüye kullanılmasının unsurunun aranmaması lazım gelir. Bu kabul esas alındığı takdirde, Sportif ardılık ile tüzel kişilik perdesinin aralanması ayrı hukuki kurumlar olduğundan hareket edilmesi ve sportif ardılığın uygulama alanının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumundan alınan bir unsurla daraltılmasından kaçınılması gerekmektedir.

D. Sportif Ardıla Başvurmaya Olanak Veren Olgu: Talep Edilen Alacağın Önceki Tüzel Kişiden Tahsil Edilememesi

1. Önceki Tüzel Kişinin Sona Ermiş Olması veya Aciz Halinde Bulunması

a. Genel Olarak

Uluslararası düzeyde yargısal kararlara konu uyumsuzluklarda sportif ardıla karşı talep ileri sürüldüğü durumlarda, esas itibarıyla önceki tüzel kişi şeklen veya hukuken sona ermiştir yahut hukuki varlığını korumasına karşın önceki tüzel kişiden alacağın tahsil edilmesi olanaklı gözükmemektedir. Böylece, yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinde açıkça yer almamakla birlikte, sportif ardıla başvurulabilmesi için örtülü olarak önceki tüzel kişiden alacağın tahsilinin olanaklı bulunmaması koşulu mevcuttur³³. Sportif ardılın so-

³¹ CAS 2020/A/7504 “Bu bağlamda, önce FIFA ve CAS kararları, ardından FIFA Disiplin Koduna açıkça eklenen sportif ardılık kavramıyla, FIFA bir yeni kulübün, mevcut sorumluluklarına tâbi olmak zorunda kalmaksızın önceki kulübü tanımlayan ve tefrik eden sportif varlıklarından yararlanmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır”.

³² DURAL / ÖĞÜZ, N.1060; AKÜNAL, Teoman, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, 1. Basım, Beta Kitapçılık, İstanbul, 1995, s. 18; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, N.880; KUŞ, Ulaş B., **Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 147; ÖZKURT, Ayşegül, **Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, 2. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 46; ALKANAT, s. 103.

³³ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında: FLUME, s. 82-83; GÖGER, Yunus Emre, **Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesi ve Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, 1. Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 109. Aynı çerçevede, tüzel kişiden tahsil sağlanabildiği takdirde, perdenin gerisindekilere talep hakkı ileri sürülmesinde usulen hukuki yarar bulunmayacağı fikrinde: KUŞ, s. 192.

rumluluğuna başvurabilmek için bu koşulun aranması, bu sorumluluğun kişilerin ayrı malvarlıklarının bulunduğu ilkesine istisna oluşturan bir kurum olması nedeniyle gereklidir. Bu itibarla, sportif ardılıktan ötürü sorumluluk ayrık özelliğiyle son çare olarak başvurulması gereken bir kurumdur³⁴. Bu durumda, kamu nezdinde yaratılan izlenimin sportif ardılığı doğurduğu ancak sportif ardılın sorumluluğuna önceki tüzel kişiden alacağın elde edilememesi veya edilemeyecek olması halinde gidilebildiği sonucuna varmak yerindedir. Öte yandan, sportif ardılığın doğumu için hukuki sorumluluğu dolanma amacının varlığını arayan görüş için, önceki tüzel kişiden tahsil olanaksızlığı, sportif ardılıktan ileri gelen sorumluluğa başvuru bakımından mutlak zorunluluk arz edecektir.

b. Önceki Tüzel Kişinin Sona Ermesi

Sona ermiş bir tüzel kişiye karşı alacak talebi ileri sürülemeyeceğinden sportif selef önceki tüzel kişinin hukuka uygun surette sona ermiş olması, sportif ardılın sorumluluğuna başvurulması için yeterlidir. Bu tüzel kişinin malvarlığı borca batık değilse sportif ardıla karşı ileri sürülmesi söz konusu alacak, tasfiye sürecine dâhil olur ve alacak ifa ile sona erer³⁵. Bu durumda sportif ardılın sorumluluğu doğmaz. Bu alacak tasfiye aşamasında dikkate alınmamışsa, hukuka aykırı tasfiye söz konusudur³⁶. Hukuka aykırı tasfiye halinde tüzel kişi hukuken sona ermez³⁷. Bu olasılıkta alacağın halen önceki tüzel kişiden talep edilmesi mümkündür. Dolayısıyla sportif ardılın sorumluluğu bu durumda ancak sonraki tüzel kişiden alacak tahsilinin yapılamayacak olması halinde sonraki başlık kapsamında mümkün olabilir.

Sportif selef önceki tüzel kişi, iflâs hükümleri uyarınca tasfiyeye tâbi tutulmuşsa³⁸ ve tasfiye süreci hukuka uygun şekilde tamamlanarak iflâs kapatıl-

³⁴ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna dayandırıldığı ölçüde aynı sonuç TMK m.2'nin ikincilliği itibarıyla da geçerli olacaktır. Bu yönde: ZK-JUNG, Art.620 OR, N.208.

³⁵ SARI, s. 394.

³⁶ Aynı tespite tasfiyenin iflâs hükümlerine göre yapıldığı hallerde dahi varılmak gerekir. Tasfiyeye tâbi olması gerekli malvarlığı unsurları varsa, hukuka aykırı tasfiyeye ait sonuçlar doğar, ancak İİK m.255/I uygulanır (KARASHAHİN, Y. Alperen, "İflâsın Açılmasının, İflâsın Ertelenmesinin ve Konkordatoda Verilen Mahkeme Kararlarının Zamanaşımı Yönünden Etkileri", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Y. 2018, C. 34, S. 2, s. 249).

³⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi: DEMİRSATAN, Barış, "Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi", **İÜHFİM**, Y. 2016, C. 74, S. 2, s. 695-696.

³⁸ Tüzel kişi, ticaret ortaklığı ise TTK m.12 hükmü gereğince iflâsa tâbidir (İİK m.43). Anonim ortaklık olarak kurulmayan borca batık spor kulübü tüzel kişisi, TMK m.53 hükmünün atfıyla uygulanan TMK m.636 uyarınca iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir.

mıssa, bu durum tüzel kişi için sona erme sebebi oluşturur³⁹. Sportif ardıla karşı ileri sürülen alacak bu süreçte iflâs masasına kaydedilmişse⁴⁰ ve bu alacak kısmen dahi karşılanamamışsa borç ödemededen aciz belgesi düzenlenir (İİK m.251). Alacak masaya kaydedirilmemişse ancak tasfiye hukuka uygun şekilde tamamlandığı durumda, İİK m.253 hükmü uyarınca İİK m.251 uygulanır. Esasen borç ödemededen aciz belgesi hükümleri uygulandığından bir an için bu durumda söz konusu alacakların varlığını sürdürdüğü düşünülebilir. Ancak tüzel kişilerde iflâsın kapanması kişiliğin yitirilmesi anlamına geldiğinden, hukuka uygun olarak yapılan tasfiyenin ardından bu aciz belgelerinin borçlu tüzel kişinin varlığını sürdüreceği şeklinde anlaşılması olanak dışıdır⁴¹. Bu itibarla, iflâsın hukuka uygun şekilde kapatılması sonucunda da kapsamda sportif ardıla başvuru imkanı doğar.

c. Sportif Selefin İfa Kabiliyetinin Bulunmaması

Sportif selef önceki tüzel kişi sona ererek hak ehliyetini yitirmemiş olsa dahi, sportif ardıla karşı ileri sürülmesi söz konusu olan alacağın, önceki tüzel kişiden tahsilinin sağlanması olanaklı değilse dahi sportif ardıla başvurulabileceği kabul edilmektedir⁴². Uluslarüstü spor yargı organı kararlarında borç öde-

³⁹ KARASHAHİN, s. 249. Ticaret ortaklıklarında iflâsın açılması, malvarlığı durumundan bağımsız olarak, tasfiye sebebi olarak düzenlenmiştir (TTK m.529, 636, 243, KoopK m.81). Bu kapsamda iflâs kararı verildikten sonra İİK m.182 hükmü uyarınca iflâsın kaldırılmasına karar verilirse, iflâsın takip hukuku anlamındaki sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve tasfiye tamamlanmadığından bu sebeple tüzel kişi sona ermez. Buna karşılık, genel anlamda tüzel kişinin borca batık hale gelmesi infisah sebebidir (Derneklerde: TMK m.87 b.1,3; Vakıflarda: OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, N.1452). Zira bu durumda amacın gerçekleştirilmesi imkansızlaşır. Bu itibarla tüzel kişinin tasfiye edilmesi gerekir. Tasfiye sürecine girildikten sonra bundan dönülmesi mümkün değildir. Bu olanak sadece TTK m.548 ile sınırlı olarak öngörülmüştür. 7405 sayılı Kanun m.9 hükmünde spor kulüpleri için infisah ve fesih sebepleri sayılmış ancak amacın imkansızlaşması veya borca batıklığa yer verilmemiştir. Bununla birlikte kanımca maddi durumu nedeniyle sportif faaliyetini yerine getiremeyecek duruma gelmiş bir spor kulübü tüzel kişinin infisah edeceğini kabul etmek daha uygundur.

⁴⁰ İflâs masasına kayıt isteminde bulunan alacaklının bu talebi reddedilirse, alacaklı sıra cetveline itiraz davası açabilir veya sırasına ilişkin iflâs idaresi tasarrufuna karşı şikâyet yoluna gidebilir. Bu bağlamda iflâsın kapatılması veya kaldırılmasından sonra sıra cetveline itiraz davası reddedilmiş olsa dahi borçluya karşı talepte bulunulabileceği ifade edilmekle (KURU, Baki, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1335) birlikte, tüzel kişilerde iflâsın hukuka uygun şekilde kapatılması tasfiyenin tamamlanması anlamına geleceğinden böyle bir olanak yoktur. Bu noktada, sıra cetveline itiraz davası açmanın veya sıraya dair şikâyette bulunmanın aşağıdaki bölüm açısından alacaklının yerine getirilmesi gereken bir külfet sayılıp sayılamayacağı hususunda, iflâs masasına kayıt talebiyle aynı ölçütün benimsenmesi gerekir.

⁴¹ Bu yönde: KARASHAHİN, s. 250; BSK-DÆPPEN, Robert K., **Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art.1-159 OR**, 6. Basım, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015, Art.138 OR, N.6a.

⁴² CAS 2020/A/7504 “*Sportif ardılık kuralı, borçlu kulübün acze düşmesi/ıflâs etmesi, sona ermesi veya malvarlığını dağıtması nedeniyle önceki Kulüpten alacaklarını tahsilde FIFA'nın himayesinden yararlanmayacak sportif etkinliklere ilişkin alacaklılarına belli bir andan itibaren hukuki koruma sağlamayı amaçlar*”. Öte yandan, tüzel kişilik perdesinin aralanması bakımından özkaynak yetersizliğinin (ALKA-

mekten aciz (*insolvency*) karşılığı olarak, borçlunun tüzel kişinin malen güç duruma düşmesinden kaynaklanan, alacaklıların bireysel olarak alacaklarını tahsil etmesine engel teşkil eden ve kamusal makamların gözetimde bulunan durum olarak tanımlandığı görülmektedir⁴³. Bu durum esasen Türk hukukunda, iflâsın açılması⁴⁴ (İİK m.193, m.194) ve konkordato mühleti verilmesi (İİK m.294, 288) hallerine karşılık gelmektedir⁴⁵.

Sayılan bu durumlar haricinde, salt malvarlığının borca batık halde olması, ifa güçsüzlüğü, aciz hali ve ödemelerin tatil edilmesi gibi olguların sportif ardılığa yol açıp açmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Borca batıklık, malvarlığındaki pasif değerleri, aktif değerlerin karşılayamaması anlamına gelir⁴⁶. Aciz hali, borçlunun muaccel bir borcu ödemek hususunda yeterli olanaktan yoksun olmaktan kaynaklanan sürekli yetersizliğidir⁴⁷. Takip hukukunda aciz hali, aciz belgeleri ile tevsik edilmekte ve bu belgeye sahip alacaklıya birtakım

NAT, s. 79; YURDAKUL, Berk Arda, **Şirketlerde Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 81; ÖZKURT, s. 36; SAĞLAM, İpek, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, **I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008)**, 1. Basım, MÜHF Yayını, İstanbul, 2008, s. 160) bir sebep olarak kabul edilmesi, benzer olguların benzer çözümlere ulaştırılması gerekliliği nedeniyle bu sonuca varılmasını doğrulamaktadır.

⁴³ DERUNGS, N.39; CAS 2020/A/6902; CAS 2020/A/6902 “*Hakem, FIFA Disiplin Kodunun 107. maddesinin b bendinde yer alan hükmün küllî takip işlemleriyle, yani kural olarak alacaklıların borçluya karşı taleplerini bireysel olarak ileri sürmelerini engelleyen, borçlunun malvarlığına el koymaya yönelik, borçlunun yaşadığı mali güçlük sebebiyle meydana gelen ve kamusal gözetim altında yürütülen icra işlemleriyle, ilgili olduğu kanısındadır. -Uyuşmazlığa ikincil olarak uygulanan [...] İsviçre hukuku açısından bu özellikleri iflâs hükümleri (İsviçre İcra ve İflâs Kanunu m.211 vd.) veya yeniden yapılandırma (İİİK m.293 vd.), hangisi olduğu fark etmeksizin, sağlar*”.

⁴⁴ İflâsın açılması borca batıklık dışındaki birtakım durumlarda da gerçekleşebilmektedir. Böyle bir ihtimalde iflâsa bağlı tasfiye sonucunda alacağın tahsili mümkün olduğundan ardılın sorumluluğu söz konusu olmamalıdır. Benzer yönde, TBK m.98 çerçevesinde acizden söz edebilmek için iflâs masasının durumunun önemli olduğu şeklinde: EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 27. Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, N.3121; ZK-SCHRANER, Marius, **Zürcher Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR) - Die Erfüllung der Obligationen, Art.68-96 OR**, 3. Basım, Schulthess, Zürih, 2000, Art.83 OR, N.12; BK-WEBER, Rolf H., **Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art.68-96 OR**, 2. Basım, Stämpfli Verlag, Bern, 2005, Art.83 OR, N.34.

⁴⁵ Sermaye ortaklıklarının ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması kapsamında, söz konusu alacak yeniden yapılandırmadan etkilenen ve alacaklı yeniden yapılandırma projesine onay vermemekle birlikte çoğunluk sağlanmış ve mahkemece İİK m.309/ö uyarınca takip ve davalar yasaklanmışsa, belirtilen aciz koşulu sağlanır. Projeye onay vermiş alacaklıların, bu projenin sonuçlarına katılmaması gerekir.

⁴⁶ UMAR, Bilge, “Aciz Hâli - Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlışlık”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2004, C. 1, S. 1, s. 317; KURU, s. 1159; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 9. Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 645.

⁴⁷ UMAR, s. 320; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 638.

imtiyazlar tanınmakla birlikte, genel anlamda acizden söz etmek için aciz belgesine gerek yoktur⁴⁸. Aciz durumunu gösteren bir emare olarak ödemelerin tatil edilmesi ise ödemelerin iradi olarak durdurulması anlamına gelir⁴⁹. Buna karşılık ifa (ödeme) güçsüzlüğü (TBK m.98, 296/son, 390, 436), muaccel borçların ifasında ekonomik olarak yetersizlik olup teknik olarak borca batıklık (ve sonucu iflâsa karar verilmesi), aciz halini ve ödemelerin tatil edilmesi durumunu kapsamaktadır⁵⁰. Geçici ödeme güçlüğü, bu kapsamda değerlendirilemez⁵¹. Fakat, ifa güçsüzlüğünün gerçekleşmesi malvarlığının mevcut durumundan bağımsızdır, iktisadi bir anlayışla takdir edilmek gerekir⁵².

İflas masasına kayıt külfeti hususundaki aşağıda değinilecek kararlara koşut olarak, dava ve takip yolu ile tahsilin sağlanabildiği ve bu yollara başvuru alacaklıdan beklenebildiği ölçüde sportif ardılın sorumluluğuna gidilmesine yol açabilecek bir aciz halinin mevcut olmadığını kabul etmek yerindedir. Bu olasılıkta, ise iflâs açılmadan veya konkordato mühleti verilmemiş olsa dahi sportif ardılın sorumluluğuna gidilebilmelidir. Dolayısıyla sportif ardılın ifa kabiliyetinin kamu gücüyle sınırlandırılması zorunluluk sayılmamak gerekir. Bu bağlamda ifa güçsüzlüğünün borca batıklık yahut salt aciz hali suretiyle gerçekleşmesi yeterli sayılabilir. Fakat ödemelerin tatil edilmesi tek başına yeterli bir olgu değildir.

Sportif ardıldan talep edilen alacağın, sportif selefın aciz haline düşmesinden önce doğmuş olması aranmaktadır⁵³. Bu durum, FIFA nezdinde aciz haline ilişkin sonuçların doğmasına ilişkin olarak benimsenen genel ilkenin⁵⁴ yansımasıdır.

⁴⁸ Mesela hapis hakkına ilişkin olarak, TMK m.952: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 23. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, N.3766.

⁴⁹ UMAR, s. 322; Karş. İflâs davasına rağmen muaccel borcun ifa edilmemesi şeklinde: KURU, s. 1146 ve 1084; Muaccel borçları genel ve sürekli şekilde ödememe: PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 632.

⁵⁰ BK-WEBER, Art.83 OR, N.32, 37, 38; HUGUENIN, Claire, **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Basım, Schulthess, Zürich, 2014, N.935; SCHWENZER, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Basım, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, N.62.09; BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Basım, Schulthess, Zürich, 1988, s. 311; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 20. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, N.1122; EREN, N.312; Resmen tevsik edilmeye gerek olmadığı: von TUHR / ESCHER, s. 66 dn. 60; TBK m.436 çerçevesinde: SARI, s. 396; Karş. Borca batıklık halinde dahi def'i hakkının doğmayabileceği, malvarlığı durumunun dışı etkisinin belirleyici olduğu fikrinde: ZK-SCHRANER, Art.83 OR, N.14.

⁵¹ ZK-SCHRANER, Art.83 OR, N.8; BK-WEBER, Art.83 OR, N.40.

⁵² ZK-SCHRANER, Art.83 OR, N.10; BK-WEBER, Art.83 OR, N.30; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 658.

⁵³ DERUNGS, N.43 ve 51.

Bu kapsamda son olarak, sportif ardıla başvurunun aciz bağlamında alacaklılara eşit muamele ilkesiyle⁵⁵ çelişip çelişmeyeceği değerlendirilmelidir. Bu sorun özü itibarıyla sportif selef olan tüzel kişinin hukuki varlığını koruduğu durumlara özgüdür. Zira tasfiye sürecinin hukuka uygun şekilde sona ermesiyle, tüzel kişiliğin yitirilmesi borçlu sıfatının kaybına ve borcun sona ermesine yol açacağından, önceki tüzel kişinin alacaklıları arasında eşit muamelede bulunulması söz konusu olmayacaktır. Diğer hallerde, sportif ardıla başvuran ve aciz halinde bulunmayan sportif ardıldan alacağını tahsil edebilen alacaklının, sportif selefin iflâs veya konkordato nedeniyle alacağını bireysel olarak ve doğrudan talep edemeyen diğer alacaklılarına göre avantajlı hale geçtiği açıktır. Bununla birlikte, koşulları varsa diğer alacaklıların da sportif ardılık veya tüzel kişilik perdesinin aralanması kurumlarına başvurabilmesi, alacağın sonuç itibarıyla ayrı ve borçlarını ifa hususunda kısıtlama bulunmayan bir tüzel kişiden tahsil edildiğinden, alacaklılar arasında eşitsizliğe yol açacağı gerekçesiyle sportif ardılın sorumluluğuna cevaz verilemeyeceği ileri sürülemez⁵⁶. Selef ve ardıl

⁵⁴ CAS 2012/A/2754; CAS 2013/A/3049; CAS 2015/A/4162; CAS 2013/A/3380.

⁵⁵ Türk hukukunda bu ilkenin iflâs ve konkordato hukukunda geçerli olduğu ifade edilmektedir: HASIRCI, Hakan, **İflâsın Takiplere Etkisi**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 155 vd.; SİMİL, Cemil, **Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 222-223.

⁵⁶ DERUNGS, N.197; IFM, 4A_616/2021 (Swisslex); CAS 2020/A/7504 "... *himaye, salt kulübün alacaklarını değil, rakiplerini ve gerekirse sportif rekabetin kendisini kapsamaktadır. Sportif ardıl önceki kulüp nezdinde doğmuş sorumluluklara uymaktan tamamen berî kılınaydı ve böylece önceki ile yeni kulüp arasında açık bir sportif süreklilikle borçlarına riayet etmek zorunda kalmaksızın önceki kulübün ekonomik ve sportif avantajlarından yararlanmasına cevaz verilseydi, bu durum sportif rekabetin kendisini ağır şekilde tehlikeye atmış olurdu. ... Hakem heyetinin çoğunluğu, FIFA'nın tüm mensuplarının ve bir bütün olarak futbol camiasının çıkarlarını gözeterek, 2019 FIFA Disiplin Kodu'nda ilk kez, temel amacı spor etkinliklerine ilişkin alacaklıları ve sportif rekabetin kendisini korumak olan sportif ardılık kuralını uygulamaya karar verdiğini ve bir kulübün iflâs etmesi ve spor etkinliklerine ilişkin alacaklılara ifa edilmemesi alacaklar bırakması durumunda, bir sportif ardılın eski kulübün ana varlıklarını kullanarak hareket etmesi halinde, bu yeni kulübün eski kulübe ilişkin bir karara uyulmamasından sorumlu sayılması gerektiğini belirtmektedir. Son on yılda kulüplere ilişkin iflâs davalarında belirgin bir artış yaşanmış ve geride, spora ilişkin dava sayısını arttıran önemli miktarda spor etkinliklerine ilişkin alacaklı kalmıştır. ... Sportif ardılık kuralı FIFA tarafından futbol camiasının tasvibi ile getirilmiştir ve tüm futbol paydaşları tarafından saygı gösterilmesi gereken ve dünya çapında futbola hakim olan lex sportiva'nın bir parçasını oluşturmaktadır. Hakem heyetinin çoğunluğu, FIFA'nın bu korumayı sadece dünya çapındaki ilgili iflâs yasalarına dayandırma niyetinde olmadığını, ancak kendi düzenlemesinde söz konusu korumayı birleştirmeyi ve futbol paydaşlarının çıkarlarını eşit bir şekilde korumayı amaçlayan bir hüküm getirdiği görüşündedir". İsabetsiz şekilde aksi yönde: CAS 2020/A/6831 "... iflâs takipleri doğaldır ki iflâs hukukuna ilişkin yürürlükteki ulusal hukuka tâbidir. Bu gibi durumlarda iflâs eden kulübün varlıklarını iktisap eden kişi, iflâs işlemlerini yürütmek ve mümkün olduğunca alacaklıların menfaatlerini ve ulusal hukuk tarafından sevk edilen istisnalar saklı kalmak üzere alacaklılar arasında eşit muameleyi güvence altına almak için yasa gereği atanan iflâs idaresine/tasfiye memuruna genellikle belli bir tutar tediyede bulunacaktır. ... Bu meblağ, yürürlükteki ulusal hukukta düzenlenmiş farklı ölçütler uyarınca (kamu alacakları, imtiyazlı alacaklar, olağan alacaklar vb. dahil olmak üzere) alacaklılar arasında paylaştırılmak üzere iflâs masasına intikal eder. Maksat, varlıkları satın alan yeni malikin diğer tüm borçlardan sorumlu olmaması ve ihalede mahkeme tarafından takdir edilen kıymeti ödeyerek mevcut tüm borçlardan berî tutulmasıdır. Bu borçlar, iflâs masasınca elde edilen toplam meblağ nisbetinde ulusal hukukun öngördüğü ve*

tüzel kişiler arasında müteselsil borç ilişkisi bulunduğu kabul edilirse, maddi hukuk yönünden de müteselsil borçlulardan birisi iflâs ettiği takdirde, diğer borçlulara gidilmesine herhangi bir engel yoktur⁵⁷. Teknik olarak müteselsil borçluluğun bulunmadığı, pasif husumet itirazının bertaraf edildiği görüşü üstün tutulduğu halde de hukuki durumda değişiklik olmayacaktır.

d. Borçlu Sifatını Hukuken Sonradan Kazanmış Başka Bir Kişinin Bulunmaması

Sportif ardılın sorumluluğuna gidebilmek için önceki tüzel kişiden alacağın tahsil edilemeyecek durumda olması gerekliliğinin yansımaları sportif selef önceki tüzel kişiden sonra, külli halefiyet⁵⁸ ve borcu üstlenme⁵⁹ yahut borca katılma sonucunda alacaktan sorumlu başka bir kişinin bulunmaması koşuludur. Söz konusu alacak, borçlu sıfatını kazanmış kişiden tahsil edilebildiği müddetçe kişilerin ayrı malvarlığı bulunması ilkesinden ayrılmaya gerek yoktur⁶⁰. Buna

mahkeme tarafından tasdik edildiği şekilde tamamen veya kısmen ödemekle sorumlu olan iflâs masasının uhdesinde kalır. Bu gibi durumlarda, ulusal federasyonların yerel düzenlemelerine, devralan tarafın iflâs eden kulübün borçlarından, iflâs masasına yapılan ödeme miktarına bakılmaksızın sorumlu olacağına dair bir hüküm koymaları dahi engellenebilir, zira böyle bir kural ulusal iflâs hukuku yasaları ile çelişecek ve aynı zamanda iflâs takiplerine dair bir temel ilke olan, yasalarda öngörülen özel düzenlemeler saklı kalmak üzere tüm alacaklılara eşit muamele ilkesinden bir sapma oluşturacaktır. Böyle bir kuralın (a) aynı kulübün alacaklıları arasında imtiyazlı bir rejim tesis edebileceği, yani FIFA'ya başvurma imkanı olmayan yerel oyuncuların, ulusal hukuk tarafından kabul edilmeyen imtiyazlı bir statü elde edebilecek yabancı oyuncuların farklı bir muameleye tâbi olacağı ve (b) kişilerin iflâs eden kulüplerin varlıklarını satın almaktan kaçınacakları için spor kulüplerine yeni alıcılar bulmada zorluklara neden olabileceği söylenebilir. Bu da nihayetinde genel olarak sporun menfaatine hanel getirebilir”.

⁵⁷ FEYZİOĞLU, Feyzi N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 2. Basım, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 319; CHK-MAZAN, Stephan, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen**, 3. Basım, Schulthess, Zürih-Basel-Cenevre, 2016, Art.144 OR, N.3; ATF 113 III 128 “Müteselsil borçlulardan birisi veya birden fazlası bakımından iflâsın açılmasının alacaklının tüm borçlulardan alacağının bir kısmını veya tamamını talep etme hakkı üzerinde etkisi yoktur (İBK m.144)”.

⁵⁸ 7405 sayılı Kanun m.8 kapsamında spor kulüpleri birleşebilir ve külli halefiyet ilkesi uygulanır. Belli bir spor dalına ilişkin malvarlığının başka bir spor kulübü veya spor anonim şirketine devredilmesi de mümkündür. Bu durumda devir aktif ve pasiflerle gerçekleşmekte olmakla birlikte, devreden sorumluluğu da devam eder. Spor anonim şirketleri bu konuda Türk Ticaret Kanunu'na (TTK m.134-194) tâbidir.

⁵⁹ Örn.: Borcun nakli, sözleşmenin devri, TBK m.202 anlamında malvarlığının ve işletmenin devralınması. Bununla birlikte işletme/malvarlığı devri halinde borçlar devrin kapsamı dışında bırakılmışsa, bu devirler başkaca unsurlarda sportif ardılığın bulunduğu sonucuna yol açmıyorsa, devralan tüzel kişinin bu kapsamda sorumlu tutulmasına sebebiyet vermez: CAS 2016/A/4586. TBK m.202 hükmünün borçlardan ari şekilde devri engellemediği: ÜLGİN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N. Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, N.389. Karş. CAS 2007/A/1355: Burada, açık bir borcun üstlenilmesi işlemi aranmamış, önceki tüzel kişinin sportif haklarının devralınmış olması, genç ve altyapı takımlarının yürütülmesi, aleyhe verilen kararlar kendini bağlı sayması gibi olgular borçların iradi olarak üstlenildiği yönünde yorumlanmıştır. Bu açıdan aslında sportif ardıllık yönünde verilecek kararlar bakımından bir ilk adımlardan biri olarak değerlendirilmesi mümkündür.

⁶⁰ Borç intikal ettiği için başkaca değerlendirme yapılmayan karar: CAS 2018/A/5774.

koşut olarak, hukuki anlamda sonraki borçludan alacak talep edilebiliyorsa, bu kişilerin sportif ardıl sıfatının tartışılmasında lüzum bulunmaz. Zira sadece mevcut borçluya karşı yöneltilmiş olağan bir ifa istemi söz konusudur. Buna karşılık, Spor Tahkim Mahkemesi kararlarında bu hususta tam bir özen gösterilmemektedir⁶¹.

2. Alacaklının Tahsili Temin için Elinden Gelen Çabayı Gösterme Külfeti

İstisnai bir kurum olarak sportif ardılıktan doğan sorumluluğa başvurabilmek için önceki tüzel kişiden veya bu kişinin cüz’i yahut külli halefinden alacağın tahsil edilemeyecek durumda olması gerektiği gibi, alacaklının tahsil için beklenebilir makul çabayı göstermiş olması gerekmektedir⁶². Bu külfet, yukarıda anılan düzenlemelerde yer almamakla birlikte halihazırdaki uygulamada gözletilmektedir⁶³. Esasen hakkın kullanımı hak sahibinin ihtiyarında olup salt hakkı kullanmamanın veya gecikmeli kullanımın hak sahibi aleyhine sonuç doğurmaması ilke olmakla⁶⁴ birlikte, bu istisnai kuruma başvuru için uygulama aksiyöndeki bu külfeti geliştirmiştir.

Bu bağlamda özellikle alacağın iflâs masasına kaydının sağlanması büyük önem taşımaktadır. Zira, sporcuların alacakları kural olarak işçi alacağı olarak nitelendirileceğinden⁶⁵, rüçhanlı alacak olarak nitelendirilecek ve tasfiye kapsamında öncelikle karşılanacaktır (İİK m.232, 206). Bununla birlikte, alacağı tahsil için çaba

⁶¹ Tüzel kişilerin birleşmesi halinde külli halefiyeti tespit etmek yerine bu olguyu sportif ardılığı gösteren bir olgu olarak değerlendiren isabetsiz karar: CAS 2018/A/581; Malvarlığı/işletme devrini, hukuki anlamda halefiyeti değerlendirmeden sportif ardılık unsuru sayan isabetsiz karar: CAS 2020/A/6846; Sportif ardılığın değerlendirilmesi için hukuki halefiyetin gerekmediği, sorumluluğun salt sportif ardılığın değerlendirilmesiyle tespit edileceği şeklinde isabetsiz karar: CAS 2020/A/6884.

⁶² DERUNGS, N.231; CAS 2020/A/7280&7298; CAS 2020/A/6846 “... eğer alacaklı (kendi kusuru olmaksızın) borçlunun kayıtlarında yer almadığı için bilgilendirilmezse, ilke olarak borçlu bundan yararlanamaz ... Yetkili makamlar tarafından yapılmış bildirim olmasa dahi, alacaklının elinden gelen çabayı gösterme ve en azından iflâs işlemlerinden fiilen haberdar olması halinde alacağını kaydettirmeye çalışma külfeti vardır. Aksi bir durum, İsviçre Medeni Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralının ihlali olarak değerlendirilebilir”. Bu bağlamda ulusal mahkemelere talebin reddedilmiş olmasının özenin gösterilmediği anlamına gelmeyeceği: FIFA DK, 8.10.2020, 5039; Borçlu kulübün bulunduğu ülkeden uzun zaman önce ayrılmış olmanın iflâstan haberdar olmamayı ve sıra cetveline kaydolmamayı mazur kıldığı: FIFA DK, 24.9.2020, 5829.

⁶³ CAS 2011/A/2646 “Oyuncu, (i) iflâs prosedüründen haberdar olmasına ve (ii) bunu yapma niyetini açıklamış olmasına rağmen, iflâs prosedürü kapsamında ücret alacağını talep etmemeye karar vermiştir. Hakem heyetince, bu durum oyuncunun alacağını tahsil etmesi konusunda mevcut davayı etkileyecek bir özen eksikliği olarak değerlendirilmelidir”.

⁶⁴ DEMİRSATAN, Barış, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, 2. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 144.

⁶⁵ Futbolcu ve spor kulübü arasındaki sözleşmenin genel hizmet sözleşmesi kapsamında nitelendirileceği: SARI, s. 34.

gösterme külfetinin varlığından söz edebilmek için, bu çabanın sonuç verebilir olması gerekir. Alacaklının, tahsil için birtakım yargısal başvurularda bulunmuş olması durumunda dahi eda yahut tahsil gerçekleşmeyecekse, bu külfetin yerine getirilmediğinden bahisle sportif ardılın sorumluluğuna gidilmesinden kaçınılamaz⁶⁶. Başka bir deyişle, külfet ihlali ve tahsilin gerçekleşmemesi arasında nedensellik bağı olduğu ölçüde sportif ardılın sorumluluğuna gidilemez. Bu hususta ispat yükünün sportif ardılda olduğu belirtilmektedir⁶⁷. Öte yandan müflis tüzel kişinin bu durumu saklaması veya alacaklının mazur görülebilir şekilde haberdar olmaması halinde de yine bu külfetin varlığından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁸. Teknik olarak külfetin yerine getirilmemiş olması hakkın ileri sürülmesini engelleyeceğinden ve özel bir def'i hakkı öngörülmemiş olduğundan, itiraz niteliğinde bir savunma söz konusudur⁶⁹. Ayrıca, bu külfetin ihlali halinde, ilgili hukuki yollara başvurulması halinde elde edilebilecek ifa oranında bir hak kaybı söz konusu değildir. İhlal, doğrudan doğruya mutlak hak kaybına yol açmamalıdır.

E. Sportif Ardılığın Sonucu

Bir tüzel kişi, önceki tüzel kişinin sportif faaliyetleri bakımından sportif ardıl sayıldığı takdirde, önceki tüzel kişinin borcundan sorumlu tutulmaktadır⁷⁰. Pratik açıdan ulaşılmaması amaçlanan sonuç bu olduğu için yargısal kararlarda sonucun hukuki temellendirilmesi hususunda ayrıntılı bir değerlendirme yapılmadığı gözlemlenmektedir. Esas itibarıyla sportif ardılın, önceki tüzel kişinin borcundan müteselsilen sorumlu tutulduğu tespit edilmekle yetinilmektedir. Müteselsil sorumluluğa FIFA Disiplin Kodu m.21/IV ve Futbolcuların Transfer ve Statüleri Hakkında Talimat m.25/I hükümlerinin dayanak oluşturduğu ifade edilmektedir⁷¹. Öncelikle, sportif ardılın önceki tüzel kişiyle müteselsilen sorumlu olmasının ancak önceki tüzel kişiliğın hukuken varlığını ve böylece borçlu sıfatını muhafaza etmesi durumunda söz konusu olacağı vurgulanmak gerekir.

⁶⁶ DERUNGS, N.239; CAS 2020/A/6884; CAS 2020/A/6941.

⁶⁷ CAS 2019/A/6461 “... Başvurucu, borçlu kulübün tasfiye edilen varlıklarının değerine ilişkin herhangi bir bilgi sunmamıştır. Heyetin kanaati uyarınca, Başvurucu tasfiye edilen varlıkların, alacağın bu prosedürle tahsilini olanaklı kılacak şekilde yeterli bir bakiyeyle sonuçlandığını kanıtlamak bir yana, öne bile sürmemiştir”.

⁶⁸ CAS 2020A/6745. Benzer şekilde tasfiyeye dahil edilmeyen varlıkların bulunmadığından haberdar olmayan ve olması gerekmeyen alacaklının hukuka aykırı tasfiyeye ilişkin talepte bulunması beklenemez.

⁶⁹ Aksi yönde def'i olarak FIFA DK, 14.5.2020, 200508; Bu konuda netlik bulunmadığı: DERUNGS, N.270.

⁷⁰ DERUNGS, N.180; CAS 2013/A/3425; FIFA DK, 24.3.2022, 10433; CAS 2016/A/4550; CAS 2016/A/4576.

⁷¹ DERUNGS, N.184.

Belirtildiği üzere pratik ve arzu edilen sonuç, sportif ardılın sorumluluğu olmasına karşın daha açık bir hukuki temellendirme gereksinimin bulunduğu barızdır. Zira, önceki tüzel kişi hukuka uygun tasfiye ile sona ermişse, sportif ardılın sorumluluğunun doğmasıyla sona ermiş bir borç yeniden mi doğmaktadır, bu borcun tâbi olduğu zamanaşımı ne olacaktır ya da önceki tüzel kişinin borcuyla aynı tutarda ve nitelikte yeni ve ayrı bir borç mu doğmaktadır böyle ise ne zaman doğmaktadır yahut sadece sportif ardılın başkasının borcundan sorumluluğu mu doğmaktadır ve sona ermiş bir borçtan sorumluluk doğabilir mi gibi sorular akla gelmektedir. Benzer sorular önceki tüzel kişinin varlığını koruduğu olasılıkta da yöneltilebilir. Zira bu durumda da önceki tüzel kişiliğin varlık ve borcu korunmakla birlikte aynı zamanda sportif ardıl da bu borçtan sorumlu tutulmaktadır.

Çözümü gereken bu sorular esasen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramının uygulanması açısından da geçerlidir. Fikrimce burada yeni borcun varlık kazanması veya sona ermiş borcun sonraki tüzel kişi malvarlığında yeniden doğması yönünden bir yanıtı temellendirmek güçtür. Bunun yerine sonraki tüzel kişiye karşı önceki tüzel kişinin borcuna ilişkin bir talep ileri sürüldüğünde, sonraki tüzel kişinin talebin yükümlüsü olmadığı yönünde olan itiraz niteliğindeki pasif husumet savunmasının yukarıda anılan düzenlemelere⁷² aykırı olduğu ve dikkate alınmayacağına kabul edilmesi daha basit ve uygun bir çözümdür. Bu itibarla sonraki tüzel kişinin borçlu sayılması değil, pasif husumet itirazını ileri sürememesi söz konusudur⁷³. Bu nedenle yeni bir borcun varlık kazandığı izlenimi veren müteselsil sorumluluğun bulunduğu tespiti yerinde değildir⁷⁴. Ardılın malvarlığında herhangi bir hukuki sebeple yeni bir borç doğmamakta veya mevcut bir borcun intikali söz konusu olmamaktadır.

⁷² Bu düzenlemelerin bulunmadığı dönem için ve ulusal yargılamalarda bu kurumun tanındığı varsayımında ise başvurulabilecek dayanak dürüstlük kuralı (TMK m.2) olacaktır.

⁷³ Böylece, önceki tüzel kişinin borcu tamamen aynı içerikle sonraki tüzel kişiye karşı ileri sürülmektedir ve bu talep bağımsız bir zamanaşımına tâbi değildir. Benzer yönde: GÖGER, s. 150; Farklı yönde: KUŞ, s. 207.

⁷⁴ Zira müteselsil borçlulukta borçlu sayısınca ayrı borç ve borç ilişkisi bulunur (von TUHR, Andreas / ESCHER, Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II**, 3. Basım, Schulthess, Zürih, 1984, s. 297; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, 17. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, N.1341-1342; FEYZİOĞLU, s. 309; BUCHER, s. 491). Selef, hukuki varlığını koruyorsa sonraki tüzel kişinin rücu etmesinde engel yoktur. Burada rücu talebi, üçüncü kişinin ifası çerçevesinde temellendirilecektir.

II. TÜRK ÖZEL HUKUKU AÇISINDAN SPORTİF ARDILLIĞIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Sportif ardıllık, vurgulandığı üzere, uluslararası futbol yargılaması ve mevzuatına özgü ayrık bir kurumdur. Türk hukukuna tâbi ve Türk mahkemeleri huzurunda görülmekte olan bir yargılamada bu kurumun pozitif dayanağı bulunmadığından doğrudan doğruya uygulanma ihtimali bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Türk hukukunda kişilerin ayrı malvarlığı bulunması ilkesinin aşılmasına olanak tanıyarak dürüstlük kuralının bir uygulama halini oluşturan ve sportif ardıllık ile benzer işleve sahip⁷⁵ tüzel kişilik perdesinin aralanması kurumu hem kuramsal düzeyde hem de yargı organlarında kabul görmektedir⁷⁶. Bu itibarla, sportif ardıllığın uygulanmasını sağlayan olgular, Türk hukukundaki tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramına olanak verdiği ölçüde dolaylı şekilde uygulanma imkanı bulabilir.

⁷⁵ İki kurum arasındaki yakınlık, tüzel kişilik perdesinin aralanmasına cevaz veren Türk hukukunun da dahil olduğu hukuk düzenlerinde, sportif ardıllığın tespit edildiği CAS kararlarının kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tenfizinin reddinin veya iptalinin önüne geçecektir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi hakem kararının iptali istemiyle yapılan başvuruları sportif ardıllığın kamu düzenine aykırı olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir: IFM, 4A_616/2021; IFM, 4A_246/2022 (Swisslex). Bu kararlarında Federal Mahkeme, kişilerin ayrı malvarlıklarının bulunduğu ilkesine ilişkin kötüye kullanılması söz konusu bulunmadığı hallerde dahi aykırılığın tek başına kamu düzenini ihlal etmeyeceği, kararın FIFA düzenlemelerine dayandığı için dernek özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, cezai nitelik taşımadığı için *nulla poena sine lege* ilkesine aykırılığın bulunmadığı, ekonomik özgürlüklerle ilgili olmadığı, sözleşmesel sorumluluğa değil disiplin hukukuna ilişkin bulunduğu bu nedenle sözleşme özgürlüğünü göz ardı etmediği, çifte ödeme sonucuna yol açmayacağı, disiplin hukuku kaynaklı bir talep olduğundan alacaklıların eşitliği ilkesine aykırılığın meydana gelmediği, devletin cebri icra tekelinin ihlal edilmediği gerekçelerine dayanmıştır. Belirmek gerekir ki sportif ardıllığın salt dernek özgürlüğü ve disiplin hukukuna bağlı bir yaptırım olarak algılanması sorgulanmaya açıktır.

⁷⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, N.880; SAĞLAM, s. 155; ROUILLER, Nicolas / BAUEN, Marc / BERNET Robert / LASSERRE ROUILLER, Colette, **La société anonyme suisse**, 3. Basım, Schulthess, Cenevre-Zürich, 2022, N.673; AESCHBACH, Florez Jessica, **La liquidation forcée des groupes de sociétés**, 1. Basım, Schulthess, Cenevre-Zürich-Basel, 2012, N.157 vd.; Yarg. 19 HD., 25.3.2015, 7187/4144 (Kazancı); Yarg. 11. HD., 28.11.2022, 4234/8380 (Kazancı). Öte yandan, yargı kararlarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramından farklı bir kurum olarak “organik bağ” gerekçesiyle bir tüzel kişinin başka bir tüzel kişinin borçlarından sorumlu tutulduğu görülmekle birlikte (Yarg. 6. HD., 13.3.2023, 3663/1010 (Kazancı)), teknik olarak organik bağ kapsamında kalan olguların ve sonuçların tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla örtüştüğü görülmektedir. Bu itibarla, böyle bir ayrımın ciddi bir pratik ve kuramsal önemi yoktur. Organik bağda ispat koşullarının daha hafif olduğu belirtilmekle birlikte (AKINCI, s. 673), tüzel kişilik perdesinin aralanması bakımından ispat yükünün daha hafif şekilde takdir edilmesinde engel bulunmamaktadır. Esas itibarıyla Türk hukuk uygulamasındaki uyumsuzluklar dikkate alındığında, yabancı hukuklara nazaran kötüye kullanılımanın bulunduğu takdirinde daha az çekingen olmakta fayda bulunacaktır. Nitekim “organik bağ” kavramının yargı organlarıncaya yaratılmasının gerisinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramının çerçevesini gereksinimler doğrultusunda genişletme zorunluluğu bulunmaktadır.

Sportif ardılığı doğuran ana olgunun sonraki tüzel kişinin kamu nezdinde yarattığı süreklilik hususundaki güven olduğu göz önünde bulundurulduğunda, akla sportif ardılık ve güven sorumluluğu arasında bir ilişkinin var olup olmadığı sorusu da gelebilir. TMK m.2'ye dayanan güven sorumluluğu, sözleşme görüşmeleri kapsamında içinde bulunmayan bir kişinin başka bir kişi nezdinde yaratmış olduğu haklı güvenin boşa çıkarılmasından doğan zararın giderilmesi işlevine sahiptir⁷⁷. İsviçre'ye benzer olarak Türk öğretisi ve uygulamasında benimsenmektedir⁷⁸.

Sportif ardılık çerçevesinde, ifası talep edilen borç önceki tüzel kişinin malvarlığında doğmuştur ve bu aşamada sportif ardıl tüzel kişinin herhangi bir müdahalesi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, talebe konu alacağın doğumunda, sportif ardılın verdiği güven veya verilmiş güvenin boşa çıkması söz konusu değildir. Bu nedenle, güven sorumluluğunu sportif ardılın sorumluluğu ile ilişkilendirmek olanaksızdır. Alacağın doğumu ile güven arasında zamansal uyumsuzluk bulunduğu gibi, sportif ardılıta kamu nezdinde yaratılan izlenim belirleyicidir, alacaklının algısı önemli değildir. Bu açıdan sportif ardılık uygulamasında aranan izlenim yaratma unsurunun, güven sorumluluğuna dayanak oluşturan haklı güvenin uyandırılması için mutlak surette yeter olacağını öngörmek mümkün değildir. Bu açıklamalara koşut olarak altını çizmek gerekir ki FIFA ve Spor Tahkim Mahkemesi kararlarının bir kısmında karşılaşılan önceki tüzel kişinin borçlarını üstlenme izlenimi yaratmanın da güven sorumluluğu ile bağlantısı yoktur. Bu noktada, ancak alacaklı ve sportif ardıl arasında somut bir borca ilişkin olarak bir sözleşmenin kurulması hususunda müzakere bulunduğu

⁷⁷ HUGUENIN, N.1738 vd.; MORIN, Ariane, “Les caractéristiques de la responsabilité fondée sur la confiance. Note à propos des ATF 128 III 324 et 130 III 345”, *JdT* 2005 I 41, s. 42 vd.; CHAPPUIS, Christine, “La responsabilité fondée sur la confiance”, *La Semaine judiciaire*, Y. 1997, s. 170 vd.; GÜMÜŞ, M. Alper, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 1. Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 653; FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, N.937 ancak TMK m.1 kapsamında görüşünde: IBID, N.105; HATEMİ, Hüseyin, *Medeni Hukuk'a Giriş*, 9. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, §14 6a. Bu noktada akla, güven sorumluluğu ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına aynı anda başvurulup başvurulamayacağı sorusu gelebilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında başka tüzel kişinin malvarlığında doğmuş alacağın ifası talep edilirken, güven sorumluluğunda haklı güvenin boşa çıkarılmaması borcunun ihlalden doğan bir tazminat alacağı söz konusu olur. Farklı tabiiatta alacakları konu aldıklarından aynı alacak için iki kuruma da uygulanma koşullarının aynı anda gerçekleşme olanağı fikrimce bulunmayacaktır. Kaldı ki tüzel kişilik perdesinin aralanması kurumu ile alacağın tahsilini sağlanabildiği takdirde, boşa çıkarılmış bir güvenden de söz edilemez.

⁷⁸ NOMER, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Basım, Beta Kitapçılık, İstanbul, 2021, N.15.5; GÜMÜŞ, s. 653-654; Yarg. HGK., 4.5.2011, 13-56/264 (Lexpera); Yarg. 13. HD., 26.1.2012, 16549/1177 (Kazancı); Yarg. HGK., 16.5.2019, 13-977/572 (Lexpera); SEROZAN, Rona, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III*, 6. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, §19 N.3. TTK m.209 hükmü ile ortaklıklar toplulukları bakımından güven sorumluluğu TMK m.2'den öncelikli olmak üzere düzenlenmeye çalışılmıştır. Bu konuda ayrıca: GÜMÜŞ, s. 662.

ölçüde *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğabilir yahut güven kuramı çerçevesinde bu sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılabilir. Soyut şekilde önceki tüzel kişinin borçlarının bir kısmının ödeneceği yönünde yaratılan kamusal izlenim, bu borcun doğumu aşamasında güven oluşturmadığı gibi alacaklılara karşı da korunmaya layık somut bir güven vermeye yeterli değildir.

B. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Kuramı Karşısında Sportif Ardılık

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının uygulanmasına sebebiyet veren olguların tespitinde bu kuramın dürüstlük kuralına dayandığı dikkate alındığında mutlak anlamda bir sayımın yapılmasının mümkün olmadığı görülecektir⁷⁹. Somut uyuşmazlıkta tüzel kişilik kurumunun kötüye kullanıldığı sonucuna ulaşıldığı anda kötüye kullanan kişinin kendisine yönelmiş ifa talebine karşı, sportif ardılıkta ifade edildiği gibi, borçlu olmadığı (pasif husumet) itirazını ileri sürmesine olanak tanınmayacaktır. Zira sportif ardılıkta söz konusu olduğu üzere, perdenin kaldırılmasıyla sorumlu tutulan kişi bakımından bu sorumluluğun doğumunu temellendirmek için en uygun ve güçlü gerekçelendirme bu olmaktadır.

Bununla birlikte, kötüye kullanma teşkil edebilecek olguların kategorize edilmesi mümkündür. Bu bağlamda, tüzel kişinin menfaatlerini gözetmeyen yönetimi ifade eden “yabancı yönetim”⁸⁰, tüzel kişi ve tüzel kişiliği kötüye kullanan kişi arasında özdeşliğin meydana gelmesini ifade eden “malvarlığı veya hukuk alanlarının karışması”⁸¹, tüzel kişi yönetimini oluşturan şahıslar tarafından açıkça anlaşılabilir ölçüdeki özkaynak yetersizliğini ifade eden “olağanüstü özkaynak yetersizliği”⁸² ve salt borçları yerine getirmekten kaçınma amaçlı tüzel kişilik kurulmasını ifade eden “kurumsal kötüye kullanma”⁸³ ayrımları

⁷⁹ Genel olarak dürüstlük kuralı açısından: DURAL, Mustafa / SARI, Suat, **Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 17. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 195; OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, 27. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, N.867 ve 871.

⁸⁰ ALTAY, S. Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler**, 1. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 613; YANLI, Veliye, **Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, 1. Basım, Beta Kitapçılık, İstanbul, 2000, s. 119; KUŞ, s. 136; GÖGER, s. 142; ALKANAT, s. 94.

⁸¹ ZK-JUNG, Art.620 OR, N.221-223; ALTAY, s. 619-620; YANLI, s. 238 ve 246; GÖGER, s. 132 ve 138; KUŞ, s. 128 ve 134.

⁸² ZK-JUNG, Art.620 OR, N.219-220; YANLI, s. 116-117; GÖGER, s. 126; ALKANAT, s. 79; KUŞ, s. 127.

⁸³ ZK-JUNG, Art.620 OR, N.224; KUŞ, s. 147; ÖZKURT, s. 46; ALKANAT, s. 103. Hukuki kurumların kötüye kullanılabilirliği: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I**, 7. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, §41 N.5.

yapılmaktadır. Ancak belirtildiği gibi, bu olgu grupları tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için mutlak bir zorunluluk taşımamaktadır, önemli olan ayrı malvarlığı ilkesinin kötüye kullanılmış olmasıdır.

Sportif ardılın sorumluluğuna gidilmesine olanak veren ana olgu olan “önceki tüzel kişinin bünyesindeki kulüple süreklilik izlenimini kamu nezdinde yaratılması”, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna dayanak oluşturabilecek nitelikte değildir. Bu olguyu yukarıda aktarılan kategoriler içinde değerlendirmek mümkün olmadığı gibi, bir tüzel kişinin kamusal izleniminden yararlanmayı amaçlamak, sonraki tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığını göstermez. Zira kişilerin ayrı malvarlıklarının bulunduğu ilkesinin dolanılması söz konusu değildir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla, önceki tüzel kişinin izleniminden yararlanması yaptırıma bağlanmaz. Başka bir ifade ile elde edilen yararlanmanın önceki tüzel kişinin borçlarıyla sorumlu tutulmak suretiyle dengelenmesi, dürüstlük kuralı ile temellendirilemez.

Buna karşılık, hukuki sorumluluğu dolanma amacı bulunduğu takdirde, yaratılmış izlenimden bağımsız olarak tüzel kişiliğin “kurumsal” surette kötüye kullanıldığı çıkarımı yapılabilir⁸⁴. Dolayısıyla bağımsız bir kurum olarak Türk hukukunda sportif ardılın sorumluluğunun yeri olmadığı ve uluslararası yargı makamlarının içtihatlarının uygulama alanı bulamayacağı, anılan içtihatların bir kısmında aranan sportif ardıl tüzel kişinin kurulması bakımından selef tüzel kişinin hukuki sorumluluğunun bertaraf edilmesi amacı güdülmesi unsurunun varlığı halindeyse tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına başvurulabileceği, sportif selefin devamı izlenimi yaratmanın kişilerin ayrı malvarlığına sahip olması ilkesini ihlal etme anlamına gelmemesi, bu izlenim ile selef tüzel kişinin borçlarının yerine getirileceği yönünde sözleşmesel bir taahhütte bulunduğu yorumunun yapılmayacağı sonucuna varılması gerekmektedir.

SONUÇ

Bir spor kulübünün faaliyetlerine çeşitli sebeplerle son verdikten sonra bu kulübün devam ettiği izlenimi veren diğer bir spor kulübünün başka bir tüzel kişi bünyesinde etkinlikte bulunmasıyla karşılaşılabilir. Bu durumda, sonraki spor kulübünün önceki kulübün geçmişi ve sahip olduğu toplumsal ilgiden yararlanmasının karşılığında, önceki spor kulübünü bünyesinde barındıran tüzel kişinin bu faaliyetten doğmuş borçlarından sorumlu tutulması gereksinimi

⁸⁴ Perdenin kaldırılabilmesi için kötüye kullanmanın gerektiği: ATF 113 II 31; İFM, 4A_379/2018 (Swisslex); SCHWENZER, N.32.15; Alman hukukunda: WOLF, Manfred / NEUNER, Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Basım, Verlag C.H. Beck, Münih, 2016, §17 N.99.

hissedilmiş ve bu gereksinim FIFA ve Spor Tahkim Mahkemesi kararlarında geliştirilen sportif ardılık kurumuyla futbol kulüpleri bakımından karşılanmaya çalışılmış ve bu kurum FIFA tarafından mevzuatına dahil edilmiştir.

Sportif ardılık ile bir kişinin başka bir kişinin malvarlığında doğmuş borcundan sorumlu tutulması söz konusu olduğundan, kişilerin ayrı malvarlığı bulunması ilkesine istisna oluşturur ve bu açıdan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramıyla benzeşir. FIFA ve Spor Tahkim Mahkemesi kararlarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramına başvurulduğuna tesadüf edilmemekle birlikte, sportif ardılığın yanı sıra bu yola gidilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Sportif ardılığın doğabilmesi için ardıl tüzel kişinin bünyesinde faaliyette bulunan yeni spor kulübünün, selef spor kulübünün devamı olduğuna yönelik bir izlenimi kamuya vermesi gerekmektedir. Bu unsura ek olarak, yeni tüzel kişinin önceki tüzel kişinin borçlarından sorumluluğunu bertaraf etme amacına gerek yoktur. Esasen bu husus, tek başına tüzel kişilik perdesinin aralanmasına dayanak oluşturabilecek bir olgudur.

Sportif ardılın sorumluluğuna gidilebilmesi için önceki tüzel kişinin sona ermiş olması veya -borçtan sorumlu ve tahsil kabiliyeti olan başka bir şahıs yoksa- bu tüzel kişiden takip hukuku aracılığı ile tahsilin sağlanamıyor olması gerekmektedir. Ayrıca alacaklının, alacağının önceki tüzel kişiden tahsil edebilmek için elinden gelebilecek makul çabayı gösterme külfeti bulunmaktadır.

Belirtilen bu unsurların varlığı halinde, sportif ardıl tüzel kişi kendisine yöneltilmiş ifa talebine karşı borçlu olmadığı itirazını ileri sürememekte, bu şekilde sorumlu tutulabilmektedir. Sportif ardılık, uluslararası futbol mevzuatı ve yargılamasına ait bir kurum olduğundan Türk hukukunda pozitif dayanak yoksunluğundan ötürü doğrudan uygulanması mümkün değildir.

Türk hukukunda bir tüzel kişinin malvarlığında doğmuş borçtan başka bir kişinin sorumlu tutulması tüzel kişilik kurumunun kötüye kullanılması halinde dürüstlük kuralına dayanan tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı aracılığıyla mümkün olmaktadır. Bu çerçevede sonraki spor kulübünün yarattığı kamusal izlenim belirleyici olamaz. Salt önceki tüzel kişinin hukuki sorumluluğunun bertaraf edilmesi amacının bulunduğu sportif ardılık durumlarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olanaklıdır. Öte yandan, FIFA ve Spor Tahkim mahkemesinin sportif ardılığı uyguladığı uyuşmazlıklarda sportif ardılın kendisinden talep edilmiş alacağın doğumunda kendisinin yaratmış olduğu haklı güven ve bu güvenin boşa çıkarılması rol oynamadığından Türk mahkemelerinde Türk hukukunun uygulandığı benzer davalarda güven sorumluluğuna gidilmesi söz konusu olamayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AESCHBACH, Florez Jessica, **La liquidation forcée des groupes de sociétés**, 1. Basım, Schulthess, Cenevre-Zürih-Basel, 2012.
- AKINCI, Şahin, “Alacaklılardan Mal Kaçırarak için Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, C. 27, S. 3.
- AKÜNAL, Teoman, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, 1. Basım, Beta Kitapçılık, İstanbul, 1995.
- ALKANAT, Saadet E., **Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi**, 1. Basım, Platon Hukuk, İstanbul, 2021.
- ALTAY, S. Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, 1. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- ANTALYA, O. Gökhan, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, **I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008)**, 1. Basım, MÜHF Yayını, İstanbul, 2008.
- BLOCH, Oliver, **Les conventions d’actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse**, 3. Basım, Schulthess, Cenevre-Zürih-Basel, 2021.
- BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Basım, Schulthess, Zürich, 1988.
- CHAPPUIS, Christine, “La responsabilité fondée sur la confiance”, **La Semaine judiciaire**, Y. 1997.
- DÆPPEN, Robert K., **Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art.1-159 OR**, 6. Basım, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015 (Art.138 OR).
- DEMİRSATAN, Barış, “Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi”, **İÜHFİM**, Y. 2016, C. 74, S. 2.
- DEMİRSATAN, Barış, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, 2. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

- DERUNGS, Vitus, **Insolvency of Football Clubs and Sporting Succession - Financial Claim Proceedings before FIFA and the Court of Arbitration for Sport**, 1. Basım, Stämpfli Verlag, Bern, 2022.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, **Kişiler Hukuku**, 23. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat, **Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri**, 17. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 27. Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- FEYZİOĞLU, Feyzi N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 2. Basım, Fakülter Matbaası, İstanbul, 1977.
- FLUME, Werner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Erster Band Zweiter Teil Die juristische Person**, 1. Basım, Springer Verlag, Berlin, 1983.
- FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- GÖGER, Yunus Emre, **Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesi ve Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, 1. Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÜMÜŞ, M. Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, 1. Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- HASIRCI, Hakan, **İflâsın Takiplere Etkisi**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- HATEMİ, Hüseyin, **Medeni Hukuk'a Giriş**, 9. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- HUGUENIN, Claire, **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Basım, Schulthess, Zürih, 2014.
- JUNG, Peter, **Zürcher Kommentar - Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen**, 2. Basım, Schulthess, Zürih, 2016 (Art.620 OR).
- KARŞAHİN, Y. Alperen, "İflâsın Açılması, İflâsın Ertelenmesinin ve Konkordato Verilen Mahkeme Kararlarının Zamanaşımı Yönünden Etkileri", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Y. 2018, C. 34, S. 2.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I**, 7. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- KUŞ, Ulaş B., **Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- MAZAN, Stephan, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen**, 3. Basım, Schulthess, Zürih-Basel-Cenevre, 2016 (Art.144 OR).

- MORIN, Ariane, “Les caractéristiques de la responsabilité fondée sur la confiance. Note à propos des ATF 128 III 324 et 130 III 345”, **JdT 2005 I 41**.
- NOMER, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Basım, Beta Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku**, 19. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, **Nami, Medeni Hukuk**, 27. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 20. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022; C. II, 17. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 23. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- ÖZKURT, Ayşegül, **Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, 2. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 9. Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- ROUILLER, Nicolas / BAUEN, Marc / BERNET Robert / LASSERRE ROUILLER, Colette, **La société anonyme suisse**, 3. Basım, Schulthess, Cenevre-Zürich, 2022.
- SAĞLAM, İpek, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, **I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008)**, 1. Basım, MÜHF Yayını, İstanbul, 2008.
- SARI, Suat, **Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi**, 2. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- SCHRANER, Marius, **Zürcher Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR) - Die Erfüllung der Obligationen, Art.68-96 OR**, 3. Basım, Schulthess, Zürich, 2000 (Art.83 OR).
- SCHWENZER, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Basım, Stämpfli Verlag, Bern, 2016.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, B. İlkay / ATAMER, Yeşim M., **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 9. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- SEROZAN, Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm III**, 6. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- SİMİL, Cemil, **Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

- UMAR, Bilge, “Aciz Hâli - Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlılık”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2004, C. 1, S. 1.
- ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N. Fusun, 4. Basım, **Ticari İşletme Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- von TUHR, Andreas / ESCHER, Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II**, 3. Basım, Schulthess, Zürih, 1984.
- WEBER, Rolf H., **Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art.68-96 OR**, 2. Basım, Stämpfli Verlag, Bern, 2005.
- WOLF, Manfred / NEUNER, Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Basım, Verlag C.H. Beck, Münih, 2016.
- YANLI, Veliye, **Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, 1. Basım, Beta Kitapçılık, İstanbul, 2000.
- YILMAZ, Alper Çağrı, **FIFA ve CAS Kuralları Çerçevesinde Uluslararası Nitelikli Futbolcu Sözleşmesinin Feshi**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- YURDAKUL, Berk Arda, **Şirketlerde Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bağlamında Spor Etkinliklerinin Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of Sports Activities in the Context of the Law of Intellectual and Artistic Works

Beşir Fatih DOĞAN^(**)

Öz:

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsul-lerini ifade etmektedir. Bununla birlikte eser olarak nitelendirilebilmesi için, belirli bir fikri yaratım sürecinin varlığı, eser sahibinin hususiyeti ile oluşmak, üçüncü kişilerce algılanabilir olmak ve kanunda sayılan eser gruplarından birisine dahil olmak şartları sağlanmalıdır. Mevzuat, doktrin ve içtihatlardan yola çıkıldığında, fiziksel bir faaliyet olan sportif etkinliklerin FSEK kapsamında eser olarak değerlendirilmesi veya fikri mülkiyet hakları kapsamında koruma bulabilmesi ilk bakışta mümkün görünmemektedir. Zira sportif faaliyetler, eser olabilmeyen şartlarını tamamiyle sağlamamaktadırlar. Fakat günümüzde, bu performansların sahip olduğu medya değeri, etkileşim oranı ve ekonomik değeri göz önünde bulundurulduğunda detaylı değerlendirme yapılması zaruret arz etmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda ilk olarak, eser kavramı ve fikir ve sanat eserleri kapsamında spor müsabakalarının eser niteliği; daha sonra bağlantılı haklar kapsamında sporcuların icracı sanatçı olarak nitelenip nitelenemeyeceği, organizatör olarak fonogram yapımcı ve film yapımcıları, yayıncı kuruluşların hakları; sportif performans haricinde spor müsabaka görüntüleri ve spor müsabakalarının parçası olan ek performanslar değerlendirilecek; son olarak ise karşılaştırmalı hukuk bağlamında Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Almanya, Hollanda, Fransa, İsviçre mevzuat ve doktrinleri ve dahi Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatları inceleme alanı bulacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Eser, Bağlantılı Haklar, Spor Müsabakaları, Sporcu, Yayıncı Kuruluşlar.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.07.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 18.08.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1358019>

Bu makaleye atıf için: DOĞAN, Beşir Fatih, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bağlamında Spor Etkinliklerinin Değerlendirilmesi", *İMİHFD*, C. 8, S. 2, 2023, s. 723-769

^(**) Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / Ankara - Türkiye

E-posta: bfdogan@hacettepe.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3683-7171>

Abstract:

Within the scope of the Law on Intellectual and Artistic Works (FSEK), a work refers to all kinds of intellectual and artistic works of science and literature, music, fine arts or cinema works that bear the characteristics of their owner. However, in order to qualify as a work, the conditions for the existence of a certain intellectual creation process, to be formed with the characteristics of the owner of the work, to be perceptible by third parties and to be included in one of the work groups listed in the law must be met. Based on the legislation, doctrine and jurisprudence, at first glance, it doesn't seem possible for sporting events, which are physical activities, to be considered as works within the scope of FSEK or to find protection within the scope of intellectual property rights. This is because sporting activities do not completely fulfill the conditions for being a work. However, today, considering the media value, interaction rate and economic value of these performances, a detailed evaluation is essential. In this context, in our study, firstly, the concept of work and the nature of the work of sports competitions within the scope of intellectual and artistic works; whether athletes can then qualify as performing artists within the scope of related rights (neighborhood rights), the rights of phonogram producers and filmmakers as organizers, broadcasters' rights; other than sportive performance, sports competition images and additional performances that are part of sports competitions will be evaluated; Finally, in the context of comparative law, the legislation and doctrines of the United States (USA), Germany, the Netherlands, France, Switzerland and even the case law of the European Court of Justice (ECJ) will be examined.

Keywords:

Work (of art/literature), Related Rights, Competitions, Athlete, Broadcasting Organizations.

GİRİŞ

Günümüzde, performansa dayalı sporların artan medya değeri, takipçileri arasında oluşturduğu etkileşim oranı ve bu etkenlere bağlı olarak sahip olduğu ekonomik değeri göz önünde bulundurulduğunda spor etkinliklerinin eser niteliği hususunda yeniden ve detaylı şekilde değerlendirme yapılması zaruret halini almıştır. Zira zaman içerisindeki gelişmeler neticesinde, spor performanslarının kaydedilmesi, görüntülerin yayını, çoğaltılması veya performanslarda müsabaka haricinde sair etkinliklere de yer verilmesinin çeşitli hukuki uyumsuzluklara yol açabildiği görülmektedir.

Gerek ulusal mevzuatımızda gerek uluslararası mevzuatta konuya dair tartışmalar bulunmakta olup yapılan değerlendirmeler genel itibariyle, eserin unsurlarını oluşturan fikri çaba, hususiyet, şekillenme ve kanunda sayılmış olma kriterleri göz önünde bulundularak spor performanslarının eser niteliği, bu performansların kaydedilen veya canlı yayınlanan görüntülerinin hangi kapsamda korunacağı, performansları icra eden sporcuların ve etkinliklerin organizasyonunu üstlenen organizatörlerin FSEK'te sayılan koruma yollarından biri olan bağlantılı haklar karşısında nasıl konumlandırılacağı hususlarında toplanmaktadır.

I. ESER KAVRAMI VE SPOR ETKİNLİKLERİ İLİŞKİSİ

FSEK m.1/B'ye göre eser, "Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri" olarak tanımlanmaktadır. Kanun koyucunun eser gruplarını sayma şekline baktığımızda bir şekli şart olarak sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesinin benimsendiğini görebiliriz. Bununla birlikte eser, belirli bir fikri yaratım sürecinin sonucunda, eser sahibinin hususiyeti ile oluşmalı ve üçüncü kişilerce algılanabilir olma (şekillenme) şartını sağlamalıdır.

Yargıtay, hususiyetin belirlenmesinde herhangi bir ölçüt belirlememekle beraber kavramın, "özellik"¹, "orijinallik"² manalarına geldiği çıkarımı yapılabilmektedir. Hususiyetin tanımına ilişkin ise doktrinde çeşitli görüşler, tartışmalar bulunmaktadır³. Kanaatimizce hususiyet, eser sahibinin, meydana getirdiği fikri ürüne kendi anlatım tarzını, karakterini ve üslubunu ekleyerek benzerlerinden ayırt edilmeyi sağlayan ve özgünlüğe hizmet eden bir kriterdir. Bu bağlamda, hususiyet derecesinin yüksek oluşu elbette ki esere FSEK kapsamında tanıyan koruma kapsamının artması sonucunu doğuracaktır. Hususiyet tespiti yapılırken eseri oluşturan parçalar yerine eserin tamamına bakılmalı ve oluşan genel intiba çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır⁴. Zira kimi zaman, parçalar tek başlarına hususiyet arz etmemesine rağmen bir araya geldiklerinde hususiyetin varlığından söz edilebilir. Kanaatimize belirli bir hususiyet seviyesine ulaşmış ürünlerde hususiyetin varlığı kabul edilmeli ve şekillenme geniş yorumlanmalıdır⁵.

Spor, niteliği gereği bedensel hareketlerden oluşan fiziksel bir faaliyettir⁶. Dolayısıyla izah ettiğimiz hususlarla birlikte düşünüldüğünde, fiziksel bir faaliyetin fikri haklar bağlamında korunması ilk bakışta mümkün görünmemektedir. Keza bugüne kadar da spor görüntüleri yayınlarının fikri haklar kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesi hakim olup⁷ başta fiziki performansa dayalı

¹ Yargıtay 4. HD, E. 1976/5913, K. 1977/7617, T. 01.07.1977 (Legal Online Veritabanı).

² Yargıtay 11. HD, E. 2000/3250, K. 2000/4072, T. 11.05.2000 (Legal Online Veritabanı).

³ Doktrindeki diğer görüşler için bkz. TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, 2012, s. 104.

⁴ SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Ankara, 2021, s. 41.

⁵ TEKİNALP, s. 273.

⁶ Türk Dil Kurumu (TDK) spor kavramı; "kişisel veya toplu oyunlar biçiminde yapılan, genellikle yarışmaya yol açan bazı kurallara göre uygulanan beden hareketlerinin tümü" şeklinde tanımlanmaktadır.

⁷ TEKİNALP, s. 123; SIEGFRIED, Michael, **Die Fernsehberichterstattung von Sportveranstaltungen**, München, 1990, s. 13.

sporlar olmak üzere çoğu spor dalına hukuki olarak koruma tanınmamıştır⁸. Fakat bu noktada, FSEK koruma konusunun açıkça tanımlanmamış olması⁹, korumanın belirsizliği ve zaman içerisindeki gelişmelere açık olması gerektiği hususları göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla performansa dayalı sporların medya değerinin büyüklüğü de düşünüldüğünde fikri mülkiyet hukuku açısından, şimdiye kadar olduğundan daha farklı bir şekilde ele alınması gerektiği çok açıktır.

Spor müsabakaları, eser sahipliği bağlamında ulusal ve uluslararası düzeyde koruma altına alınmamıştır. Aynı şekilde uluslararası telif hakkı sözleşmelerinde (RBÜ, WUA, RA, WIPO) bu konuda açık bir düzenleme mevcut değildir¹⁰. İsviçre, Almanya, İngiltere, İtalya, Hollanda, İspanya, İsveç ve ABD gibi ülkelerin ulusal telif hakkı yasaları ve Bern Sözleşmesi (RBÜ), spor performanslarına ve spor etkinliklerine açıkça bir fikri mülkiyet hakkı koruması tanımamaktadır¹¹. Fakat “*İcracı sanatçılar*”¹², *Fonogram Yapımcılar ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Sözleşme*” (RA) hükümlerine göre taraf devletlerce, ulusal düzenlemelerle spor performanslarının bağlantılı haklar çerçevesinde korunma sağlanabilir¹³. Buna rağmen ulusal kanun koyucular, bugüne kadar icracı sanatçı korumasını sporcuları kapsayacak şekilde genişletmekten kaçınmışlardır.

Her ne kadar spor müsabaka ve etkinliklerinin görsel ve işitsel kayıtlarının haksız kullanıma karşı korunmasına ilişkin açık bir düzenleme eksikliği olsa da bu çalışma kapsamında inceleneceği üzere eser sahipliği hakları ve bağlantılı haklara dayanılarak hukuki bir korumanın tanınabileceğine yönelik çeşitli yaklaşımlar vardır. Bu korumanın tespiti için sırasıyla spor performanslarının, sporcuların, organizatörlerin, yayıncı kuruluşların, spor müsabaka görüntülerinin ve müsabakaların bir parçası olarak ek performansların FSEK kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁸ REHBINDER, Manfred, **Urheberrecht**, 9. Auflage, München 2001, s. 35; TROLLER, Kamen, **Gründezüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts**, 2. Auflage, Basel, 2005, s. 138; Yazarlara göre fiziki hareketler yalnızca FSEK ile korunan bir eserin ifade aracı olabileceği kanaatindedir.

⁹ ERDİL, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanun Şerhi**, 3. Basım, C. I, İstanbul, 2009, s. 14.

¹⁰ WALDHAUSER, Hermann, **Die Fernsehrechte des Sportveranstalters**, 9. Band, Berlin, 1998, s. 86.

¹¹ OSTERWALDER, Simon, **Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen**, 1. Auflage, Bern, 2004, s. 153.

¹² REHBINDER, s. 89; Art.33 Abs.1 URG “*İcracı sanatçılar, bir eseri sunan veya bir eserin gösterimine sanatsal katkıda bulunan gerçek kişilerdir.*”; TEKİNALP, s. 272. Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliğine göre “*İcracı sanatçı, sanat eserleri ile folklor eserlerini düzgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oyuncular, ses sanatçıları, müzisyenler ve dansçılar vb. diğer kişiler...*” icracı sanatçıdır.

¹³ OSTERWALDER, s. 153.

II. SPOR ETKİNLİĞİNDEKİ PERFORMANSLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki spor etkinliğinin, birincil konusu olan spor müsaderesi, katılımcı sporcuların performansları ile ölçülür. Zira rekabete dayalı sporların temel amacı, rakiplerle kıyaslandığında en iyi performansı gösterebilmektir. Özellikle takım oyunlarında, çoğu zaman skor ve puan gibi objektif olarak ölçülebilir kriterler üzerinden performans değerlendirilmesi yapılmaktadır. Sonuç odaklı bu etkinliklerde, yaratıcı nitelikteki oyun kurgusu veya top hakimiyeti gibi icra sürecinin yönetimine ilişkin hususların performans değerlendirilmesi bakımından önem arz etmediği görülmektedir. Buna karşın, bazı spor performanslarının değerlendirilmesi yalnızca özen, teknik ve oyun içgüdüğü kriterlerine değil, ayrıca estetik ve ifade şekline de bağlıdır. Bu tür performanslar değerlendirilirken, skor ve puan sayısı gibi somut bir başarıdan ziyade icra süreci önem arz etmektedir. Bu sporların karakteristik özelliği, gösterilerin genellikle prova edilmiş olması ve dolayısıyla tekrarlanabilir olmasıdır. Örneğin buz balesi ve revüsü, jimnastik, ritmik sporlar ve senkronize yüzme gibi sanatsal sunuşun önemli olduğu sporlarda, belirli bir koreografi tekrarı bulunur¹⁴.

Bir eser meydana getirilirken amacın ne olduğu önemli değilse de¹⁵, amaç yönelimi hususunun söz konusu sporlar ile bir sanat formu olan bale arasındaki farkın önemli bir göstergesi olduğu kabul edilmektedir¹⁶. Şöyle ki; bale dansçısı, seçilen koreografinin bir parçası olarak vücudunun hareketleriyle müziğe yorumlayıcı bir ifade vermekte ve müziği yorumlama amacıyla dans etmekte olduğundan, dansını ve koreografisini fiziksel performansın çok ötesinde zihinsel bir anlam katarak gerçekleştirmektedir¹⁷. Fakat paten, yüzme veya jimnastik sporcusu, fiziksel performansı ile gösteriye yorum getirmemekte, aksine güç ve beceri temelinde bir mükemmellik ve başarı için çaba göstermektedir¹⁸. Dolaylı-

¹⁴ TEKİNALP, s. 122, “Buz balesi ve akrobaside hareketler önceden tasarlanır ve yazıya dökülerek koreografisi yapılabilir, bu nedenle her performansta hareketler bir öncekinin aynısı olarak tekrarlanabilir”.

¹⁵ SCHRICKER, Gerhard / LOEWENHEIM, Ulrich, **Urheberrecht Kommentar**, 6. Auflage, Beck, München, 2020, §2 Rn. 43; WALDHAUSER, s. 97.

¹⁶ SCHRICKER / LOEWENHEIM, §2 Rn. 51; WANDTKE, Artur-Axel / BULLINGER, Winfried / HEERMA, Jan Dirk, **Praxiskommentar zum Urheberrecht**, 4. Auflage, München, 2014. s. 72.

¹⁷ SCHRICKER / LOEWENHEIM, §2 Rn. 129.

¹⁸ HELBIG, Nikolaus, **Die Verwertung von Sportereignissen im Fernsehen**, 1. Auflage, München, 2005, s. 33; TEKİNALP, s. 122, “Futbol ve buz hokeyinde hareketler önceden tasarlanmamıştır ve tekrarlanamazlar. Bu nedenle, bir futbol maçının yayınıyla ilgili sorunlar, “eser” bağlamından ziyade televizyon sahibinin hakları, yani yayın hakları kapsamında çözülebilir”.

ıyla buradaki amaç yöneliminin tespiti, sayılan spor dallarını birbirinden ayırt etmeye hizmet etmektedir. Bale gibi sanat formlarına dışsal olarak oldukça yakın görünen sporlar, esasında bir koreografik çalışmayı oluşturan fikri çaba ve tasarım unsurlarından yoksundurlar¹⁹ ve mevcut sanatsal yönleri de sportif ve motor yönlerin ezici baskınlığı ile arka plana itilmektedir.

Özetle, bir sportif faaliyetin eser olarak nitelendirilemiyor oluşunun dayandırıldığı gerekçeler genel itibariyle, sporun sanatsal bir faaliyet olmaması²⁰, rastlantısallığı, fikri çaba eksikliği²¹, bireysellikten yoksunluk²² (aynı spor sürecinin tekrarlanamaması) ve rekabete dayalı oluşu²³ olduğu yönündedir.

B. Spor Performanslarının Eser Niteliğinin Değerlendirilmesi

1. Fikri İçerik

Eser niteliği değerlendirmesinde aranılan şartlardan biri fikri içerik, fikri yaratım unsurudur. Spor müsabakalarında sporcuların eylemlerini takımdaki diğer sporcuların veya rakiplerin davranışları, arazi koşulları, oyun kuralları gibi yabancı etkenlerin şekillendirdiği doktrinde hakim görüş olarak kabul edilmektedir²⁴. Özellikle takım oyunlarında bireysel faaliyet alanı oldukça sınırlı olduğundan, takımın bütünlüğü ve antrenörün taktiksel yönlendirmeleri daha çok ön plana çıkmaktadır²⁵. Fakat gerek bireysel gerekse takım olarak taktiksel üstün başarılar dahi fikri nitelikte bir yaratım olarak kabul edilememektedirler. Zira, duygu ve düşünce iletiminden, fikirden yoksundurlar. Bir başka ifadeyle bu tür sportif performanslarda duygu, düşünce beyanı yerine rekabet öne çıkmakta olduğundan²⁶ fikri yaratımdan da bahsedilemez²⁷.

¹⁹ WALDHAUSER, s. 95.

²⁰ REHBINDER, s. 85, 314; TROLLER, s. 353.

²¹ TROLLER, s. 124; WALDHAUSER, s. 90.

²² HAUSMANN, Friedrich, *Der Deutsche Fußball Bund (DFB)- Ein Kartell für Fernsehrechte?*, 1994, s. 1090: "Futbol oyunları sanatsal bir yaratım olarak korunamaz, çünkü futbol oyunları yeni bir fikri yaratım değil, genel olarak aynı spor sürecinin tekrarıdır."

²³ KUMMER, Max, *Das urheberrechtlich schützbares Werk*, Bern, 1968, s. 138.

²⁴ TROLLER, s. 124; STEINER, Udo (Hrsg.), *Sport und Medien*, 13. Auflage, Heidelberg 1990. s. 122.

²⁵ WALDHAUSER, s. 90.

²⁶ Bu hususta ayrıca bkz. SULUK / KARASU / NAL, s. 57: "Burada telif hukuku ile korunması gereken, hareketlerle ifade olunan duygu ve düşüncelerin sergilenmesidir. Bu husus, rekabetin ön planda olduğu sportif ve akrobatik performanslarda görülmez. Bu yüzden futbol maçı ve buz hokeyi gibi sportif faaliyetler eser olarak korunmaz. Buna karşılık buz pateni gösterileri sınırda bir örnektir. Burada sportif performansın mı, yoksa jüriyi ikna etmeye ve rakipleri geçmeye yönelik olarak hareketlerdeki duygu ve düşünce beyanının mı ön planda olduğu somut olaya bakılarak belirlenir."

Ayrıca sportif bir faaliyet, dışa vurulduktan sonra soyut bir değer olarak varlığını sürdüremediğinden fiziki olarak kendini tüketir ve tekrarlanabilirlikten yoksun olduğu söylenebilir²⁸. Dolayısıyla bu hususlar birlikte düşünüldüğünde, sportif faaliyetlerdeki eylemler esasında rastlantı, refleks olarak kabul edilmektedir. Örneğin futbolda, belirli bir ceza sahası durumunda aynı form ve açıda yapılan top sürme hareketi başka hiçbir oyunda tekrarlanamaz²⁹. Çünkü aynı durumun tüm şartlarıyla tekrar gerçekleşmesi imkan dahilinde değildir. Elbette ki bir sonraki müsabakada dış etkenler farklı olacaktır. Sporcunun hareketinin film veya video ile kayda alınması hali de bunu değiştirmemektedir. Keza bu hal ile, yalnızca oynamaya izin verilmekte ve fakat performansın tekrarlanması mümkün kılınmamaktadır.

Doktrinde, spor müsabakalarında prova benzeri fikri bir hazırlık süreci olmaması sebebiyle fikri çaba unsurunun gerçekleşmediği yönünde görüşler de mevcuttur³⁰. Bu görüşten yola çıkarak, daha önce prova edilmiş ve eğitilmiş koreografileri takip eden sportif performanslara (buz pateni, spor dansları, senkronize yüzme, kayak akrobasisi) fikri çaba atfedilebilecek iken, rekabete dayalı spor performanslarındaki (kayak pistleri, kayak uçuşları, futbol, buz hokeyi, hentbol oyunları) hareket dizileri “fikri olarak önceden şekillendirilmemiş” olarak değerlendirilecek ve fikri çaba unsurunun bulunmadığına karar verilecektir³¹. Fakat kanaatimizce, böylesi fikri bir hazırlık, esasında fikri çabanın gerçekleştirilmesi için gerekli bir ön koşul değildir. Zira eser sahibinin yaratımı, zihinsel süreci etkileyen dış faktörlere tepki olarak da ortaya çıkabilmektedir. Nitekim sporcu da bir performans sanatçısı veya doğaçlama müzik sanatçısı gibi rastgele dış etkenlerden ilham alabilir. Dolayısıyla eser niteliği değerlendirmesinde fikri hazırlık sürecinin varlığı bizi doğrudan bir sonuca ulaştırmamaktadır.

²⁷ WALDHAUSER, s. 90.

²⁸ HELBIG, s. 31.

²⁹ HELBIG, s. 32.

³⁰ TROLLER, s. 352: “Kayak yarışmalarında, yarışmacılar süreci zihinsel olarak gerçekleştirirler; ama bu onların kendi fikri çalışmaları değildir; öngörülen rotayı izlerler; hareketleri zihinsel olarak değil, arazi ve fiziksel refleksler ile belirlenir. Buz hokeyi ve futbol maçları, örneğin, bir koreografik eser olarak nitelendirilen bir buz revü gibi, ruh içinde eserler olarak önceden biçimlendirilmiş değildir. Oyun kuralları hem zamana hem de ayrıntılara göre standartlaştırılmıştır. Ancak, sporcuların oyunun gidişatını şekillendirmek için sınırsız olanakları vardır. Oyuncuların hareketleri kayakçılar gibi önceden belirlenmemiştir. Bunlar fiziksel refleks eylemleridir fakat bir doğaçlamaya benzer bir şekilde, oyuncunun zihninde şekillenir.”

³¹ TROLLER, s. 124; Karşıt görüş için bkz. OSTERWALDER, s. 185.

Fikri çaba kriteri çerçevesinde değerlendirme yapılırken sportif eylemlerin, dış etkenlere ve üçüncü kişilerin yönlendirmelerine oldukça açık olmaları sonucunda fikri çaba unsurunu ihtiva etmedikleri görülmektedir³².

2. Hususiyet

Fikri çabanın haricinde FSEK kapsamında eserde bulunması gereken unsurlardan bir diğeri ise hususiyet unsurudur. Hususiyet, bir eserin içerik veya şeklinde yaratıcısının bireysel fikrinin ifade edilmesi ve böylece eserin yaratıcı olmayan diğer ürünlerden ayrılmasını sağlayan unsur olarak tanımlanabilir³³. Eserin, sahibinin hususiyetini taşıması, eseri duyu organlarıyla gözlemleyen kişinin eserin üzerinde onu meydana getiren kişinin izlerini görebilmesi anlamına gelir³⁴. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, net ve ortak bir hususiyet tanımı yapmak ve genel geçer kriterler belirlemek mümkün değildir. Her eser kendine özgüdür ve yaratıcısıyla bağlantılı olan özelliklere sahiptir. Bu nedenle, eserin hususiyetini belirlemek, eserin kendine özgü niteliklerini ve yaratıcının izlerini gözlemlemeyi gerektirir³⁵.

Spor müsabakalarının FSEK kapsamında korunması konusundaki itirazlar, sporcuların tasarım alanının ve tasarım özgürlüğünün olmadığı yönünde toplanmaktadır³⁶. Bu sebeple bir sportif performansın hususiyeti değerlendirilirken oyun kurallarının sınırları içerisinde bir tasarım alanı olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır³⁷. Öncelikle, bir tasarım alanının varlığı tüm spor performanslarında kabul edilmelidir. Zira sporcu, fikri bir ön hazırlıktan bağımsız olarak rekabetçi oyun kurallarına ve önceden belirlenmiş arazi koşullarına rağmen, her zaman genel kurallara uygun olarak “kendi çerçevesinde bireysel olarak tanınabilir” bir tasarım eylemi sağlar³⁸. Tasarım özgürlüğü değerlendirilmesinde ise öncelikle spor dalının tespiti gerekmektedir. Nitekim bir müsabakada sporcuların tasarım özgürlüğü dahil olunan spor dalına göre değişebilmektedir. Örneğin bir kayak yarışmasında kayakçı, önceden belirlenmiş olan parkur gü-

³² SCHRICKER / LOEWENHEIM, §2, Rn. 128.

³³ TEKİNALP, s. 104-108.

³⁴ FROMM, Friedrich Karl / NORDEMANN, Wilhelm, **Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag**, 12. Auflage, 2018, §2 Rn. 96.

³⁵ SCHULZE, Gernot, **Meine Rechte als Urheber**, 7. Auflage, München, 2020, s. 17.

³⁶ TROLLER, s. 352, SCHULZE, **Meine Rechte als Urheber**, s. 215, KUMMER, Max, **Das urheberrechtlich schützbare Werk**, Bern, 1968, s. 138.

³⁷ SCHULZE, Gernot / DREIER, Thomas, **Urheberrechtsgesetz Kommentar**, 6. Auflage, Beck, 2018, s. 215.

³⁸ OSTERWALDER, s. 204.

zergahında sınırlı bir tasarım alanına sahipken futbol, hentbol veya tenis oyununda, her ne kadar oyun kuralları ile sınırlar getirilmekteyse de oyuncular görece daha geniş bir tasarım alanına sahiptirler³⁹.

Rekabete dayalı spor performanslarında her ne kadar tasarım özgürlüğü kabul edilmiş olsa da bu performanslar eser olma kriterini karşılayacak yaratıcılıktan yoksundurlar⁴⁰. Dolayısıyla yaratıcılığa sahip olduğu kabul edilen artistik buz pateni ve buz revüsü, artistik jimnastik, senkronize yüzme gibi sanatsal spor alanlarında hususiyetin varlığı kendini göstermekteyse de sportif performanslarda genellikle sporcular ortalama bir beceri sergilediklerinden ötürü özgünlük kriterini gerçekleştiremezler. Bu sebeple de spor performanslarının eser niteliği kabul edilmemektedir.

3. Şekillenme

Düşünce, ilham veya soyut bir fikrin var olması, FSEK kapsamında başlı başına, bağımsız bir koruma sağlamamaktadır. Fikri bir ürünün eser sayılabilmesi ve FSEK kapsamında bir korumadan bahsedilebilmesi için yaratımın “algılanabilir” şekilde somutlaştırılması gerekmektedir⁴¹. İsviçre Yüksek Mahkemesinin ifadesiyle, bir insanın düşünce süreçlerini dış dünya tarafından algılanabilir bir nesne olan “eylem”e (aktif bir yaratılış süreci) dönüştürmesi gereklidir⁴². Yalnızca sahibinin iç dünyasında olan, dışarıya aktarılmamış, söylenmemiş, sahnelenmemiş veya yazılmamış fikri ürünler koruma kapsamı dışında kalmaktadır.

Bununla birlikte, algılanabilirliğin kalıcı olması gerekmediği gibi türünün ve biçiminin ne olduğunun da bir önemi bulunmamaktadır. Doğaçlama bir konuşma, bir müzik parçası, bir olay ya da varlık veya bir canlı yayının dahi algılanabilir gösteri ya da sunumla sınırlı olmak üzere anlık yaratım olarak korunabilir. Sportif bir performans doğrudan algılanabilir bir insan faaliyetinden, yani insanın eylem kararlarından kaynaklanır. Bu bir spor yaratımının insani ve fikri kökenini herkes için algılanabilir kılar. Dolayısıyla spor müsabakalarının algılanabilir şekilde somutlaşmış olduğu söylenebilir.

³⁹ TROLLER, s. 352: “Bir futbol, Buz Hokeyi, Hentbol veya tenis oyunu sırasında, aynı zamanda Oyun Kuralları ile sınırlı olan oyuncular, oyun tasarımı veya doğaçlama için sınırsız olanaklara sahiptir.”

⁴⁰ OSTERWALDER, s. 208: “Aynı şekilde, sokakta yürümek, bisiklet sürmek gibi günlük bedensel faaliyetler UrhG’ye tabi olmaz.”

⁴¹ REHBINDER, s. 72.

⁴² BGE 116 II 353.

4. Kanunda Sayılma

Yukarıda da detaylı olarak izah edildiği üzere FSEK kapsamında eser olarak sayılmanın koşullarından birisi de kanunda sayılan eser gruplarından birisine dahil olmaktır. Bu doğrultuda spor müsabakalarının kanunda sayılan “koreografik eser” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmelidir.

FSEK m.2/1-2’ye göre herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler, her nevi rakslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimler ve buna benzer sözsüz sahne eserleri ilim ve edebiyat eserleri olarak kabul edilmektedir. Hüküm gereği sportif performanslar ve dans eserleri de dahil olmak üzere tüm pandomim eserleri⁴³ FSEK m.2/1.2 kapsamında eser olarak korunurlar. Bunlar, düşünce veya duyguların “*herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunduğu*” ilim ve edebiyat eserleridir⁴⁴. Pandomim ve koreografik eserler kavramsal olarak farklılık göstermektedir. Daha dar anlamda bakıldığında pandomimde, genellikle sessiz jestler ve yüz ifadeleri ile bir olay sahnelenirken koreografik eserler⁴⁵, müzik parçalarının tasviri şeklinde dans hareketleri, adım tekniği, zarafet unsuru ve işaretlerle gerçekleştirilir. Fakat bu ayrımın sebebiyet verdiği hukuki bir sonuç bulunmamaktadır.⁴⁶ Dolayısıyla fiziksel performansın ötesinde tekrarlanabilir olma, provaya elverişlilik gibi kriterlere sahip olan bu tür performanslar, belirli şartlar çerçevesinde fikri haklar korumasından yararlanabilir.

Bir görsel şovdaki performans niteliğinin varlığı, gösterinin nerede yapıldığına bakılmaksızın kabul edilir. Nitekim eserin nesnel olarak nerede ve nasıl sunulduğunun fikri haklar koruması bakımından önemi bulunmamaktadır⁴⁷. Bir spor salonunda veya örneğin bir buz yüzeyinde⁴⁸, pandomim veya koreografik eser gösterimi sunulduğunda bunlar sahne gösterimi olarak korunabilir⁴⁹. Aynı şekilde, sanatçıların sayısı da önemli değildir, solo dans veya mono drama dahi sahne çalışması olarak nitelendirilmelidir. Fikri hak koruması ancak koreografik

⁴³ TEKİNALP, s. 121.

⁴⁴ MÖHRING, Philipp / NICOLINI, Käte: **Urheberrechtsgesetz-Kommentar**, 4. Auflage, Berlin, 2018, §1 UrhG.

⁴⁵ TEKİNALP, s. 120.

⁴⁶ SCHRICKER / LOEWENHEIM, s. 86.

⁴⁷ ULMER, Eugen, **Urheber- und Verlagsrecht**, 3. Auflage, Berlin, 2013, s. 143; WANDTKE / BULLINGER / HEERMA, s. 115-118; SCHLATTER-KRUGER, Sibylle, **Zur Urheberrechtsschutzfähigkeit choreographischer Werke in der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz**, 1985, s. 299-306: “Yalnızca izleyiciye yönelik sunum için uygun bir eser olmalıdır.”

⁴⁸ Buz dansı konusunda önemli bir karar için bkz; BGH GRUR 1960, 604 ff, 606ff. “Eisrevue I” ve “Eisrevue II”.

⁴⁹ WALDHAUSER, s. 91.

eserlerde insan vücut hareketinin ifade araçlarından olan jest, mimik ve dans yoluyla görsel olarak ifade edilen bir duygu, düşünce içeriğinden doğan özgün bir zihinsel yaratım sonucunda fikri hak koruması sağlamaktadır.⁵⁰

Pantomim ve koreografik eserlerden farklı olarak sportif performansların, tali olarak zihinsel ve estetik bir içeriğe de sahip olsa, bünyesindeki rekabet ve profesyonellik unsurları gereği eser niteliğine sahip olmadığı kabul edilmektedir. Zira burada her daim estetik unsur yerine sportif unsurlar ön plana çıkmaktadır⁵¹. Üstelik bu performanslar çoğu amatör sporcu için birbirinden çok da farklı olmayıp başta antrenmanlardakiler olmak üzere, sporcuların diğer hareketleri birbirine oldukça yakındır. Hususiyet unsuru için aranan gerekli hususiyet seviyesi değerlendirmesinde, spor performansının top sürme, jimnastik figürleri gibi özgün hareketler olarak kabul edilen özel bireysel yönleri dikkate alınır. Fakat bu münferit unsurların ayrı ayrı hususiyeti kabul edilse dahi, eser nitelendirmesinde genel izlenim çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, performansın genelinde şekillenen bir hususiyetten bahsetmek mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak sportif performansın fikri eksikliği ve yeterli tasarım seviyesine ulaşamaması nedeniyle eser niteliğine sahip olamayacağı gözler önündedir.

Bununla birlikte, istisnai olarak bazı spor dallarında, sergilenen performans kişisel olarak ruhi ve fikirsel yaratım ortaya çıkarabilmektedir. Bu sonuç, artistik patinaj, artistik buz pateni, ritmik spor jimnastiği veya senkronize yüzme gibi sporların, sanat formu olarak kabul edilen “klasik” baleden koreografik bir sahne eseri olarak dıştan çok benzer şekilde ayrıldığını göstermektedir⁵². Tanınmış sporlardan olan artistik buz pateni, ritmik jimnastik ve senkronize yüzme dış görünüş itibarıyla, bir koreografi ve eşlik eden müzikle fiziksel performanslar sunar. Ayrıca, aktörler de profesyonel olarak hareket ederler ve fiziksel performans olarak amatör bir sporcunun sahip olduğu seviyenin çok ötesine geçerler. Önemle belirtmek gerekir ki burada artistik buz patencisinin amacının yarışmayı kazanmak olması veya bir rekabetin bulunması, eser olarak tanımlanmasına engel teşkil etmez. Sonuç olarak bazı sporlar koreografik unsurlar içerdiğinden koreografik eser olarak değerlendirilebilir.

⁵⁰ FROMM / NORDEMANN, §2 s. 132; ULMER, §23II s. 143; SCHLATTER-KRUGER, s. 299-307, yardımcı bir kriter olarak “*intellektuelle Überbaus-entelektüel üstyapı*” kavramından bahseder. SCHULZE / DREIER, s. 213; ise eserin “*geistig ästhetische gehalt-fikri estetik içeriği*” olarak ifade ederler. Ka-naatimizce Alman doktrininde “*geistig ästhetische gehalt-intellektuellen Überbaus*” ifadeleri ile sergilenen gösterinin izleyiciye verdiği anlam ve mana kastedilmektedir. Anlam ve mana gerekliliğini kabul eden bu yazarlar, söz konusu kriterin spor ve akrobatik performanslarda yetersiz olması nedeniyle spor performanslarının eser niteliğini kabul etmemektedirler.

⁵¹ SCHULZE, *Die kleine Münze*, s. 215-216.

⁵² SCHLATTER-KRUGER, s. 307; SCHRICKER / LOEWENHEIM, s. 128.

C. Spor Performansları Üzerindeki Bağlantılı Hak Sahipliğinin Değerlendirilmesi

FSEK m.1/B-j hükmünde tanımlandığı üzere bağlantılı haklar “*eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları hakları*” ifade etmektedir. Bağlantılı hak, telif hakkında olduğu gibi yaratıcı çabayı korumayan ve fakat eser sahibine yaratıcı performansla benzer veya eserle bağlantılı koruma tesis eden bir haktır. Daha önce ifade edildiği üzere, sportif performanslar eser olmanın şartlarını taşımadıkları ve yalnızca fiziksel beceri içerdiklerinden FSEK anlamında eser olarak nitelendirilememektedirler⁵³. Fakat bir de eserin sahibine tanınan telif hakları haricinde o esere katkıda bulunan, yayan veya aktaran icracı sanatçılar, yapımcı ve yayıncıların da korunan hakları bulunmaktadır. Dolayısıyla sportif performansların bağlantılı haklar kapsamında (FSEK m.80) da değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Sporcular Bakımından

Kanun koyucu, eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar kapsamında eser sahibinin haklarına komşu hakları düzenlemekte ve FSEK m.80/1’de eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek şartıyla, onun izniyle bir eseri özgün bir şekilde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının komşu haklarına sahip olduklarını öngörmektedir⁵⁴ (FSEK m.1/B.k).

FSEK m.80/1 ve Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği⁵⁵ m.2 ve m.4 uyarınca icracı sanatçı, bir eseri veya folklorik ifadeyi özgün bir şekilde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan veya çeşitli şekillerde icra eden kişi olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere korumanın ön koşulu, icranın konusunun FSEK anlamında bir eser veya folklorik ifade (folklorik şiir, folklorik şarkı) olarak tanımlanabilmesidir⁵⁶. Dolayısıyla ortada bir eser veya

⁵³ SCHULZE, *Die kleine Münze*, s. 213.

⁵⁴ TEKİNALP, s. 269-271.

⁵⁵ RG. 16.11.1997, S. 32172.

⁵⁶ “Folklorik İfadelerin Kanun Dışı Kullanımına ve Diğer İhlâl Edici Fiillere Karşı Korunmasına İlişkin Model Hükümler”de folklorik ifadeler, bir ülkedeki topluluk veya bireyler tarafından geliştirilen ve sürdürülen, geleneksel sanat mirasının karakteristik unsurlarından oluşan ve o toplumun geleneksel sanat beklentilerini yansıtan ürünler olarak tanımlanmaktadır.

folklor yoksa icracı sanatçıdan söz edilemeyecektir⁵⁷. İracı sanatçı, kendi eser veya folklorunu icra edebilmesinin yanında bir başkasının eser/folklorunu da icra edebileceği gibi icra, eser/folklorun yaratılış süreci ile beraber de gerçekleştirilebilir. Son durum genellikle doğaçlama yapılan eserlerde söz konusu olmaktadır. Örneğin doğaçlama çalınan bir piyanoda hem icra eylemi gerçekleştirilmekte hem de daha önce var olmayan bir eser üretilmektedir⁵⁸. Aynı durum talk-show veya stand-up show gerçekleştirenler için de geçerlidir. Dolayısıyla doğaçlama olan bu eserler de esasında koruma kapsamındadır.

Konuya ilişkin Alman doktrinindeki bir görüş⁵⁹, icracı sanatçı hükmünün kıyasen sporculara uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Fakat ilgili hükmün kıyas yoluyla uygulanabilmesi için kanuni bir boşluğun mevcudiyeti gerekmektedir. Buna karşılık Alman kanun koyucunun⁶⁰ madde gerekçesinde sporcuların söz konusu bağlantılı hak korumasından muaf tutulmasına yönelik açık bir iradesinin olması sebebiyle kanun boşluğu doğmadığı görüşü hakimdir⁶¹.

Türk doktrininde bir görüşe göre ise sirk sanatçıları ile buz hokeyi, futbol ve benzeri oyunların oyuncularını, eser/folklorik ifadenin yokluğu sebebiyle icracı sanatçı olarak kabul edilemezler⁶². Nitekim sayılan sporlarda icranın konusu eser olarak tanımlanamayacak ve sporcular da bir eserin yorumu, tanıtımı, anlatımı gibi eylemleri gerçekleştirmemiş olacaklardır. Doktrinindeki bazı görüşlere göre rekabetçi spor müsabakaları eser olarak nitelendirilemez, çünkü bunlarda her zaman galip gelme güdüsü ön plandayken duygu ve düşünce ifadesi arka planda kalmaktadır⁶³. Fakat örneğin bir artistik buz pateni koreografisi, bireysel durumlarda bir dans çalışması olarak sınıflandırılabilir⁶⁴. Artistik buz pateninde, teknik, güç ve hassasiyet gibi unsurların yanı sıra, sanatçının yüz ifadeleri ve hareketlerinin görsel olarak çoğaltılması ile kişi dans sanatçısı olarak kabul

⁵⁷ Kanunda düzenlenmeyen “folklor eserleri”nin yönetmelik ile düzenlenmesinin kanun yapma tekniğine aykırı olması ve ayrıca “folklor eserleri” adı altında bir eser kategorisi olmadığına ilişkin bkz. GÖKYAYLA, K. Emre, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre İracı Sanatçı Kavramı ve İracı Sanatçının Hak Sahibi Olmasının Şartları”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. 1, İstanbul, 2009, s. 752 vd.

⁵⁸ TEKİNALP, s. 272.

⁵⁹ DIECKMANN, Albrecht, *Zur Mitwirkung der Lizenzfußballspieler bei der Vergabe von Fernsehrechten*, in: *Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht*, 1995, s. 35 vd.

⁶⁰ Begründung des Regierungsentwurfs zu §83 UrhG, UFITA, 1965, 461, 468 f.

⁶¹ SCHRICKER-KRUGER, §73 UrhG Rn. 11; SIEGFRIED, s. 14.

⁶² TEKİNALP, s. 271 vd.

⁶³ TROLLER, s. 352; SCHULZE, *Meine Rechte als Urheber*, s. 215; KUMMER, s. 138.

⁶⁴ TEKİNALP, s. 122.

edilebilir.⁶⁵ Kanaatimizce, bu istisnai durumlar haricinde, sporcular icracı sanatçı olarak nitelendirilemezler.

2. Organizatörler Bakımından

İcrayı organize eden müteşebbislerin yanında (FSEK m.80/A, b.7), icracı sanatçıların performans sergilemesini, ekonomik ve organizasyonel çabalarıyla sağlayan organizatörler de bağlantılı hak kapsamında değerlendirilebilir. Bu noktada çalışmamızda organizatör olarak yalnızca fonogram yapımcı ve film yapımcıları incelenecektir.

a. Fonogram Yapımcısı Bakımından

Kanun koyucu, fonogramı, “*sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortam*” olarak tanımlanmaktadır (FSEK m.1/B.f). Fonogram yapımcısı ise gerekli yatırımlarla ses tespitini ilk kez yapan kimsedir. Yasal sorumluluk üstlenmiş olduğundan dolayı da fonogram yapımcılarına da bağlantılı haklar kapsamında koruma tanınmıştır⁶⁶.

Fonogram yapımcılarının, yapımcı sıfatıyla doğrudan kanundan doğan hakları olduğu gibi, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra da bazı haklara sahip olmaktadır (FSEK 80/B). Dolayısıyla bu devralmayla birlikte bağlantılı haklar kapsamında koruma hakkı doğmaktadır. Koruma hakkı kapsamındaki mali haklar ise tespitin, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama hakları, tespitlerin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yenden iletimine izin verme hakları olarak kanunda sayılmaktadır (FSEK m.80/B.1).

Yukarıda izah edildiği üzere sporcular icracı sanatçı olarak kabul edilmediğinden, spor müsabakalarında organizatörlerin de fonogram yapımcısı olarak korunamayacağı değerlendirilmektedir⁶⁷.

Spor organizasyonlarında seyir zevkini ve heyecanı artırmak için müzik eserlerinin kullanılması sıkça tercih edilmektedir. Fakat kayıtlı müzik eserleri-

⁶⁵ FROMM / NORDEMANN, s. 1238; SCHULZE, *Die kleine Münze*, s. 213-215.

⁶⁶ TEKİNALP, s. 280.

⁶⁷ WALDHAUSER, s. 173.

nin yalnızca stadyum hoparlöründen çalınması bağlantılı hak kapsamında koruma sağlamaz. Ancak müzisyenlerin spor etkinliğine ek olarak koydukları bir programın veya etkinliğin dekoratif bir parçası olarak canlı performansların, bağlantılı hak kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda tartışma bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüş, bağlantılı hak hükümlerinin dar yorumlanarak organizasyonla sınırlı olması gerektiğini ve korumanın öncelikli amacının esere aracılık etmek olduğunu savunmaktadır⁶⁸. Bu görüşe göre düzenlemenin amacı, yalnızca nitelikli organizatör performansı ile seyirci ve gösteri arasında oluşan etkileşimi korumaktır. Diğer bir görüş ise böylesi kısıtlama oluşturacak dar yorumun, kanun koyucu tarafından bilinçli olarak geniş kapsamlı düzenlenen hükümden çıkarılamayacağı yönündedir⁶⁹. Dolayısıyla bağlantılı hak korumasının canlı müzik performansını da kapsayacağını ifade etmektedir. Bununla birlikte, sağlanan koruma, spor etkinliğinin kendisini değil, sunulan müzik performansı gösterisini kapsamalıdır.

Kanun koyucunun amacı bu koruma ile organizatörlerin sanatsal gösterilerinden üçüncü kişilerin izinsiz yararlanma riskini güvence altına almaktır. Bununla beraber, organizatörün korunmaya değer ekonomik menfaati yalnızca, sunulan performans, etkinlikten bağımsız ve ayrı olarak kullanılabilir bir ürün oluşturduğunda korunabilir. Bir spor etkinliğinde, organizasyonun bir parçası olan müziğin tek başına bir ehemmiyeti bulunmamakta olup, müzik bir tür tamamlayıcı hizmet olduğundan bağlantılı hak koruması tesis edilemez.

b. Film Yapımcısı Bakımından

Bağlantılı haklar kapsamındaki bir diğer hak sahibi ise film yapımcısıdır. Film yapımcısı en kısa tabirle filmi üreten, film tespitini ilk kez yapan kişidir. Film yapımcısını koruma hakkı, tespiti yapılan film görüntülerinin hukuki niteliğinden bağımsız olarak, görüntü ve seslerin tespiti ile FSEK m.80/B.2 gereğince doğmaktadır. Hükme göre “*Fonogram yapımcısı, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespitlerinin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme ve yasaklama hakkına sahiptir.*” Hükümün koruma konusu, finansal ve organizasyonel yatırımdır. Fonogram yapımcıya dair yapılan açıklamalar film yapımcıları için de geçerlidir⁷⁰.

⁶⁸ SCHRICKER-KRUGER, §81 UrhG Rn. 19.

⁶⁹ FROMM / NORDEMANN, §81.

⁷⁰ SULUK / KARASU / NAL, s. 123.

Uygulamada yayın dünyasının gelişmesiyle birlikte organizasyonel ve finansal yükümlülüklerin tamamının tek bir kişiye bırakılması oldukça nadir görülmekte olup daha ziyade ortak yapımlar ve özellikle sipariş yapımlar film yapımını şekillendirir⁷¹. Doktrinde film yapımının birden fazla kişi tarafından üstlenilmesi durumunda film yapımcısının belirlenmesi hususunda hangi kriterlerin belirleyici olduğu ise tartışmalıdır. Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof/BGH*) “*Triumph des Willens*” kararında⁷², film yapımcısının faaliyet alanına ait görevlerini belirleyerek bu faaliyetleri gerçekleştiren kişileri film yapımcısı olarak tanımlamıştır. Buna göre, film yapımcısı gerekli kararları uygulayan ve ekonomik sonuçlarından sorumlu olan girişimci kişi şeklinde tanımlanmıştır.

Spor etkinlikleri kapsamında, spor organizatörü spor etkinliğinin görüntülerin tespit edilmesinden sorumlu olduğu sürece, bir film üreticisi olarak kabul edilebilecek ve dolayısıyla hak sahibi olarak tanımlanabilecektir⁷³. Burada belirleyici olan müsabakaları görüntüleme hakkının kime ait olduğudur. Örneğin futbol müsabakalarının görüntülenme hakkı Türkiye Futbol Federasyonu tarafından ihale edilmekte ve ihaleyi kazanan firma görüntüleme hakkını elde etmektedir. Görüntüleme hakkını elde eden ve görüntülemeyi yapan kişi aşağıdaki şartları taşıması halinde film üreticisi haklarına sahip olacaktır.

(a) Sipariş İçerik Üretimi (Sipariş Yapımlar)

Sipariş üzerine üretim yapılması durumunda, hakim görüşe göre, spor organizatörünün film üretiminin finansmanını ve riskini üstlenmesi, sipariş amaçlı kurulan herhangi bir sözleşmenin kendi adına sonuçlandırılması ve yüklenicinin kendi talimatlarına tabi olması gerekir⁷⁴. Öte yandan, spor organizatörünün yalnızca organizasyonu yönetmesi ve sözleşmeleri kendi adına düzenliyor olması film yapımcısı sıfatını kazanması için yeterli olmayacaktır. Organizatör muhakkak ekonomik riski de üstlenmelidir. Zira bu şart kanunun koruma amacının bir gereğidir.

Ayrıca film yapımcısının belirlenmesinde organizasyonel (yüklenicinin) ve finansal (iş sahibinin) faaliyetlerin önceliği sorununun da ele alınması elzemdir. Fakat bu husus doktrinde tartışmalı⁷⁵ olup yapımcı (film eseri üreticisi) kavra-

⁷¹ SCHRICKER / LOWENHEIM, §94 UrhG Rn. 32.

⁷² BGH, UFITA, (1970) 313.

⁷³ FROMM / NORDEMANN, §88 UrhG.

⁷⁴ FROMM / NORDEMANN, §94 UrhG.

⁷⁵ SCHRICKER / LOEWENHEIM, §88, Rn. 32.33.

mının (*hersteller*) belirleyici kriteri olarak organizasyonel sorumluluğun baskın olduğunu savunan görüş çoğunluktadır⁷⁶. Dolayısıyla finansal destek sağlayan iş sahibi ile organizasyonel faaliyeti yürüten yüklenicinin farklı kişiler olması durumunda organizasyonel faaliyeti üstlenen yüklenici film yapımcısı olarak korunacaktır.

Kanuni düzenlemelerden yola çıkarsak, sipariş üretim, eser sözleşmesinin düzenlendiği TBK m.470 vd. hükümleri uyarınca ücret karşılığında bir film eserinin üretimi olarak kendini gösterir. Yüklenici, TBK m.470 uyarınca açık bir anlaşma olmasa dahi ücrete hak kazanır. Hüküm gereği yüklenicinin herhangi bir ekonomik riski yoktur. Öte yandan işveren, ticari hayatında üretim maliyetlerini telafi etmek zorundadır. Dolayısıyla işveren, izinsiz kullanım ve tecavüz riskleriyle karşı karşıya kalabilecek olup yükleniciye göre işverenin korunmaya daha çok ihtiyacı bulunmaktadır.

Değerlendirilmesi gereken bir başka husus ise yüklenicinin filme yaratıcı bir katkı vermesi halidir. Eğer ki yaratıcı bir katkıda bulunulmuşsa “ortak yapımcılık” hususunda bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Yüklenici ekonomik riske katılırsa, film yapımcısı olmanın gereğini yerine getirmiş olacaktır. Bununla birlikte, riskin ölçüsü bakımından yüklenicinin ticari riske, yani filmin pazarlanmasında kar ve zararına katılması yeterli mi yoksa üretim sürecinde genel bir ekonomik riskin üstlenilmesi de mi gerekli midir?⁷⁷ Meydana getirilen yapımın, iş sahibi tarafından kabul edilmeme riski tek başına yeterli olmayabilir. Zira iş sahibi, yükleniciden kaynaklanan ayıplarda eseri kabul etmeme hakkına sahiptir. İşverenin kabule zorlanamayacağı durumda, bu riski yüklenicinin kendisinin üstlenmesi beklenir⁷⁸.

Ekonomik risk kapsamında götürü bedel kararlaştırılması, riskin yüklenici tarafından doğmasına sebebiyet verebilir. Çünkü önceden hesaplanması genellikle zor olan üretim maliyetleri, kararlaştırılan bedelden önemli ölçüde yüksek olabilir⁷⁹. Öte yandan, bu durum iş sahibinin maliyetlerini düşürür, böylece iş sahibinin riski azalırken yüklenicinin riski artar. Dolayısıyla götürü bedel kararlaştırılmasıyla ekonomik riski artan yüklenicinin, film yapımcısı sıfatı kazanmasına sebebiyet verebilir⁸⁰.

⁷⁶ FROMM / NORDEMANN, §94 UrhG.

⁷⁷ SCHRICKER / LOEWENHEIM, §88, Rn. 33.

⁷⁸ WALDHAUSER, s. 207.

⁷⁹ WALDHAUSER, s. 207.

⁸⁰ WALDHAUSER, s. 208.

Spor alanında “sipariş yapım” terimi her ne kadar yaygın olmasa da bağlantılı hakların korunması çerçevesinde kullanılan terminolojiye uygundur. Spor etkinliklerinin etkileyici reklam gücü, asıl amaç olan sportif performans kıyaslamasının önüne geçmekteyse de bu reklamlar ile medya kuruluşlarınca spor etkinliklerine duyulan talep artmaktadır. Artan talep ve ihtiyaç zamanla “sipariş spor yapımları” yoluyla karşılanmaktadır. Bu durum özellikle “sokak etkinlikleri”nde görülmektedir.⁸¹ Spor etkinliklerinin düzenlenmesi için zaman zaman üçüncü taraflar da görevlendirilebilmektedir. Etkinliği düzenleyen organizatör, finansal riski üstlenip organizasyonel yükümlülükleri üçüncü kişilere devredebilirler. Organizasyonel ve finansal sorumluluk arasında tam bir ayırım olduğu hallerde, iş sahibi organizatör olarak nitelendirilmelidir. Etkinliğin yürütülmesinde sahip olduğu söz hakkı dolayısıyla iş sahibi organizasyonun işleyişine dair büyük etkiye sahip olmasına rağmen, üretimin bir parçası olan yüklenici de elbette ki bazı tasarrufları üstlenebilir. Dolayısıyla film yapımcısının belirlenmesinde her somut olay için bu kriterler ayrıca değerlendirilmelidir.

(b) Ortak İçerik Üretimi (Ortak Organizatörlük)

Birden fazla kimsenin, aynı anda, yayın haklarının orijinal sahibi bağlamında bir spor organizatörü olarak değerlendirilmesi prensip olarak mümkündür. Ortak yapım olarak nitelendirilen bu müessese ile iki veya daha fazla kişinin bir spor etkinliğini birlikte gerçekleştirmeyi üstlendikleri ve taahhüt ettikleri anlaşılmaktadır. Bunun için klasik bir ortak üretim olması gerekmemekte, aksine, bir sözleşme düzenlemesi olmasa dahi kişiler, organizatör kavramının temel kriterlerini içeren faaliyetleri gerçekleştirebilmektedirler.

Sözleşmenin taraflarının film yapımcısı haklarına sahip olabilmeleri için, her birinin bireysel olarak organizasyonel ve finansal faaliyetlerde belirleyici rol oynamaları, tüm ortakların önemli kararları birlikte almaları, finansman ve riski kümülatif olarak paylaşmaları gerekir.⁸² Fakat organizasyonel ve finansal katılım noktasında “ilgili organizatörlük işlevlerini üstlenmek⁸³” veya “önemli faaliyetlerde belirleyici katılım veya en azından katılım⁸⁴” ibareleri zikredilmekteyse de bu katılımların ne ölçüde paylaşılması gerektiği mevzuat ve öğretide henüz açıklığa kavuşturulmamıştır. Kanaatimizce, ortak yapımlarda film yapımcı-

⁸¹ Örneğin; Redbull Uçuş Günü, Half Court Sokak Basketbol Turnuvaları.

⁸² SCHRICKER / LOEWENHEIM, §88, Rn. 36.

⁸³ FROMM / NORDEMANN, §81 UrhG Rn. 2.

⁸⁴ SCHULZE, *Mein Recht als Urheber*, s. 258.

sı sıfatının belirlenmesinde organizasyonda somutlaşan değerlerin, etkinliği planlayan ve gerçekleştiren kişiye ait olduğu kabul edilmeli ve bu bir rekabet kuralı olmalıdır. Bu bağlamda ekonomik risk tek başına, şirket üzerindeki hakimiyetin belirleyici göstergesi olmasa da etkisi yüksektir. Film yapımcısının belirlenmesinin zorluğu, farklı ve çok sayıda spor/organizasyon olanaklarının varlığı ve buna bağlı olarak da somut olayların farklılık göstermesinden kaynaklanmaktadır.

Organizasyonel veya finansal sorumluluklardan hangisinin belirleyici olduğunun tespitinde, faaliyetin yürütülmesi bakımından gereklilikleri değerlendirilmelidir. Belirtmek gerekir ki her iki kriterin de aynı ölçüde uygulanması gerekmemektedir. Örneğin, kar ve zarara daha fazla katılım, daha az organizasyonel katılımı telafi edebilir.

Birden fazla kişi organizatör sıfatına sahipse bu kişiler, organizatöre tanınan hakların ortak sahipleri olacak ve dolayısıyla hukuki bir topluluk olarak sınıflandırılacaklardır. Eser sahiplerinin birden fazla oluşu durumunda eser sahipleri arasındaki birliği düzenleyen FSEK m.10 kıyas yoluyla film yapımcıları için de uygulanabilir. FSEK m.10/2'ye göre eser sahipleri birliğine adi ortaklık hükümleri uygulanır.

Günümüzde medya sektörü, artan grup şirketlerle piyasa faaliyetlerinin bütünleşmesi ve bireysel grupların yetki ve görev alanlarının genişletilmesi ile yeniden şekillenmektedir. Bunun bir sonucu olarak da spor organizatörlerinin, düzenledikleri spor etkinliklerinin hem yapımcılığını hem de etkinlikleri kendi (Pay-TV) kanallarında yayınlamak suretiyle yayıncılığı bir arada gerçekleştirdikleri görülmektedir. Bahsedildiği şekilde birden fazla faaliyet alanının birleştirilmesi hukuki bir tartışmayı da beraberinde getirecektir.

Yayın ve yapım faaliyetlerinin birleşmesinin hem ekonomik hem de hukuki açıdan faydalı olduğu genel kabul gören bir görüştür. Keza bu sayede televizyon görüntüleri daha kapsamlı bir pazarlama konsepti ile sponsorlara sunulabilecek ve aynı zamanda organizatöre, muhtemel fonogram yapımcı (FSEK m.80/B), yayıncı kuruluş (FSEK m.80/C) ve film yapımcısı (FSEK m.80/2) kapsamında koruma hakkı sağlanabilecektir. Ayrıca, üretilen ses ve görüntüler bir film ya da sinema eseri (FSEK 5) veyahut en azından FSEK m.84'e dayanılarak korunan "işaret, resim ve sesler" kapsamında değerlendirilebileceğinden ötürü görüntü ve ses kayıtları bakımından film eserlerine benzer koruma hakkı (FSEK m.84) da organizatöre tanınabilecektir.

3. Yayıncı Kuruluşlar Bakımından

Bağlantılı haklar kapsamında, fonogram yapımcı ve film yapımcılarından sonra değerlendirilmesi gereken hususlardan bir tanesi de elbette ki yayın kuruluşlarıdır. Yayın, radyo, televizyon ve benzeri kuruluşlardan siyasal, toplumsal, ekonomik, kültürel, spor gibi içeriklere ilişkin haber, yorum veya programların nakledilmesi olarak tanımlanabilir. Yayın hem ürün hem de o ürünün iletilmesi için kullanılan bir kavramdır. Bahsi geçen ürünler genellikle eser niteliği taşımaları dahi bağlantılı hak kapsamında korunabileceklerdir. Yayın kuruluşlarının yayınlar üzerinde doğrudan yasadan kaynaklı hakları olduğu gibi, mutlak hak sahibi oldukları düşünüldüğünde, ilgili eser sahibinden, icracı sanatçıdan veya fonogram yapımcıdan izin alınması da gerekmektedir. Bu iznin niteliğine göre de yayıncı mutlak hak veya mutlak kullanma hakkı edinir.

Yayıncı kuruluş bazen FSEK m.18/1 anlamında eser sahibi olarak eser üzerinde haklara sahip olabilir, bazen bir film yapımcısı olarak bağlantılı hak sahibi olabilir, bazen de yalnızca yayının sahibi olabilir. Örneğin FSEK m.80/C.1 hükmü bentlerinde, yayıncı kuruluş olan radyo-televizyon kuruluşlarının yayını iletme, çoğaltma ve dağıtma, umuma iletilmesine izin verme ve yasaklama haklarına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Yayıncı kuruluşun tespitinde esas olan, yayın konusunun yayıncıya ait olup olmamasından bağımsız olarak yayının ekonomik ve organizasyonel sorumluluğudur⁸⁵. Spor etkinliklerinde organizatörler genellikle yayın işlerini yayıncı kuruluşlara bırakırlar, zira bunlar spor müsabakasının yayınlanmasına yönelik organizasyona sahip değildirler; bu nedenle yayın faaliyetinin ekonomik ve organizasyonel sorumluluğunu bir başka yayıncı kuruluş üstlenir. Dolayısıyla istisnai durumlar dışında spor organizatörünün yayıncı kuruluş olarak değerlendirilmesi mümkün değildir⁸⁶.

Spor etkinlikleri global olarak yayınlanırken, genellikle ev sahibi ülkede yayın haklarına sahip yayıncı, görüntüleri üretir ve yayınlar⁸⁷. Sinyal yabancı yayıncılara sağlanır ve onun tarafından hedef ülkede özel olarak yayınlanır. Hal böyle olmakla birlikte örneğin, bir futbol maçında canlı yayında sinyalin iletilmesi bakımından münhasır haklara kimin sahip olduğu tartışmalı bir konudur.

⁸⁵ FROMM / NORDEMANN, §87 UrhG Rn. 4.

⁸⁶ Bir yayıncı kuruluşun spor organizatörü rolünü üstlenmesi veya spor organizatörünün gerçekleştirmiş olduğu etkinliği kendi kanalı ile yayınlaması durumu istisnayı oluşturmaktadır.

⁸⁷ Örneğin, Türkiye’de Süper Lig ve TFF 1. Lig yayın içerikleri, Digiturk beIN MEDIA GROUP tarafından üretilir.

Hakim görüş, yayın hakları sahibi şirketi hak sahibi olarak görürken⁸⁸, karşı görüş ya tek başına yeniden yayın yapan kuruluş (yeniden iletim yeni bir yayındır görüşünden hareketle⁸⁹) için ya da her iki kuruluş⁹⁰ için bağlantılı hak korumasını kabul eder. Belirtmek gerekir ki, üçüncü kişiler tarafından kayıtların ihlal edilmediği, izinsiz yayın yapılmadığı ve fakat izinsiz şekilde görüntü veya ses iletimi veya yayını yapılması durumunda bu koruma hükmüne dayanılamayacaktır⁹¹. Zira korumanın konusu somut yayıncı tarafından oluşturulan yayınlardır ve zikredilen durumda yayıncının yayınlarına bir müdahale bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, müsabakanın düzenlendiği alandan izinsiz yayın yapılması durumunda yayıncı kuruluşun haklarına değil, spor organizatörünün hakları ihlal edilmiş olur. Böyle bir durumda yayıncı kuruluşun yalnızca haksız rekabet hükümlerine dayanarak bir hak iddia edebileceği kanaatindeyiz.

D. Spor Performans Görüntülerinin Değerlendirilmesi

Her nevi ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler, eser niteliğini haiz olup, sair kanuni şartları da taşımak kaydıyla “sinema eseri” olarak FSEK m.5 kapsamında korunmakta iken, eser niteliğine sahip olmayan diğer filmlerde ise ilk tespit ile FSEK m.80-81 kapsamında bağlantılı hak himayesiyle korunacaktır⁹².

Spor etkinliklerinin kayıtlarının FSEK m.2 kapsamında film eseri olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda değerlendirme yapılması gerekmektedir. Gerçek olayları olduğu gibi aktarma ve yansıtma işlevi gördüklerinden ötürü bu görüntüler, tespiti yapan kişinin fikri çabasının ürünü değildirler. Dolayısıyla spor etkinlikleri görüntüleri bakımından eser koruması gündeme gelmeyecek, şartlarının oluşması ile bağlantılı haklar veya haksız rekabet hükümleri kapsamında bir koruma sağlanacaktır. Böylelikle bir tespit ve çoğaltma söz konusu olduğunda, bunu tespit eden ya da çoğaltanın rızası dışında üçüncü kişiler tarafından kopya edilmesi, çoğaltılması, yayılması halinde haksız rekabete ilişkin hükümler uygulanacak ve Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.56 vd. hükümlerine başvurulacaktır.

⁸⁸ SCHRICKER / LOEWENHEIM, §87 UrhG Rn. 16.

⁸⁹ MÖHRING / NICOLINI §87 UrhG Rn. 4.

⁹⁰ FROMM / NORDEMANN, §87 UrhG Rn. 7.

⁹¹ ABAD kararı için bkz; VII. Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Değerlendirme.

⁹² TEKİNALP, s. 127.

Doktrinadaki bir görüşe göre, spor etkinliğinin aktarılmasında olayın yalnızca olağan kamera teknikleriyle mi yansıtıldığı yoksa yorumlayıcı bir kamera yönetiminin mi kullanıldığı önem arz etmektedir. Zira etkinlik ve müsabakalarda kamera perspektiflerinin doğru seçilmesi, kritik pozisyonlara odaklanması ile hususiyet taşıyan bir eser meydana getirebileceği kanaati mevcuttur. Bu görüşe göre, spor etkinliklerinin bireysel olarak kaydedilmesi veya canlı olarak iletilmesi durumunda, kamera kontrolü, montaj, düzenleme, açıların ayarlanması ve önemli yönlerin seçilmesi yoluyla veya belki de spikerin sesli yorum yoluyla, bir spor röportajının görsel-ışitsel dizisinin yeterli fikri yaratımı kazanıp kazanmayacağı ve böylece bir film eseri olarak nitelendirilebileceği hususlarının tümü göz önünde bulundurulmalıdır.

E. Ek Performansların Değerlendirilmesi

Günümüzdeki haliyle spor etkinlikleri artık yalnızca spor müsabakalarından oluşmayan, aynı zamanda müzikal gösteriler, animasyonlar ve rakip sporcu veya takımların görsel ve müzikal şöenle sahneye çıkması gibi çeşitli etkinliklerden oluşan büyük ve kitlesel etkinliklerdir⁹³. Spor organizatörleri, spor etkinliklerinin çekiciliğini artırmak amacıyla ek performanslara başvurmaktadırlar. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde özellikle futbol ve beyzbol müsabakalarında bu etkinliğin yanı sıra destekleyici, ek programlar organize edilmektedir⁹⁴. Bu ek programlara örnek olarak spor etkinliğinden önce stadyumda eğlenceyi artırmaya yönelik müzik grupları veya ponpon kızların sahne alması, yiyecek ve içecek standları, yürütülen çeşitli yarışmalar ve çekilişler gösterilebilir. Sporcuların sahada klasik dizilimi yerine, oyuncuların tek tek giriş yapması ve buna lazer gösterisi, spot ışığı ve tanıtım müziklerinin eşlik etmesi, gollerde veya kazanılan sayılarda kışkırtıcı müzikler çalınması, önemli derbi maçları öncesi stadyum seyircileri tarafından koreografi hazırlanması, çeşitli görsel efektler ve çizimler sergilenmesi örneklerinde de görüldüğü üzere izleyicilerin katılımını artırmak amacıyla her geçen gün çeşitli animasyonlar ve yeni formatlar üretilmektedir⁹⁵.

Bu noktada ilk olarak, ifade edilen ek performanslar bağlamında bir spor etkinliğinin şekillendirici veya tekrarlayan unsurların hukuki olarak ne ölçüde korunacağı incelenmeli ve bu inceleme sırasında, spor etkinliklerinin kompleks

⁹³ HELBIG, s. 35.

⁹⁴ OSTERWALDER, s. 214; HELBIG, s. 35: “Bir spor tkinliğinin dekoratif bir parçası olarak canlı performansların, §81 UrhG kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusudur.”

⁹⁵ WALDHAUSER, s. 215.

bir eser olarak kabul edilip edilemeyeceği veya bir etkinlik konseptinin FSEK kapsamında korunup korunmayacağı hususu ele alınmalıdır⁹⁶.

FSEK m.8'deki “*Eserin sahibi onu meydana getirendir*” hükmü ile yaratıcı prensibin (*Schöpferprinzip*) geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bu ilkeye göre, spor etkinliklerinde somutlaşan münferit unsurların çoğunda, organizatör en fazla bağlantılı hakları kullanabilecektir⁹⁷. Bu bakımdan organizatör, yalnızca eser sahibi hakları açısından değil bağlantılı haklar bakımından değerlendirilebilir.

1. Spor Kurallarının Değerlendirilmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki spor etkinliklerinde kurallar, rekabetçi sporun kurucu unsuru olarak kabul edilmektedir. Zira hemen hemen tüm spor etkinlikleri belirli kurallar kümesi çerçevesinde icra edilmektedir. Etkinliğin icrası için organizatörün, ilgili ulusal veya uluslararası spor federasyonunun kurallarını kabul etmesi gerekmekte olup yalnızca spor etkinliğinin işleyişine ilişkin kuralları (turnuva kuralları gibi) değiştirme yetkisi bulunmaktadır⁹⁸.

Organizatörün yeni bir sporu hayata geçirmesi veya mevcut bir sporu değiştirmesi durumunda, yeni ve bağımsız bir kurallar kümesi oluşturulur. Belirlenen kurallar, genel itibariyle FSEK m.2 kapsamında dil ve yazı ile ifade olunan eserler olarak kabul edilebilir. Spor kurallarının FSEK kapsamında korunan eserler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, Türk yargı ve içtihatlarında daha önce gündeme gelmemekle beraber Alman Mahkemeleri nezdinde de şimdiye kadar yalnızca bir defa yargılama konusu yapıldığı görülmektedir⁹⁹. Örneğin “*Royal and Ancient Golf Club of St. Andrews*” ve “*United Golf Association*”ın golf kuralları ve bunların Alman Golf Federasyonu tarafından Almanca yazıya dökülmüş çevirisi dava konusu olmuştur. Somut uyuşmazlıkta, davacı tarafça üretilmiş golf kurallarının adımlarla anlatıldığı bir videoda bahsi geçen kuralların, davalı Alman Golf Federasyonu tarafından çevrilmesi ve kitap şeklinde yayınlanıp kullanılmasının ihlali teşkil edip etmediğine ilişkin bir tespit davası açılmıştır. Frankfurt Yüksek Mahkemesi (Frankfurt OLG), hem golf kurallarının içeriğinin hem de sunuş biçiminin eser olamayacağını belirterek telif hakkı korumasını reddetmiştir¹⁰⁰.

⁹⁶ WALDHAUSER, s. 215.

⁹⁷ OSTERWALDER, s. 208; WALDHAUSER, s. 214.

⁹⁸ WALDHAUSER, s. 98.

⁹⁹ Karar için bkz. WALDHAUSER, s. 98, OLG Frankfurt ZUM 1995, 795.

¹⁰⁰ OLG Frankfurt ZUM 1995, 795.

Doktrinde eser içeriğinin korunacağı kabul edilmekle beraber¹⁰¹, toplumsal ortak değerlere katkıda bulunulduğu ölçüde istisnalar getirilmesi gerektiği düşünülmektedir¹⁰². Bu bakımdan bilimsel teoriler, öğretiler ve keşiflerin koruması da kısıtlanmaktadır. “*Golf kuralları-Golfregeln*” davasında, doktrinin büyük bir kısmı gibi Alman Mahkemesi de içerik korumasının sınırlandırılmasını öngörmüştür. Buna göre oyun kuralları, “oyun fikri” olarak yalnızca insan zihnindeki kurallar olarak tanımlanıp koruma kapsamına alınmamaktadır.

Spor kurallarının koruma altına alınmamasının temelinde, spor faaliyetinin kamusal bir faaliyet oluşu ve dolayısıyla spor türleri, unsurları ve oyun biçimlerinin herkes tarafından kullanılabilir şekilde bırakılması gerektiği düşüncesi yatmaktadır¹⁰³. Bir başka ifadeyle, kuralların koruma kapsamı dışında bırakılması ile bir başka spor etkinliğinde kullanılmasına imkan sağlanmaktadır. Ayrıca, günümüzde fiziksel aktivite olanakları büyük ölçüde tüketilmiştir¹⁰⁴. Bu sebeple yeni bir spor türünün genellikle var olan unsurlara dayanması kaçınılmaz olacak ve bunların kombinasyonundan meydana gelen yeni spor türleri de özgün olmayacaktır. Dolayısıyla spor kuralları üzerinde telif hakkı kapsamında hak iddia edilememekte ve dahi bu kurallar, FSEK kapsamında korunan eserlerin dışında bırakılmaktadır¹⁰⁵.

2. Müzik Performanslarının Değerlendirilmesi

Müzik, ticari spor etkinliklerinde, etkinliğin arka planı ve sunumunda önemli bir unsur olarak karşımıza çıkar. Özellikle melodi veya kısa şarkı parçalarının müsabakalarda gol ve kazanılan sayıya göre atmosferi artıran bir etkiye sahip olduğu söylenebilir. İzleyicileri eğlendirmek amacıyla müsabaka öncesinde, devre aralarında, molalarda veya etkinliğin sonunda müzik performanslarından faydalanılmaktadır.

Müzik eserleri, bir düşünce veya duyguyu aktarmak amacıyla seslerin ifade aracı olarak kullanıldığı ürünlerdir¹⁰⁶. Sesin kaynağından ziyade ton dizilerinin

¹⁰¹ FROMM / NORDEMANN, §2 UrhG Rn. 28, Alman Telif Hakkı Kanununun gerekçesinden (§2 UrhG BTDrucks. IV/270) alıntı yaparak eser kavramını “İçerik veya biçimiyle yeni bir şeyi temsil eden ürünler” şeklinde algılamaktadır.

¹⁰² ULMER, s. 120.

¹⁰³ FROMM / NORDEMANN, §2 UrhG, Rn. 33.

¹⁰⁴ WALDHAUSER, s. 101.

¹⁰⁵ WALDHAUSER, s. 100: “*Oyun fikri kavramın kendisi gibi insan zihinde oluşmuş bir fikir olarak korunmaz. Belirli bir formda algılanabilir olması beklenir.*”

¹⁰⁶ SCHRICKER / LOEWENHEIM, s. 147; TEKİNALP, s. 123.

ritmik uyumu önem taşımaktadır. Fakat örneğin trafik kazalarının¹⁰⁷ veya stad-yumdaki izleyicilerin çılgınlıkları gibi doğal gürültülerin toplanmasıyla oluşan ses dizileri insanın fikri çabasının sonucu olmadığı için eser niteliğini haiz değildir. Müzik eserlerinin nitelendirilmesi, sanat eleştirmenlerinin işi olmakla beraber hususiyet seviyesi oldukça düşük tutulmalıdır¹⁰⁸. Basit ses dizileri, tanıtım melodileri, bir şarkının parçaları, hatta bir jingle dahi temelde müzik eseri olarak korunabilir.

Eser sahibi, münhasıran eserini umuma arz etme¹⁰⁹, çoğaltma, kullanma haklarına sahiptir. Kamuya sunma yetkisi eser sahibi ile onun yetki verdiği üçüncü kişilere aittir. Bu nedenle, organizatörün telif hakkıyla korunan eserleri kullanabilmesi için, kullanım yetkisi anlaşması ile eser sahibinin onayını alması gerekmektedir. Fakat elbette ki söz konusu yetki sınırlaması kaynağını kişilik haklarından almakta olup bu anlaşmanın da sınırları bulunmaktadır. Umuma sunma veya yayınlamanın eser sahibinin şeref ve itibarını zedelemeyecek nitelikte olması gerekmektedir. Aksi takdirde eser sahibi yetkiliyi hakkı kullanmaktan men edebilir.

Spor etkinlikleri alanında yetki sınırının aşılması, müziğin sadece arka plan için kullanılmadığı, özellikle etkinlikle veya katılan sporcularla kasıtlı olarak ilişkilendirildiği durumlarda ortaya çıkmaktadır¹¹⁰. Örneğin, ünlü Rus boksör Henry Maske'in, beş dünya şampiyonasında da boks arenasına giriş yaparken "O Fortuna" isimli müziği kullandığı somut olayda, müzik Henry Maske'in koro parçası ile o kadar bütünleşmiş hale geldi ki, boks maçlarının televizyonda duyurulması, tanıtılması ve sporcunun talk şovlara çıkışı gibi sair olaylarda dahi "O Fortuna" eşlik etmekte idi¹¹¹. Fakat Alman besteci Carl Orff's, *Carmina Burana* olarak bilinen koleksiyonunun bir parçası olan "O Fortuna"nın Henry Maske tarafından kullanımını, eser sahibinin eser üzerindeki hususiyetini kaldırdığı gerekçesiyle yasaklandı¹¹². Zira olayda müzik ile sporcu şahıs arasında kasıtlı olarak ileri düzeyde bir bağlantı kurulmuş olduğundan yetki sınırının

¹⁰⁷ TEKİNALP, s. 124; FROMM / NORDEMANN, s. 157.

¹⁰⁸ SCHRICKER / LOEWENHEIM, s. 149.

¹⁰⁹ TEKİNALP, s. 164: "Umuma arz, münhasıran aleniyete kavuşturulması olarak tanımlanmaktadır. Başka bir ifade ile eser sahibi tarafından veya onun onayı ile üçüncü kişilerin veya toplumun bilgisine sunulması, umuma arzdir. Alenileştirme ise eserin yayınlanması ile olur. Eser sahibinin rızası ile umuma arz edilen eser alenileşmiş sayılır."

¹¹⁰ RUSS, Christian, *Das Lied eines Boxers, Grenzen der Rechtswahr*, 1995, s. 34; Yazar müzik parçasının artık sporcu ve organizatörün kişisel markası olma yoluna gittiğini ifade etmektedir.

¹¹¹ Örnek için bkz. RUSS, s. 32.

¹¹² Karar için bkz. RUSS, s. 32.

aşıldığı görülmektedir. Spor etkinliklerinde müziğin kullanımını arka planda kaldığı ve yetki sınırı aşılmadığı sürece herhangi bir uyuşmazlık yaşanmayacaktır. Zira böyle bir durumda, bahsi geçen müzik eserlerinin kullanımına ilişkin eser sahibinin ayrıca onayı alınmış ve dahi hususiyeti de varlığını sürdürmüş bulunmaktadır.

FSEK m.16, eser üzerindeki değişiklikleri sistematik olarak eser sahibinin izni ile yapılabilecek değişiklikler ve izni olmaksızın yapılabilecek değişiklikler olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Bu bakımdan, işlenme, çoğaltma, temsil veya yayın tekniği icabı gerekli görülen değişiklikler (örneğin ölçüyü aşan bir gazete makalesinin kısaltılması) eser sahibinin izni olmaksızın yapılabilir¹¹³. Spor etkinliklerinde de müzik eserinin bölünmek suretiyle bir kısmının, yalnızca sporcunun hareketli oyununu veya etkinliğin bir bölümünü desteklemek için kullanılması durumunda eser sahibinin iznine tabi olmayacağı kanaatindeyiz.

Temel olarak, spor etkinliğinin öncesinde, sonrasında veya molalar sırasında müzik eserinin kullanılması, eserin genel mahiyetini değiştirebilecek bir durum teşkil etmez¹¹⁴. Öte yandan, müzik eseri etkinliğin ayrılmaz bir parçası haline gelirse, eser sahibi haklarının ihlali olduğunu kabul etmek gerekir¹¹⁵. Konuya dair FSEK m.16/3: “*Eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir.*” ifadesi ile hak ihlali durumunda eser sahibine men yetkisi tanınmaktadır.

Örneğin “*Henry Mask*” davasında, dünya boks şampiyonunun ringe çıkışı ile bağlantılı olarak, eserin tamamı (*Carmina Burana*) kullanılmaksızın salt müzik eseri parçasının (*O Fortuna*) kullanılması değişikliğe sebebiyet vermektedir¹¹⁶. Ayrıca eserin bütününden koparılan kısmın, başka bir olayla bağlantı hale gelmesi genel mahiyetinin bozulması anlamına gelmektedir¹¹⁷. Organizatör veya sporcunun müziği bir tür “tanıtım melodisi” olarak, bir başka ifadeyle kendini tanıtmamanın bir aracı olarak kullanması halinde eserin itibarı ve bütünlü-

¹¹³ TEKİNALP, s. 172.

¹¹⁴ Müzik eserinin mahiyetinde değişiklik arz edecek husus için bkz. MÖHRING / NICOLINI, s. 254; Panayırılarda düzenlenen korku tüneline kilise müziğinin kullanılması.

¹¹⁵ SCHULZE, *Meine Rechte als Urheber* s. 198: “*Her besteci, eserinin bir reklam filminde, defilede, sahne gösterisinde, korku filminde veya eserinin genel izlenimini şekillendirilecek tasarım araçları içinde eşlik etmesini istemez.*”

¹¹⁶ RUSS, s. 32.

¹¹⁷ WALDHAUSER, s. 103.

ğü tehlikeye girmektedir¹¹⁸. Böylelikle eser, organizatörün veya sporcunun akustik markası olma tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir. İzleyicilerin müzik eserini bu olayla veya “Boksörün Marşı” olarak ilişkilendirmesi durumunda eser sahibinin hususiyeti yitirilir¹¹⁹. Bir müzik eserinin bir defaya mahsus olmaksızın, sürekli kullanılması ve bu eserin bir sporcu veya bir spor etkinliğine özgülenecek şekilde ilişkilendirilmesi, eser sahibinin hususiyetini ortadan kaldıracaktır¹²⁰. Neticeten, bir spor etkinliği çerçevesinde müzik eserlerinin anlatıldığı şekilde kullanılması için yetki verilmesi yeterli değildir, bunun yerine yazardan veya bu konuda yetkili kişiden uygun bir kullanım izni de alınmalıdır.

Spor etkinlikleri yayın esnasında mümkün olduğunca izole bir sunum yapılmaya çalışılsa da arka plandaki gürültülerin iletimi engellenememektedir. Şüphesiz ki stadyumda oynatılan müzik de yayın ile alıcılara sunulmaktadır. Müzik eserlerinin radyo veya televizyon vasıtasıyla iletilmesi, FSEK m.25 kapsamında incelenmelidir. Hükme göre umuma iletim bir eserin radyo, televizyon, uydu ve kablo gibi telli ve telsiz araçlarla yayın yapan bir kuruluş tarafından iletilmesidir¹²¹. FSEK m.25/1’de eser sahibine umuma iletim hakkı tanınmakla beraber maddenin ikinci fıkrasında umuma iletim yoluyla eserin dağıtılmasının ve sunulmasına izin verme ve yasaklama yetkisi tanınmaktadır¹²².

Ayrıca, spor etkinliğinin kaydedilip görüntü veya ses dizilerinin tekrarlanabilir bir şekilde nesneleştirilmesi durumunda FSEK m.22 anlamında bir çoğaltmanın¹²³ varlığı kabul edilmelidir. Çoğaltma, eserin aynen tekrarlanmasını ve maddi bir varlık olarak tekrarlanacak şekilde nesneleştirilmesini sağlayan teknik bir işlemdir¹²⁴. Çoğaltma işlemi yalnızca aynının üretilmesini değil eserin kopyalanması, kaydedilmesi, depolanmasını da kapsamaktadır. FSEK m.22’ye göre, bir eserin aslını veya kopyalarını çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine tanınmıştır¹²⁵. Dolayısıyla bir spor etkinliği kapsamında oynatılan müzik eserlerinin kopyalanması, kaydedilmesi, eser sahibinin çoğaltma hakkının ihlalini oluşturabilecektir. Buna karşılık FSEK m.37, haber mahiyetinde ve bilgilendir-

¹¹⁸ WALDHAUSER, s. 105.

¹¹⁹ RUSS, s. 34.

¹²⁰ WALDHAUSER, s. 106.

¹²¹ TEKİNALP, s. 193.

¹²² TEKİNALP, s. 195.

¹²³ Çoğaltma kavramı için bkz. TEKİNALP, s. 184.

¹²⁴ TEKİNALP, s. 184.

¹²⁵ TEKİNALP, s. 184.

me kapsamında FSEK kapsamında korunan eserlerin görüntü ve seslerinin alınmasını mümkün kılmıştır¹²⁶. Bu şekilde alınmış parçalar radyo ve televizyon aracılığıyla, öngörülen ölçüde çoğaltılabilir, dağıtılabilir ve yayınlanabilir. Önemli olan nokta haberin veya bilgilendirmenin konusunun, eserin kendisi değil, güncel bir olayla bağlantısı sebebiyle eserin bir parçası olması gerektiğidir. Bu husus hükmün ön koşuldur. İstisna niteliğinde bir muafiyet sağlaması bakımından dar yorumlama yapılarak kısa süreli haber yayınları koruma kapsamına alınmaktadır. Fakat spor etkinliği yayınları söz konusu muafiyet kapsamında değerlendirilemez.

3. Spiker Performanslarının Değerlendirilmesi

Özellikle klasik rekabetçi sporlarda, spor etkinliklerine bir stadyum spikeri eşlik eder. Bu süreçte spikerin faaliyetleri, genellikle sporcuların takdim edilmesi, sayı yapan oyuncuların belirtilmesi ve oyun hakkında bilgi sunulmasıyla sınırlıdır. Esasında spikerin görevi izleyicilerin eğlencesini ve ruh halini yükseltmeye odaklanmaktır. Dil ile ifade olunan eserlerin bir alt türü olan konuşmalar, eser unsurlarını bünyesinde barındırdıkları sürece¹²⁷ FSEK m.2/1'e göre eser olarak korunmaktadır. Bu koruma söyleşi ve röportajları da kapsamaktadır¹²⁸.

Belirtmek gerekir ki bu konudaki yargı içtihatları oldukça az sayıdadır. Alman Federal Mahkemesinin bir yarışmada sunucunun dil ile ifade edilen eserinin korunabilirliği üzerine bir kararı bulunmaktadır¹²⁹. Alman Federal Mahkemesine göre, bu tür bir dil çalışmasının, hususiyet taşıyan bir eser olarak nitelendirilebilmesi için sunucunun soru ve cevapları ilgi çekici olmalı, sorular arası geçişlerde yorum yaparak bağlantı kurabilmelidir. BGH “*Quizmaster*” kararında¹³⁰, sunucunun espri yoluyla hayal gücü ve mizahi aktarımlarda bulunarak izleyiciye hitap ettiğini ve özel bilgilerle konuşmayı zenginleştirdiğini tespit etmiştir.

Bu argümanlar doğrultusunda sunucuların, spor muhabirlerinin ve spikerlerin salt bilgi iletişimine ek olarak, izleyicileri uygun, esprili ifadelerle eğlendirmek ve özellikle taraftarları veya bireysel yarışmacıları neşelendirmek için teş-

¹²⁶ TEKİNALP, s. 149.

¹²⁷ FROMM / NORDEMANN, §2 Rn. 72; Yazarlara göre, röportajlar müzakere türünde veya ele alınan konunun eleştirel değerlendirmesinde bireysel bir imza taşıyorsa, fikri haklar korumasından yararlanır.

¹²⁸ SCHRICKER / LOEWENHEIM, §2 s. 57.

¹²⁹ BGH, 1981, 2055 “*Quizmaster*”. (Karar için bkz. WALDHAUSER, s. 109).

¹³⁰ BGH, 1981, 2055 “*Quizmaster*”.

vik etmeleri mümkündür. Fakat spor spikeri ve muhabirlerinin hususiyetlerini yansıtmaları için tasarım özgürlükleri oldukça sınırlıdır. Genel itibariyle faaliyetleri takım oyuncularının sıralaması, örneğin golcülerin belirtilmesi gibi standart görevlerle sınırlıdır. Sunucular, konuğuna rehberlik edip yönlendirerek program esnasında merkezi bir rol oynarken, spor spikeri yalnızca etkinliğin sunumunu destekleyici bir işlev yerine getirir, bu da etkinliğin kendisine kıyasla arka planda kalır ve kısıtlanır. Anılan sebeplerle spor spikerinin ve muhabirinin çabasının fikri hak olarak koruma kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

4. Açılış ve Kapanış Törenlerinin Değerlendirilmesi

Spor etkinliklerinin bir parçası olarak düzenlenen açılış kapanış törenlerinin en çok bilinen ve aynı zamanda en göze çarpan örneği olimpiyat oyunlarıdır. Ulusların marşları, açılış konuşmaları, olimpiyat ateşinin alevlendirilmesi gibi resmi unsurların yanı sıra, hem telif hakkı hem de komşu haklarıyla korunan unsurları içeren bir dizi gösteri performansı bulunmaktadır. Genellikle olimpiyat oyunları için özel olarak müzik eserleri bestelendiği, pandomim ve dans gösterilerinin de beraberinde sunulduğu görülmektedir. Bunlar, FSEK m.2/2 kapsamında eser niteliği taşıdıkları sürece korunmaktadırlar¹³¹.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. Amerika Birleşik Devletleri (ABD)

ABD’de “*Baltimore Orioles*” kararı öncesine kadar spor performanslarına telif hakkı kapsamında korunma tanınmamaktaydı¹³². Bir spor etkinliğinde spor performanslarının izinsiz kullanımına karşı koruma olarak, sporculara kişilik haklarından doğan alenileştirme hakkı (*Right of Publicity*) ve spor organizatörlerine mülkiyet hakkı (*Right of Property*) tanınmaktadır. Mülkiyetin ticari olarak kötüye kullanılması doktrini (*Doctrine of Commercial Misappropriation of Property*) gereğince üçüncü kişilerin spor etkinliğinden haksız faydalanması durumunda, mülkiyet hakkı spor organizatörüne tazminat ve/veya men talep hakları sağlar.

¹³¹ SCHRICKER / LOEWENHEIM, §2 N.86; TEKİNALP s. 121; Yazarlara göre pandomimde daha dar anlamda, ifade aracı olarak sesiz jest ve mimikler hakimdir ve genellikle bir sahne veya süreç baştan yeni olarak üretilir. Buna karşılık, koreografik eserlerde, müzik parçalarının hareket, adım tekniği, zerafet ve jest araçları ile dans tasvirleri hakimdir.

¹³² LENTZE, Gregor / WISE, Aaron, *Rechte an einer Sportveranstaltung*, SpuRt, 1998, s. 11.

1. Spor Etkinliği Yayınlarının Telif Hakkı Koruması

Spor performanslarında öncelikli olarak, bu performansların görsel veya işitsel olarak kayıt altına alınması veya canlı yayınlanmasında eser niteliğinin varlığı incelenmelidir. 1976 tarihli Telif Hakkı Kanunu değişikliği ile canlı yayınlar ve spor etkinliklerinin bir görüntü taşıyıcısına kaydedilmesi ile telif hakkı kapsamında korunmaktadır¹³³. Kanuni değişikliklerle korumanın genişletilmesinden önce, ilgili spor organizatörleri tarafından münhasıran yayın yapmaya yetkilendirilmiş yayın şirketleri, canlı yayınlarının haksız olarak kullanılmasına karşı ancak haksız rekabet yasağı (*Misappropriation of Property*) kapsamında korunmakta idi. Doktrindeki görüşlere göre, yasanın koruma kapsamının genişlemesiyle birlikte, spor müsabaka yayınları için de bir koruma alanı oluştuğu düşünülmektedir¹³⁴.

2. “Baltimore Orioles” İçtihadına Göre Salt Spor Performanslarının Korunması

ABD Temyiz Mahkemesinin (*U.S. Court Appeals*) “Baltimore Orioles”¹³⁵ kararına göre, *Copyright Act*’deki 1976 değişikliğinin bir sonucu olarak, bir spor performansının somut bir ortamda veya canlı bir sinyalle kaydedilmesi durumunda spor performansları ve bunların kayıtları arasındaki fikri haklar bakımından gözetilen ayırım, ortadan kalkar¹³⁶. Sporcuların sergilediği performansın yaratıcı niteliğine değinilmeksizin, bu karar ile sporcu performanslarının görsel-işitsel olarak tespit edilmesi halinde hukuki korunma tanınmaktadır¹³⁷. Fakat bu durum, kaydedilmiş bir spor etkinliğinin korunmasının, kaydedilmemiş bir spor etkinliğinin korunmasından farklı olduğu sonucuna yol açmıştır¹³⁸.

İlk derece mahkemesi, spor etkinliklerinin telif hakkı kapsamında tamamen korunmadığını, çünkü kanun koyucunun *Copyright Act*’de spor performanslarına telif hakkı koruması sağlamadığını savunmaktaydı. Buna karşın temyiz mah-

¹³³ 17 U.S.C. Sec. 101 (Copyright Act) ““Audiovisual works” are works that consist of a series of related images which are intrinsically intended to be shown by the use of machines, or devices such as projectors, viewers, or electronic equipment, together with accompanying sounds, if any, regardless of the nature of the material objects, such as films or tapes, in which the works are embodied.”

¹³⁴ OSTERWALDER, s. 157.

¹³⁵ 29 Ekim 1986 tarihli Büyük Beyzbol Ligi Oyuncuları Derneği (MAJOR LEAGUE BASEBALL PLAYERS ASSOCIATION), ile Büyük ABD Beyzbol Ligi Kulüpleri (MAJOR LEAGUE-Baseball Clubs) arasındaki Beyzbol oyunlarının yayın hakları konusundaki anlaşmazlık.

¹³⁶ OSTERWALDER, s. 155.

¹³⁷ Court of Appeals 7. Circuit, BALTIMORE ORIOLES Kararı, 1988.

¹³⁸ OSTERWALDER, s. 156.

kemesi, tüm ABD eyaletlerinde görsel-işitsel olarak kullanılabilir spor performansları için telif hakkı anlamında, federal düzeyde bir hukuki koruma sağlamayı amaçlamıştır. Dolayısıyla Federal Mahkeme, “*Baltimore Orioles*” içtihadı ile sadece kayıt altına alınmış ve canlı yayınlanmış spor performanslarının değil, aynı zamanda spor performansının kendisinin de eser kataloğundaki pandomim eserler kapsamında korunmasını (§102b/4 *Copyright Act*) kabul etmiştir¹³⁹.

Özetle ABD içtihatları, yayınlanan spor performanslarını da eser sınıfına dahil etmekte ve böylece işverenlere (ya da iş sözleşmesinde öngörülmüşse sporculara) fikri haklarına haksız teknik müdahalelere karşı mutlak bir men hakkı vermektedir. ABD telif hakkı yasalarına göre, spor performanslarının eser olarak korunması ancak teknik kayıt araçları vasıtasıyla sunulan performansın tam, görsel-işitsel kopyasının talep edilmesi halinde ortaya çıkar. Nitekim kopyalamaya değen şey, korunmaya da değerdir (“*what is worth copying is basically worth protecting*”¹⁴⁰). Bu pragmatist anlayış, spor müsabakaları yayınlarının da korunmasını sağlamaktadır. Bu sayede yaratıcılıktan ziyade çoğunlukla ekonomik menfaatler korunmaktadır.

B. Almanya

1. Spor Performanslarının Eser Niteliği

Doktrin¹⁴¹ ve yargı içtihatlarındaki¹⁴² yaygın görüşe göre, spor performansları fikri içerik eksikliği ve hususiyet eksikliği sebebiyle, Alman Eser Sahipleri Hakları ve Komşu Haklar Hakkında Kanun (ESHK) m.2 bakımından eser olarak ve dolayısıyla sporcular da ESHK m.73 bakımından icracı sanatçı olarak nitelendirilemez¹⁴³.

¹³⁹ Court of Appeals 7. Circuit, BALTIMORE ORIOLES kararı, 1988.

¹⁴⁰ OSTERWALDER, s. 157.

¹⁴¹ REHBINDER, s. 305, s. 314; WALDHAUSER, s. 84, s. 116; DIECKMANN, s. 45, icracı sanatçı korumasının (ESHK m.73) kıyasen sporculara uygulanmasını kabul etmektedir.; SCHULZE / DREIER, s. 213.

¹⁴² BGH ZIP 1990, s. 953; OLG Frankfurt 1999, s. 110.

¹⁴³ BGH GURUR (Eisrevue I- Eisrevue II Kararı)1960, s. 604-606; REHBINDER, s. 85; WALDHAUSER, s. 91; FROMM / NORDEMANN, s. 49; RUIJSENAARS, s. 765; SCHULZE / DREIER, s. 215; Buz revüsü, Artistik Buz Dansı, Artistik Jimnastik gibi performansları koreografik veya pandomim eserler olarak kabul etmektedirler. Rekabete dayalı diğer spor performanslarının fikri içeriği ve estetik değeri olmadığı için eser karakterinin olmadığı savunulur.

2. Sporcuların Korunması

Spor performanslarının hukuki olarak korunması sorunu, 1965 yılında ESHK m.73'ün yürürlüğe girmesinden önce de mevcut idi. ESHK m.73'ün kaynağını oluşturan Roma Sözleşmesinin 3. maddesi, icracı sanatçıların korunmasını eser niteliğinde bir performansın icrasına bağlamıştır.

Özellikle akrobatik gösterilerin bağlantılı hak korunması kapsamına dahil edilmesiyle, bu kapsamın spor performanslarının korunmasına da uzanabileceği endişesi doğmuş ve koruma kapsamına dahil edilmemiştir. Ancak taraf devletlere ulusal düzeyde yapacakları telif hakkı kanunlarıyla, eser icrası sunmayan sanatçılar için icracı sanatçı korumasını genişletme imkanı tanınmıştır (RA m.9)¹⁴⁴. Alman kanun koyucu, böylesi bir yasal düzenleme imkanını kullanma noktasında çekimser davranmaktadır¹⁴⁵. Bu bakımdan, sporculara icracı sanatçı korumasının kıyasen uygulanması için gerekli olan kanuni boşluğun varlığından söz edilemez. Aksine, kanun koyucunun açık iradesi, sporcuları 1965 tarihli UrhG'nin icracı sanatçı koruma alanına dahil etmeme yönündedir. Bu nedenle aynı durum, spor organizatörüne yönelik §81'in kıyasen uygulanması için de geçerlidir.

Buna karşılık, kitleleri cezbeden spor etkinliklerinde yayın haklarının artan ekonomik değeri göz önünde bulundurulduğunda icracı sanatçılar koruma kapsamının genişletilmesine yönelik genel eğilim kapsamında ESHK m.73 (*İracı Sanatçı-Ausübender Künstler*) ve m.81'in (*Organizatörün Korunması-Schutz des Veranstalters*) kıyasen uygulanması gerektiğini düşünen görüşler artmaktadır¹⁴⁶. Bununla birlikte, doktrindeki hakim görüş¹⁴⁷ bahsi geçen hükümlerin kıyasen uygulanmasını hukuken uygun görmemektedir. Bu görüşe göre spor organizatörünün ekonomik çıkarlarını korumak için ileri sürülen savunmalar, somut bir hak ihlali oluşturmaktadır. Dolayısıyla hakim görüş, organizatörün mülkiyet hakkından kaynaklanan malik haklarının (Türk Medeni Kanunu-TMK m.858-1004) özellikle Haksız Rekabet Hukuku kapsamında performansların korunması (Haksız Rekabet Kanunu m.1) ya da haksız fiil hükümleri (TMK m.823/1) uyarınca ticari işletme hakkının ihlali kapsamında korunması yönündedir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Sözleşme teklifinin değerlendirilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. WALDHAUSER, s. 118; SIEGFRIED, s. 115.

¹⁴⁵ ESHK Kanun Gerekçesi, m.81 (1965), s. 240.

¹⁴⁶ WALDHAUSER, s. 119; DIECKMANN, s. 47; RUIJSENAARS, s. 19; OSTERWALDER, s. 161.

¹⁴⁷ REHBINDER, s. 305; SCHRICKER, s. 1261; SCHULZE / DREIER, s. 231.

¹⁴⁸ REHBINDER, s. 305; SCHRICKER, s. 1263; FROMM / NORDEMANN, s. 43.

3. Spor Organizatörünün Korunması

Alman ESHK m.81 kapsamında organizatörün bağlantılı hakları düzenlenmektedir. İcracı sanatçıların performanslarının ESHK m.73 kapsamında korunmasına ek olarak, organizatörün finansal ve organizasyonel yatırımı, eser niteliği taşımayan yayınları ESHK m.81 kapsamında korunmaktadır¹⁴⁹. ESHK m.81'e göre organizatör korunmasının ön koşulu icracı sanatçıların meydana getirdiği gösterilerin varlığıdır¹⁵⁰. Bir başka ifadeyle, bağlantılı hak olarak organizatör korunması, eser veya icraların sunumunda söz konusu olur. Dolayısıyla organizatörün korunması icracı sanatçının varlığına, icracı sanatçının varlığı ise gösterilen performansın bir eser/folklorik ifade olmasına bağlıdır. Münferit vakalar dışında, spor organizatörünün organizasyonel ve finansal yatırımı ESHK m.81 kapsamında korunmamaktadır¹⁵¹. Zira sporcu, icracı sanatçı olarak kabul görmediğinden ötürü m.81 kapsamındaki ön koşul da sağlanamamış olmaktadır. Bunun haricinde, film yapımcısının (94 UrhG) ve yayıncı kuruluşunun (87 UrhG) komşu hakkı kapsamında korunması ele alınmalıdır.

4. Spor Görüntülerinin Korunması

Görsel-işitsel kayıtlar ("*Laufbilder*"-ESHK m.95, "işaret, resim, ses"-FSEK m.84) ve spor etkinliklerinin canlı yayınları (ürünün eser niteliğinden bağımsız olarak) her zaman telif hakkı korumasından¹⁵² yararlanır¹⁵³. Çünkü herhangi bir vasıtayla yayınlanan bu ürünler ya film eseridir (ESHK m.2/6) ya da komşu hakkı ile korunan görüntü dizileridir¹⁵⁴. Böyle bir koruma çözümü, artan hukuki koruma ihtiyacına şüphesiz ki cevap verecektir.

ESHK m.2/1.6'ya göre, film eserleri içeriklerinden bağımsız olarak telif hakkı kapsamında korunan eserlerdir. Kanun koyucu bu eserlere özellikleri itibariyle diğer sanat eserlerine nazaran özel bir konum kazandırır. Zira çoğu zaman, özellikle televizyonda sunulan film eserleri, "şekillenme şartı" olarak tanımlanan unsurdan yoksundur¹⁵⁵. ESHK m.2/1.6, film çalışmalarının yanında "*ähnlich wie filmwerke geschaffen werden*" ifadesi ile benzer şekilde yaratılan

¹⁴⁹ WALDHAUSER, s. 115.

¹⁵⁰ FROMM / NORDEMANN, §81 Rn. 3.

¹⁵¹ WALDHAUSER, s. 117; SCHRICKER / LOEWENHEIM, §81 Rn. 19.

¹⁵² Türk mevzuatında bu koruma Haksız Rekabet koruması olarak karşımıza çıkar.

¹⁵³ FROMM / NORDEMANN, §95 Rn. 3.

¹⁵⁴ WALDHAUSER, s. 161.

¹⁵⁵ REHBINDER, s. 93.

eserleri, yani teknik bir cihaz ile fiziksel olarak kayıt altına alınması mümkün olmayan hareketli görüntü dizileri koruma altına alır¹⁵⁶. Bu nedenle, film çalışmalarını kavramı içerisine, prensip olarak, spor etkinliklerinin canlı yayınları da dahil edilebilir. Bununla birlikte, canlı yayınların film eseri olarak nitelendirilebilmesi için elbette ki eser niteliklerine sahip olmaları gerekir¹⁵⁷. “Korunan eserler (*Geschützte Werke*)” başlıklı Alman ESHK m.2/2 anlamında görüntü dizilerinin tasarımı, hususiyet taşıyan fikri yaratımın sonucu olmalıdır. Uzun metrajlı filmler genellikle bu niteliğe sahiptir. Yerleşik içtihatlarda da, bireysel fikri yaratımın varlığı, özellikle günlük, olağan bir olayın görsel-işitsel olarak kaydedilmesini içeren kültürel ve belgesel filmlerde de kabul edilmektedir¹⁵⁸. Bu nedenle, spor yayınları da hususiyet taşıyan fikri yaratım barındırabilir ve film eserleri olarak ESHK m.2/1.6 kapsamında değerlendirilebilir. Öte yandan, bir spor yayını ya da kaydının hususiyeti veya fikri içeriği reddedilirse, film eseri olarak değil, yalnızca “*laufbilder*” olarak ESHK m.95 kapsamında korunur¹⁵⁹.

Spor etkinliklerinin kaydedilmesi veya canlı olarak iletilmesi durumunda, kamera kontrolü, montaj, düzenleme, açıların ayarlanması ve önemli yönlerin seçilmesi yoluyla veya belki de spikerin sesli yorum yoluyla, bir spor röportajının görsel-işitsel dizisinin yeterli fikri yaratımı kazanıp kazanmayacağı ve böylece bir film eseri olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği önemlidir¹⁶⁰. Bu değerlendirmede, görüntüleme işleminin teknik yanları dikkate alınmalıdır. Zira söz konusu gelişen teknikler tasarım alanını genişletmektedir. Ayrıca, özellikle görsel ve işitsel spor kayıtlarında, uzun metrajlı filmler ve belgesel filmler gibi seyirci bakımından seyir cazibesini, macera deneyimini ve heyecanı artırmak amacıyla sinematik tasarım öğeleri (reji, sanal filtreler, yavaş çekimler, aksiyon kameraları, tekrarlar, kamera yönetimi, canlı ve arşiv materyallerinin bağlantısı, ses tasarımı, müzikal arka plan, orijinal yorumlar ve analizler ve oyuncu portrelerinin gösterilmesi vb.) kullanılır¹⁶¹. Spor performanslarının aslına uygun görüntülerinin sinematik olarak işlenmesiyle, eser niteliği için gerekli olan bireysel fikri yaratım koşulu, yayınlarda görev alan kişilerin kolektif işbirliği sayesinde gerçekleştirir-

¹⁵⁶ REHBINDER’in görüşünün aksine, son yıllarda artık şekillenme bakımından tespit (fictation) aranmakta olup üçüncü kişilerce algılanabilirlik yeterli görülmektedir.

¹⁵⁷ OSTERWALDER, s. 164.

¹⁵⁸ OLG Köln GURUR 1994, S. 48; LG München ZUM 1993, 373; BGH GURUR 1984, 363.

¹⁵⁹ WALDHAUSER, s. 142.

¹⁶⁰ FROMM / NORDEMANN, §95 Rn. 12; WALDHAUSER, s. 161.

¹⁶¹ FROMM / NORDEMANN, §95 Rn. 3; WALDHAUSER, s. 161.

lir¹⁶². Dolayısıyla spor etkinliklerinin görsel-işitsel canlı yayınları ve kayıtları, sadece ESHK m.95 kapsamında “*laufbilder*” olarak değil, ESHK m.2/1.6 kapsamında film eserleri olarak da düşünüülerek değerlendirme yapılmalıdır¹⁶³.

5. Yayın Şirketlerinin ve Film Yapımcıların Bağlantılı Haklar Kapsamında Koruması

Yayın şirketleri Alman ESHK m.87 (Yayıncı kuruluş/*Sendunternehmen*) kapsamında, film yapımcıları ise Alman ESHK m.94 (Film Yapımcılarının Korunması/*Schutz des Filmherstellers*) kapsamında komşu hakları ile korunurlar. Bununla birlikte, spor kayıtları ile ilgili olarak, telif hakkı eser koruması (ESHK m.2/1 f.6) ile komşu hakkı koruması (ESHK m.95) arasındaki ayırım pratikte bir öneme sahiptir. Film yapımcısı koruması yalnızca film eserlerine özgü olduğu için, görüntülerin “*laufbilder*” olarak tanımlanması durumunda film yapımcısı koruması gündeme gelemez. Alman kanun koyucu, yayıncı kuruluşun korunmasında ve film yapımcısının korunmasında eser şartlarının gerçekleşmesini aramamaktadır¹⁶⁴.

Öte yandan, yüklenici ve yapımcının her bakımdan spor organizatörünün talimatlarına uymak zorunda olması, organizatörün kendi adına ve hesabına sözleşmeler yapması, haklar edinmesi, finansmanı ve riski tam olarak üstlenmesi durumunda ESHK m.94 anlamında film yapımcısı olarak kabul edilmektedir¹⁶⁵. Fakat spor organizatörü, görüntüleri kendi TV kanalı üzerinden yayınlıyorsa yayın kuruluşuna tanınan komşu hakkını (ESHK m.87) da edinebilir¹⁶⁶. Bu nedenle, medya açısından etkili spor şirketlerinde (Manchester United, FC Bayern München, FIFA) kendi ürettiği canlı yayın sinyalinin kendi TV kanalları aracılığıyla yayınlama çabaları devam etmektedir¹⁶⁷.

Sonuç olarak büyük yatırımlardan elde edilen getirileri ekonomik düşüncelerle güvence altına alma ihtiyacı, çeşitli performans korumaları ile karşımıza çıkar ve bu tür ekonomik çabaların fikri mülkiyet hakları çemberine dahil edilmesi için temel bir argüman haline gelir¹⁶⁸. Almanya’da spor performanslarının telif hakkı anlamında eser niteliği tartışmalıdır. Bir spor performansına telif

¹⁶² MÖHRING / NICOLINI, §95 Rn. 4.; OSTERWALDER, s. 165.

¹⁶³ OSTERWALDER, s. 166.

¹⁶⁴ WALDHAUSER, s. 122.

¹⁶⁵ OLG München NJW-RR 1997, 1406.

¹⁶⁶ SCHRICKER, s. 1346; FROMM / NORDEMANN; s. 1012; WALDHAUSER, s. 162.

¹⁶⁷ WALDHAUSER, s. 160.

¹⁶⁸ OSTERWALDER, s. 170.

hakkı koruması isteniyorsa tek yol, görsel-işitsel üreticilerin (yayın şirketleri ve film yapımcıları) bağlantılı haklar kapsamında korunmasıdır¹⁶⁹. Futbol müsabakasının bir radyo yayıncı tarafından yayınlanması hakkındaki bir uyuşmazlıkta, Alman Federal Temyiz Mahkemesinin hükmün gerekçesinde¹⁷⁰ hiçbir şekilde ESHK'ye değinmemesi, spor müsabakalarının fikri hukuk bakımından eser sayılmadığı yönünde kanaat oluşturmaktadır. Alman doktrinindeki koruma incelemesinin yalnızca mülkiyet hakkı çerçevesinde yapıldığı görülmektedir. Neticе olarak bugüne kadar, hem kanun koyucu hem de içtihat ve öğretinin büyük bir kısmı korumanın spor performanslarını da kapsayacak şekilde genişletilmesine karşı çıkmışlar ve halen de çıkmaktadırlar.

C. Hollanda

1. Eser Kavramı

Hollanda ESHK (Auteurswet-AW) m.1'e göre, bu kanunun sınırlamaları dikkate alınmak kaydıyla, bir edebiyat, bilim ve sanat eserinin sahibi veya onun halefinin eserleri yayınlama ve çoğaltmaya münhasır hakkı vardır. Hollanda ESHK m.10'da eser türleri kataloğu listelenmektedir. Eser türlerinin örnekleme olarak sayıldığı bu kanuna göre, edebiyat, bilim veya sanat alanında, ifade biçimine bakılmaksızın her ürün, eser niteliğindedir. Hakim görüş "edebiyat, bilim ve sanat" kavramlarının kesin anlamlar taşımadığını¹⁷¹, belirsiz ve çok yönlü olduğunu dolayısıyla eser kavramı için bir sınırlama getirmediğini kabul etmektedir¹⁷². Kanun koyucu eser niteliği için herhangi bir unsur belirtmemektedir. Doktrindeki görüşler ve içtihatlar göre ise eser, sahibinin hususiyeti anlamına gelen "*Oorspronkelijkheid*" (özgünlük) niteliğini taşımaktadır¹⁷³.

2. Spor Performanslarının Eser Niteliği

Hollanda mahkemeleri nezdinde, spor performanslarının ("*Sportprestaties*") ESHK kapsamında eser niteliği henüz yargılama konusu olmamakla beraber doktrinde tartışılmaktadır¹⁷⁴. Belirtmek gerekir ki spor performanslarının

¹⁶⁹ OSTERWALDER, s. 171.

¹⁷⁰ BGH, Urteil vom 8. 11. 2005 - KZR 37/03 - Hörfunkrechte; OLG Hamburg (lexetius.com/2005,2703).

¹⁷¹ KLOS, Siehe, *Sport op het Speelveld van de Intellectuele Eigendom*, s. 81.

¹⁷² SPOOR, Jaap Hoi, *Auteursrecht*, 2. Aufl, 1993, s. 19.

¹⁷³ ENGELEN, Dick van, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, Zwolle, 1994, ayrıca görüş için bkz: Walderhaus, s. 325.

¹⁷⁴ DOMMERING, Egbert, *De sportprestatie: bescherming en vrije berichtgeving, in: Sport en informatiemonopolies*, Amsterdam, Cramwinkel, 1991, s. 12.

edebi, bilimsel veya sanatsal eser kategorilerinden birine dahil edilmesi oldukça zordur. Doktrinde neredeyse görüş birliğiyle spor performanslarının ESHK anlamında eser olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁷⁵.

Baskın görüşe göre¹⁷⁶, spor performansları büyük ölçüde taktiksel yönetimlerle şekillendirilirken, fikri eserler daha çok belirli bir konsept, tasarım veya programa dayanmaktadır. Taktiksel yönetim ise sporcunun hareketlerini (top sürme, pas, şut) seçme konusunda sınırlı bir tasarım alanı oluşturur. Bu tasarım alanı da ürünün hususiyetinin ayırt edilmesinde belirleyici bir özellik olarak görülmez. Nitekim sportif performanslar, müsabakanın kendi dinamiği içerisinde gelişir ve birçok rastlantısal olaya bağlıdır. Buna karşın doktrinde bazı yazarlar, önceden belirlenmiş bir program olmaksızın, doğaçlamayla oluşan eserlerin de korunduğu argümanını sunmaktadırlar¹⁷⁷. Ayrıca önceden hazırlanmış bir programın olmaması, yalnızca karşılıklı icra edilen sporlar için geçerlidir¹⁷⁸. Artistik buz pateni, senkronize yüzme, jimnastik gibi diğer spor alanlarında doğrudan sporcunun performansı etkilidir.

Tartışmaların kaynağını kanuni tanımda fikri içeriğin bir unsur olarak sayılmamış olmasına dayandıran görüşe göre¹⁷⁹, ESHK'nin eser için öngördüğü tek unsur özgünlük kriteridir ve bu görüşte spor performanslarının, sporcuların özgün davranışları ile oluştuğu gerekçesi ile spor performanslarının eser niteliğine sahip olduğu savunulur. Doktrinindeki bu tartışmalara rağmen, hakim görüşe göre spor performanslarının eser olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir¹⁸⁰.

D. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği Adalet Divanında (ABAD) görülen bir uyuşmazlıkta, İngiltere Premier Ligi müsabakalarının yayın hakkını, açık ihale usulü ile bölgelere göre münhasır olarak pazarlayan Football Association Premier League (FAPL), yayın haklarının ve münhasırlığın ihlali iddiası ile mahkemeye başvurmuştur. Mahkemeye göre hukuki uyuşmazlığın temelini FAPL'nin fikri mülkiyet haklarının korunması ve lig müsabakalarından telif hakkı talep etmesi, spor etkinlik-

¹⁷⁵ STAVEREN, Heiko Tiberius, *Commerciale aspecten van de sport*, 1996, s. 744, ayrıca karşı görüş için bkz. KLOS, s. 82.

¹⁷⁶ DOMMERING, s. 14.

¹⁷⁷ SPOOR, s. 54.

¹⁷⁸ WALDHAUSER, s. 327, DOMMERING, s. 14.

¹⁷⁹ WALDHAUSER, s. 327.

¹⁸⁰ DOMMERING, s. 32; KLOS, s. 95; WALDHAUSER, s. 332.

lerinin fikri mülkiyet hukuku bakımından bir “eser” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususları oluşturmaktadır. Burada eser niteliği, fikri yaratım (hususiyet) kriterinin gerçekleşmesi ile kazanıldığından spor etkinliklerinin fikri bir yaratım teşkil edip etmemesi hususu tartışılmıştır.

ABAD, FAPL’nin Premier Lig müsabakalarından herhangi bir telif hakkı talep edemeyeceğine, çünkü spor etkinliklerinin bir fikri çaba (*geistige schöpfung*) barındırdığının kabul edilemeyeceğine ve dolayısıyla fikri hukuk bakımından bir “eser” olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir¹⁸¹. Ancak mahkeme, “Bilgi Toplumunda Telif Hakkı ve İlgili Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi”nin¹⁸² yorumlanması ile yalnızca giriş videosunun (jenerik), Premier Lig marşının, mevcut ve güncel müsabakaların önemli noktaların kesitlerinin, bazı grafiklerin fikri hukuk bakımından “eser” olarak kabul edilebileceği ve bu nedenle korunacağını belirtmiştir. Fakat futbol müsabakalarının kendisinin böyle bir korumadan yararlanabilecek nitelikte fikri hukuk bakımından eser olamayacağını tespit etmiştir¹⁸³.

Netice itibariyle ABAD kararı ve FSEK hükümleri göz önünde bulundurularak futbol müsabaka görüntülerinin esasen bir eser niteliğinin olmadığı ancak yayıncı kuruluş tarafından eklenen grafik, jenerik ve seçilen önemli kesitlerin (gol, faul pozisyonu) parça parça eser niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

E. Fransa

Fransa, spor organizatörlerinin yasal statüsünü düzenleyen tek Avrupa ülkesi olması nedeniyle önem arz etmektedir. Fransız kanun koyucu, spor etkinliklerinin televizyon yayınıyla ilgili yasal sorunlarını çözüme kavuşturmak için, 13.07.1992 tarih ve 1984135 sayılı Spor Kanunu ile konuya ilişkin kapsamlı düzenlemeler getirmiştir¹⁸⁴. Bu kanun ile sporcuların yasal statüleri ve hakları açıkça düzenlenmiştir. Kanunda radyo yayıncılığına ilişkin 2003 yılında değişiklik yapılarak dönemin tartışmalarına çözüm bulunmuştur. Ancak söz konusu hükümler 2006 yılında¹⁸⁵ kanun kapsamından çıkarılarak nihayetinde, kaldırılan

¹⁸¹ EuGH, Urt. v. 4. 10. 2011 - C-403, 429/08 - FAPL/Murphy Seite 56. Par. 98.

¹⁸² Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167, S. 10).

¹⁸³ EuGH, Urt. v. 4. 10. 2011 - C-403, 429/08 - FAPL/Murphy Seite 70. Par. 152.

¹⁸⁴ HILTY, Reto / HENNING-BODEWIG, Frauke, **Rechtsgutachten “Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter”**, München, 2006. s. 54.

¹⁸⁵ Journal Officiel De La République Française 25.5.2006.

hükümleri ve 1984 tarihli Spor Kanunu hükümlerini de içeren spor yönetmeliğine (“*Code du Sport*”) 2006 yılında aktarılmıştır.

Bahsi geçen yönetmeliğin “Spor Müsabakaları Telif Kazancı”¹⁸⁶ başlıklı L. 333. maddesi spor yayınları üzerindeki hakları düzenlemektedir. Buna göre;

- L. 333-1 hükmü, kanunda sayılan (L. 333-5) spor müsabakalarından telif kazancı edinme hakkını spor federasyonlarına ve organizatörlerine vermektedir. Federasyonlar, müsabaka ve etkinliklerden görsel ve işitsel yararlanma haklarının bir kısmını veya tamamını katılımcı spor kulüplerine ve şirketlerine ücretsiz devredebilmektedir.

Bu bent kapsamında kanunun lafzında zikredilen “*organisateur*” kavramı ile kastedilen öncelikle federasyonlardır. Tanınan bu tekel hakkı kapsamına spor dernekleri de dahildir.

- L. 333-2 hükmü, spor şirketlerine devredilen görsel ve işitsel yararlanma hakları, Danıştay kararname ile belirlenen şartlara uygun, anayasal süre ile kısıtlı ve rekabet kurallarına göre pazarlama yetkisi vermektedir.
- L. 333-3 hükmü, pazarlamadan elde edilen gelirlerin, federasyon, birlik ve şirketler arasında paylaşılmasını öngörmektedir. Paylaşım, lig ile federasyon arasındaki anlaşma ile belirlenir.
- L. 333-4 hükmü, sporcuların kanuni statülerini düzenlemektedir.
- L. 333-5 hükmü, yararlanıcı spor şirketlerinin söz konusu devirden kaynaklanan mal varlıklarındaki artışın, devrin yapıldığı mali yıldaki vergilendirmede dikkate alınmayacağını ifade etmektedir.

1992 tarihli ilk düzenlemenin amacı, sadece organizatörlerin tartışmalı olan haklarını kanuni olarak temellendirmek değil, aynı zamanda hakkın sınırlarının belirlenmesi idi¹⁸⁷. Dolayısıyla organizatörlere “münhasır haklar” tanınırken, üçüncü kişilerin bir spor müsabakasını ne ölçüde yayımlayabileceği konusundaki anlaşmazlık da çözüme muhtaçtı¹⁸⁸. Fransız Spor Kanunu L. 333. maddesinin 6 ve 8’inci paragrafına göre, münhasır nitelikteki yararlanma haklarının verilmesi, kural olarak diğer yayın kuruluşlarının kamuoyunu bilgilendirmesine

¹⁸⁶ “exploitatio” terimi telif hakkının bir parçası olarak nitelendirilmektedir. Eser sahibinin, telif hakkının devri ile ekonomik kazanç elde etmesini ifade eder. Kanaatimizce, “telif kazancı” kavramının kullanılması anlam bakımından uygundur.

¹⁸⁷ OSTERWALDER, s. 88.

¹⁸⁸ HILTY / HENNING-BODEWIG, s. 57.

engel olmamalıdır¹⁸⁹. Bir başka ifadeyle spor müsabakası organizatörleri ve münhasır yararlanma hakkı sahipleri, üçüncü yayın kuruluşlarının bilgilendirme amaçlı kısa, serbestçe seçilmiş bölümleri ücretsiz olarak yayınlanmasını engelleyememektedir. Fakat Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de Cassation*) müsabaka esnasında çekilmiş fotoğrafların, ticari maksatla kullanılmasının organizatörün haklarına ihlal teşkil edeceğine hükmetmiştir¹⁹⁰. Dolayısıyla üçüncü kişilerin yayın yaparken ticari saiklerinin olup olmamasına göre verilecek hüküm değişecektir. Netice itibariyle organizatörlere tanınan bu hak (“*droit d’exploitation*”) hakim görüşüne göre, tam manasıyla hukuki koruma sağlayan, bir fikri mülkiyet hakkıdır¹⁹¹.

F. İsviçre

Fikri hakları düzenleyen 9 Ekim 1992 tarihli İsviçre Kanunu’nda, Alman ESHK m.81’e karşılık gelen, organizatörün komşu hakları düzenlenmemiştir. Bu nedenle spor organizatörlerine kıyasen uygulanacak bir hüküm dahi bulunmadığından bunu tartışmak anlamsız olacaktır. Kaldı ki İsviçre kanun koyucusu, organizatörün korunmasının varlık nedeni olan, icracı sanatçı olarak nitelenebilecek sporculara komşu hakkı da tanımamaktadır. Bu sebeple spor gösterileri ve onların yayın hakları yalnızca fikri haklar bakımından eser koruması çerçevesinde değerlendirilebilecek, komşu hakları gibi ikincil bir koruma gündeme getirilemeyecektir. Dolayısıyla burada yalnızca, spor performanslarının telif hakkı bağlamında eser olarak korunup korunamayacağı incelenmelidir.

1. İsviçre ESHK Bağlamında Eser Kavramı

İsviçre Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasında (§2 Abs.2 URG) eser “*değeri veya amacı ne olursa olsun, bireysel bir karaktere sahip olan edebiyat ve sanatın fikri yaratımları*” şeklinde tanımlanmaktadır. İsviçre öğretisinde bu kanuni tanımın yeterince açık olmadığı düşünülmektedir¹⁹². Zira İsviçre ESHK’da “*özellikle bunlar*” demek suretiyle, nelerin eser sayılabileceği örnek vermek suretiyle, tadadı olarak sayılmıştır.

Öncelikle, eserin genel tanımında belirtilen fikri yaratım, bireysel karakter ve edebiyat veya sanat alanına tahsis edilmesi unsurlarının kümülatif olarak

¹⁸⁹ HILTY / HENNING-BODEWIG, s. 57.

¹⁹⁰ Cour de Cassation, 17.03.2004 (Karar için bkz. HILTY / HENNING-BODEWIG, s. 58).

¹⁹¹ Zum Meinungsstand in der französischen Literatur Geiger (Fn. 133), S. 280.

¹⁹² SCHULZE, *Meine Rechte als Urheber*, s. 16.

yerine getirilip getirilmediği incelenmelidir. Doktrindeki bir görüşe göre yaratılışın fikri içeriği, algılanabilir bir eserde fikri düşüncenin nesnelleştirilmesi ve eserin bireyselliği olmak üzere üç unsur aranmalıdır¹⁹³. Süregelen uygulamada, sanat veya edebiyat alanlarında tahsis edilmiş olma kriterinden feragat edilmiştir, çünkü bilgisayar programları da (§2 Abs.3 URG) artık geleneksel telif hakkı anlayışına göre edebiyat ve sanat alanlarına atfedilemeyen eserlerin korunmasından yararlanmaktadırlar¹⁹⁴.

2. Spor Performanslarının Eser Niteliğine İlişkin Görüşler

Doktrindeki baskın görüş, spor performanslarının sanatsal bir karaktere sahip olmaması¹⁹⁵ ve rastlantılara dayalı bir yaratım olması¹⁹⁶ sebebine dayanarak fikri bir içeriğinin olmaması veya hususiyet barındırmaması¹⁹⁷ gerekçeleri ile eser olarak nitelendirilemeyeceği yönündedir.

Spor yayın haklarının hukuki niteliği İsviçre’de şimdiye kadar yalnızca bir kez dava konusu olmuştur. Bu uyuşmazlıkta da futbol oyunlarının telif hakkı kapsamında korunması, bireysellik eksikliği ve spor performanslarının tesadüfi doğası ile gerekçelendirilerek reddedilmiştir. Berner Temyiz Mahkemesi, bir eseri yorumlayan kişi olarak sporcuların icracı sanatçı olarak değerlendirilmesine yönelik belirsiz bir sınırlandırma getirmiştir. Buna göre, “*Bir eserin gösterimi, sunulması fikri hak olarak korunmaktadır. Eser ESHK m.2 anlamında fikri hak olarak korunabilen bir fikri yaratımdır. Buna karşılık, fikri hak olarak korunamayacak bir eserin sunumu, gösterimi de korunamaz. Örneğin sporcuların sportif performansları, eser karakterinden yoksundur ve bu sebeple onların gösterimi de korunamayacaktır. Buna karşın, artistik buz pateni veya bireysel karaktere sahip fikri yaratıma sahip jimnastik, koreografiler için eser korunması geçerli olabilir. Bir futbol maçı bireysel karakterden yoksun olmakla beraber maç, akıştaki tesadüflere dayanmakta olduğundan tekrar ayısının üretilmesi mümkün değildir. Tesadüfi bir ürün olduğu için sanat olarak kabul edilse dahi, ESHK m.2 anlamında eser olarak korunan bir çalışma oluşturamaz.*”¹⁹⁸

¹⁹³ REHBINDER, s. 33.

¹⁹⁴ OSTERWALDER, s. 173.

¹⁹⁵ REHBINDER, s. 85, s. 314.

¹⁹⁶ TROLLER, s. 124; WALDHAUSER s. 90.

¹⁹⁷ HAUSMANN, s. 1090.

¹⁹⁸ Bern Temyiz Mahkemesi, Appellationshof Bern SpuRt 1995, s. 36.

Netice itibariyle İsviçre ESHK'sinin sporculara veya organizatörlere herhangi bir bağlantılı hak tanınamaması nedeniyle, komşu hakları ve icracı sanatçı kapsamında bir değerlendirme yapılamamaktadır. Spor performansları koruması açısından yalnızca eser niteliği incelenebilmekte ve fakat izah edildiği üzere doktrin ve yargı içtihatları gereği spor performansları gerekli unsurları taşımadıkları gerekçesiyle eser olarak da korunamamaktadır.

SONUÇ

FSEK'e göre, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsul-leri eser olarak nitelendirilmektedir. Tanım, öğreti ve yerleşik içtihatlar birlikte incelendiğinde, bir fikri ürünün eser olarak nitelendirilebilmesi için fikri çaba, hususiyet, şekillenme ve kanunda sayılmış olma şartlarının tümüne sahip olması gerektiği görülmektedir. Sportif faaliyetler ise, nitelikleri gereği bedensel hareketlerden oluşan fiziksel faaliyetlerden olup bugüne değin, ulusal ve uluslararası düzeyde eser sahipliği kapsamında koruma alanı bulamamışlardır. Fakat FSEK'in sağladığı koruma yollarının tümü incelendiğinde spor performanslarının, sporcuların, organizatörlerin, yayıncı kuruluşların, spor müsabaka görüntülerinin ve müsabakaların bir parçası olarak ek performanslar üzerinde eser sahipliği ve bağlantılı hak koruması adı altında koruma sağlanabileceğine yönelik olarak çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır.

Rekabete dayalı sporlarda temel amaç, rakiplerin arasında en iyi performans gösterilemek olduğundan sporcu performansları özel olarak incelenmelidir. Bu değerlendirme, skor ve puan gibi objektif olarak ölçülebilir kriterler üzerinden yapılmakta olup oyun kurgusu veya top hakimiyeti gibi icra sürecinin yönetimine dair hususlar önem arz etmemektedir. Sporcuların eylemleri, takım-daki diğer sporcu veya rakiplerin davranışları, arazi koşulları, oyun kuralları gibi yabancı etkenlerin şekillendirdiği düşünüldüğünde bu performanslarda fikri yaratım unsurunun bulunmadığı zira duygu, düşünce aktarımı gerçekleşmediği, tekrarlanabilirlikten yoksun ve rastlantısal olduğu öğretilerde hakim görüştür.

Hususiyet, bir eserin içerik veya şeklinde yaratıcısının bireysel fikrinin ifade edilmesi ve böylece eserin yaratıcı olmayan diğer ürünlerden ayrılmasını sağlayan unsurdur. Sportif performanslarda genellikle sporcular ortalama bir beceri sergilediklerinden ötürü özgünlük kriterini gerçekleştiremezler ve eser olma kriterini karşılayacak yaratıcılıktan yoksundurlar. Dolayısıyla spor performansları, her ne kadar algılanabilir bir insan faaliyetinden kaynaklanarak şekillenme kriterini sağlasalar da hususiyet, fikri çaba ve kanunda sayılma kriterlerine sahip olmadıklarından ötürü eser niteliği taşımadıkları kabul edilmektedir.

Bağlantılı haklar kapsamında yapılacak değerlendirmede, sporcular, organizatörler ve yayıncı kuruluşlar incelenmelidir. İlk olarak sporcuların icracı sanatçı olarak korunup korunamayacağı değerlendirilmelidir. İcracı sanatçı, bir eseri veya folklorik ifadeleri özgün şekilde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıdır. Görüldüğü üzere korumanın ön şartı icranın konusunun eser veya folklorik ifade olmasıdır. İstisnai durumlar haricinde, sporcular icracı sanatçı olarak kabul edilmemektedir. Zira spor performansları eser veya folklorik bir ifade olmadıklarından ve dolayısıyla sporcular da bir eser veya folklorik ifadenin yorumu, tanıtımı, anlatımı gibi eylemleri gerçekleştirmediklerinden dolayı sporculara böyle bir koruma sağlanmamaktadır.

İcrayı organize eden müteşebbislerin haricinde organizatörler, fonogram yapımcı ve film yapımcısı olarak iki şekilde karşımıza çıkar. Fonogram yapımcısı, gerekli yatırımlarla ses tespiti ilk kez yapan kimsedir. Fonogram yapımcıları, yapımcılık statüsü sebebiyle kanundan doğan haklarının haricinde, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra da bazı haklara sahip olabilecekler ve bir koruma hakkı da doğacaktır. Fakat tıpkı icracı sanatçıda olduğu gibi burada da spor performansları bakımından ortada bir eser/folklorik ifade olmadığından organizatör, fonogram yapımcı olarak korunamayacaktır. Film yapımcısı ise organizasyonel ve finansal sorumluluğu üstlenerek bir filmi üreten, film tespiti ilk kez yapan kişidir. Sipariş içerik üretimi ve ortak içerik üretiminde, sözleşme taraflarının film yapımcısı haklarına sahip olabilmeleri için organizasyonel ve finansal sorumluluğun tespiti önemlidir. Sportif performanslar bakımından, fonogram yapımcıya dair yapılan açıklamalar film yapımcıları için de geçerlidir.

Radyo, televizyon ve benzeri kuruluşlardan siyasal, toplumsal, ekonomik, kültürel, spor gibi içeriklere ilişkin haber, yorum veya programların nakledilmesini sağlayan yayıncı kuruluşlar, ilgili eser sahibinden, icracı sanatçıdan veya fonogram yapımcıdan izin aldıkları takdirde yayın üzerinde mutlak bir hakka sahip olacaklardır. İstisnai bazı durumlar haricinde spor organizatörleri yayıncı kuruluş olarak karşımıza çıkmamaktadır. Spor etkinlikleri yayınlanırken, genellikle ev sahibi ülkede yayın haklarına sahip yayıncı, görüntüleri üretir, yayınlar ve sinyali yabancı yayıncılara sağlar. Fakat canlı yayında bir sinyalin iletilmesi bakımından münhasır haklara sahip olanın, ev sahibi yayın şirketi mi yoksa yeniden yayın yapan kuruluş mu yoksa her ikisinin de mi olduğu hususu tartışmalıdır.

Spor müsabaka görüntülerinin film eseri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda; bu tür etkinlikler gerçek olayları olduğu gibi aktardık-

ları ve bununla birlikte hususiyet, fikri çaba gibi eser olabilmenin şartlarını da taşımadıklarından ötürü eser olarak kabul edilememektedirler. Dolayısıyla spor etkinlikleri görüntüleri bakımından tespit veya çoğaltma söz konusu olduğunda eser koruması değil, şartlarının oluşması ile bağlantılı haklar veya haksız rekabet hükümleri kapsamında bir koruma sağlanacaktır.

Spor etkinliklerine olan rağbeti artırmak maksadıyla organizasyon içerisinde gerçekleştirilen ek performansların korunması ancak bağlantılı haklar kapsamında gündeme gelebilecektir. Rekabetçi sporun kurucu unsuru olan spor kurallarının FSEK kapsamında korunan eserler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, Türk yargı ve içtihatlarında daha önce gündeme gelmemekle beraber Alman Mahkemeleri nezdinde de yalnızca bir defa yargılama konusu olmuştur. Hakim görüşe göre oyun kuralları, “oyun fikri” olarak yalnızca insan zihnindeki kurallardan olması, spor faaliyetinin kamusal bir faaliyet oluşu ve dolayısıyla spor türleri, unsurları ve oyun biçimlerinin herkes tarafından kullanılabilir şekilde bırakılması gerektiği düşüncesi yatmaktadır. Bu sayede kuralların koruma kapsamı dışında bırakılması ile bir başka spor etkinliğinde kullanılmasına da imkan sağlanmaktadır.

Müsabaka öncesinde, devre aralarında, molalarda veya etkinliğin sonunda kullanılan müzik eserleri, bir düşünce veya duyguyu aktarmak amacıyla seslerin ifade aracı olarak kullanıldığı fikri ürünlerdir. Organizatörün telif hakkıyla korunan eserleri kullanabilmesi için, kullanım yetkisi anlaşması ile eser sahibinin onayını alması gerekmektedir. Spor etkinliklerinde yetki sınırının aşılması, müziğin sadece arka plan için kullanılmadığı, özellikle etkinlikle veya katılan sporcularla kasıtlı olarak ilişkilendirildiği ve eser sahibinin hususiyetinin yitirildiği durumlarda ortaya çıkmaktadır.

Genel olarak faaliyetleri takım oyuncularının sıralaması, golcülerin belirlenmesi gibi standart görevlerle sınırlı olan spor spiker ve muhabirlerinin hususiyetlerini yansıtmaları için tasarım özgürlükleri oldukça sınırlıdır. Dolayısıyla faaliyetleri, spor etkinliğinin kendisine kıyasla arka planda kaldığı ve kısıtlandığı için spor spikerinin ve muhabirinin çabasının fikri hak olarak koruma kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmaktayız. Son olarak açılış ve kapanış törenlerindeki pandomim, dans gibi gösteriler FSEK m.2/2 kapsamında eser niteliği taşıdıkları sürece korunmaktadırlar.

Karşılaştırmalı hukuk bakımından bir inceleme yapıldığında; ABD telif hakkı yasalarına göre, spor performanslarının eser olarak korunması ancak teknik kayıt araçları vasıtasıyla sunulan performansın tam, görsel-işitsel kopyasının talep edilmesi halinde ortaya çıkar. Zira kopyalamaya değen şey, korunmaya da değerdir.

Alman doktrin ve yargı içtihatlarında hakim görüşe göre, spor performansları fikri içerik eksikliği ve hususiyet eksikliği sebebiyle eser olarak ve dolayısıyla sporcular da icracı sanatçı olarak nitelendirilemez ve icracı sanatçı bulunmadığından spor organizatörünün de organizasyonel ve finansal performansı korunmamaktadır. Bir spor performansına telif hakkı koruması isteniyorsa tek yol, görsel-işitsel üreticilerin komşu haklar kapsamında korunmasıdır. Spor yayınları, hususiyet taşıyan fikri yaratım barındırabilir ve film eserleri olarak ESHK m.2/1.6 kapsamında değerlendirilebilir. Fakat hususiyet veya fikri çaba barındırmıyorsa, film eseri olarak değil yalnızca “*laufbilder*” olarak ESHK m.95 kapsamında korunur.

Hollanda öğretisinde neredeyse görüş birliğiyle spor performanslarının eser olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir. ABAD hükümlerine bakıldığında futbol müsabaka görüntülerinin esasen bir eser niteliğinin olmadığı ancak yayıncı kuruluş tarafından eklenen grafik, jenerik ve seçilen önemli kesitlerin parça parça eser niteliğinde olduğu kabul edilir. Fransa, spor organizatörlerinin yasal statüsünü düzenleyen tek Avrupa ülkesidir. İsviçre Kanunları’nda ise icracı sanatçı ve organizatörlere bağlantılı hak koruması düzenlenmemiştir. Spor performanslarının kendisi ise gerekli unsurları taşımadığı gerekçesiyle doktrin ve içtihatlar gereğince eser kapsamında korunmamaktadır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

- DIECKMANN, Albrecht, **Zur Mitwirkung der Lizenzfußballspieler bei der Vergabe von Fernsehrechten**, in: *Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht*, 1995.
- DOMMERING, Egbert, **De sportprestatie: bescherming en vrije berichtgeving**, in: **Sport en informatiemonopolies**, Amsterdam, Cramwinkel, 1991.
- ENGELN, Dick van, **Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten**, Zwolle, 1994.
- ERDİL, Engin, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanun Şerhi**, 3. Basım, C. I, İstanbul, 2009.
- FROMM, Friedrich Karl / NORDEMANN, Wilhelm, **Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag**, 12. Auflage, 2018.
- GÖKYAYLA, K. Emre, “**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre İcracı Sanatçı Kavramı ve İcracı Sanatçının Hak Sahibi Olmasının Şartları**”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. 1, İstanbul 2009.
- HAUSMANN, Friedrich, **Der Deutsche Fußball Bund (DFB)- Ein Kartell für Fernsehrechte?**, 1994.
- HELBIG, Nikolaus, **Die Verwertung von Sportereignissen im Fernsehen**, 1. Auflage, München, 2005.
- HILTY, Reto / HENNING-BODEWIG, Frauke, **Rechtsgutachten, Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter**, München, 2006.
- KLOS, Siehe, **Sport op het Speelveld van de Intellectuele Eigendom**, 1997.
- KUMMER, Max, **Das urheberrechtlich schützbare Werk**, Bern, 1968.
- LENTZE, Gregor / WISE, Aaron, **Rechte an einer Sportveranstaltung**, SpuRt 1998.
- MÖHRING, Philipp / NICOLINI, Käte: **Urheberrechtsgesetz-Kommentar**, 4. Auflage, Berlin, 2018.
- OSTERWALDER, Simon, **Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen**, 1. Auflage, Bern, 2004.
- REHBINDER, Manfred, **Urheberrecht**, 9. Auflage, München, 2001.

- RUSS, Christian, **Das Lied eines Boxers**, 1995.
- SCHLATTER-KRUGER, Sibylle, **Zur Urheberrechtsschutzfähigkeit choreographischer Werke in der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz**, 1985.
- SCHRICKER, Gerhard / LOEWENHEIM, Ulrich, **Urheberrecht Kommentar**, 6. Auflage, Beck, München, 2020.
- SCHULZE, Gernot, **Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts**, Freiburg, 1983 (Die kleine Münze).
- SCHULZE, Gernot / DREIER, Thomas, **Urheberrechtsgesetz Kommentar**, 6. Auflage, Beck, 2018.
- SCHULZE, Gernot, **Meine Rechte als Urheber**, 7. Auflage, München, 2020 (Meine Rechte als Urheber).
- SIEGFRIED, Michael, **Die Fernsehberichterstattung von Sportveranstaltungen**, München, 1990.
- SPOOR, Jaap Hoi, **Auteursrecht**, 2. Auflage, 1993.
- STAVAREN, Heiko Tiberius, **Commerciele aspecten van de sport**, 1996.
- STEINER, Udo (Hrsg.), **Sport und Medien**, 13. Auflage, Heidelberg, 1990.
- SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, 2021.
- TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, 2012.
- TROLLER, Kamen, **Gründezüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts**, 2. Auflage, Basel, 2005.
- ULMER, Eugen, **Urheber und Verlagsrecht**, 3. Auflage, Berlin, 2013.
- WALDHAUSER, Hermann, **Die Fernsehrechte des Sportveranstalters**, 9. Band, Berlin, 1998.
- WANDTKE, Artur-Axel / BULLINGER, Winfried / HEERMA, Jan Dirk **Praxiskommentar zum Urheberrecht**, 4. Auflage, München, 2014.

TMK md.169 Gereğince Boşanma veya Ayrılık Davası Süresince Alınabilecek Geçici Önlemler^(*)

The Interim Measures that Could be Granted During Divorce and Separation Proceedings as Per Art.169 of TCC

Berrak GENÇ-GELGEÇ^(**)

Öz:

Evliliğin sona ermesi hallerinden biri olan boşanma, geçerli olarak kurulmuş bir evliliğin, kanunda sayılmış sebeplerden birine dayanarak açılan dava neticesinde sona ermesidir. Boşanmanın hükmü ise ancak verilen mahkeme kararının kesinleşmesiyle olur. Dolayısıyla, boşanma davasının açılmış olması evlilik birliğinin sona erdiği anlamına gelmez ve eşlerin birbirlerine ve çocuklarına karşı evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri devam eder. Bununla birlikte, davanın açılmasıyla eşler ayrı yaşama hakkı kazanır ve davanın açılması eşler arasındaki fiili ve hukuki durumda değişiklikler meydana getirir. Bu değişiklikler de eşlerin ve çocukların barınma, geçim ve korunmasına ilişkin ihtiyaçlarının belirlenmesi ve giderilmesi ihtiyacını doğurabilir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi hâkime bu ihtiyaçların giderilmesi için gerekli gördüğü önlemleri alabilme yetkisi tanır. Bu hükme göre: “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakımı ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır.” Açıkça görüldüğü üzere hüküm genel bir şekilde düzenlenmiş, hâkimin alınabileceği bu önlemlerin sınırları çizilmemiştir. Hâkim, eşlerin birbiri ve çocuklarıyla olan ilişkilerinin düzenlenmesi ve sağlıklı bir şekilde devam ettirebilmesi için her bir somut uyumsuzluk için gerekli gördüğü önlemleri alır. Bu önlemler de genel olarak eşlerin ve çocukların bakım, geçim, korunması ve mallarının yönetimine ilişkin önlemlerdir. Dolayısıyla, bu genel başlıklar altında sıralanmış olan tedbirlerin neler olabileceği, belirlenmesinde hangi kriterlerin uygulanacağını ve uygulamada ne şekilde olduğunun belirlenmesi önem taşır. Bu çalışmayla amaçlanan bunu gerçekleştirmek olup, alınabilecek önlemler maddede belirtilen haliyle sınıflandırıp (eşlerin barınmasına, eşlerin geçim ve mallarının yönetimine ve son olarak da çocukların bakım ve korunmasına ilişkin önlemler) Yargıtay kararları ışığında değerlendirilecektir.

(*) Araştırma Makalesi / Research Article

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.04.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 26.07.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1357997>

Bu makaleye atf için: GENÇ-GELGEÇ, Berrak, “TMK md.169 Gereğince Boşanma veya Ayrılık Davası Süresince Alınabilecek Geçici Önlemler”, **İMİHFD**, C. 8, S. 2, 2023, s. 771-799

(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: berrak.genc@medeniyet.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5166-8965>

Anahtar Kelimeler:

Boşanma, Geçici Önlemler, Tedbir Nafakası, Ailenin Korunması, Çocuğun Korunması.

Abstract:

As one of the legal ways to end a marriage, a divorce terminates the marital relationship via court process. However, it can only be granted, when one of the grounds for divorce prescribed in the Turkish Civil Code (TCC) numbered 4721 is justified. Thus, it would have its effect when the verdict of divorce is finalised. This means that spouses would still be bound by the marriage, until the verdict is finalised. Therefore, spouses' family law duties towards each other and the children continue while proceedings pending, although they are entitled to live separately. As this would likely impact their marital relationship, there might be some matters, such as child support, requiring further arrangements by the spouses. If spouses cannot agree on such matters, the judge will have a say on those matters as per article 169, TCC. This article explicitly empowers the judge, *ex officio*, to take all necessary interim measures concerning marital relationship during the proceedings of divorce and separation. However, it does not specify the types of measures to be taken. It only states that a judge might take measures concerning the matters of child maintenance and support, family domicile and spouse support. Hence, types of the measures that could be taken have been formed mostly through the case law and the application of the rules on arrangement of marital relationship (articles 195-201, TCC) by analogy. This work, therefore, aims to materialise interim measures to be taken by a judge as per article 169 during divorce proceedings.

Keywords:

Divorce, Interim Measures, Alimony Pendente Lite, Protection of Family, Child Support.

I. GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)¹ uyarınca, geçerli olarak kurulmuş olan bir evliliğin sona ermesi, eşlerden birinin ölümü, boşanma ya da eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi neticesinde mahkeme kararıyla evliliğin feshedilmesi ile olur. Boşanma, geçerli olarak kurulmuş bir evlilikte eşlerin evliliğin sona ermesine ilişkin olarak kanunda sayılmış sebeplerden birine dayanarak ve dava yoluyla ortaya koydukları irade neticesinde verilen mahkeme kararıyla evlilik birliğinin sona ermesidir.² Boşanmaya imkan veren bu sebepler TMK madde (md) 161-166 arasında düzenlenmiş olup çoğunlukla boşanmanın genel ve özel sebepleri şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır.³ Bu doğrultuda, boşanmanın özel sebepleri zina, hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış, küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı olarak belirlenmiştir. Bu hükümlerin hemen akabinde ise TMK md.166'da boşanmanın genel sebebi olan evlilik birliğinin temelinden sarsılma-

¹ Resmi Gazete, 08.12.2001 Tarih, 24607 Sayı.

² DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt I. Aile Hukuku**, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 104.

³ TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 250.

sı sebebi düzenlenmiştir. Bu sebeplerden birinin gerçekleşmiş olması haklı olan eşe mahkemeye başvurarak boşanmayı talep etme hakkını verir.⁴ Bununla birlikte evlilik ancak, yapılan bu yargılama neticesinde verilen boşanma kararının kesinleşmesiyle sona erer. Yani, boşanma davasının açılması evlilik birliğini doğrudan sona erdirmez. Bunun doğal bir sonucu olarak da boşanma davası devam ederken eşlerin birbirlerine karşı olan yükümlülükleri devam etmekle birlikte eşler artık ayrı yaşama hakkı kazandığı⁵ için davanın açılmış olması eşlerin arasındaki fiili ve hukuki durumda (örn. birlikte yaşam) değişiklikler meydana getirir. Bu gibi değişiklikler ise verilecek karar ne olursa olsun yargılama süreci devam ederken eşler arasında meydana gelebilecek olası uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği sorusunu gündeme getirir. Örneğin, ortak konutta kalmaya kim devam edecektir? Ya da eşler arasındaki mali ilişkiler nasıl düzenlenecektir? Bu ve benzeri soruların cevabını TMK md.169 vermektedir. Bu maddeye göre: *“Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakımı ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re’sen alır.”* Bu hüküm, hâkime takdir yetkisi tanıyarak bu durumların çözüme kavuşturulması için hâkimin geçici önlem olarak re’sen müdahalesini mümkün kılmıştır. O halde davanın açılmasıyla birlikte hakimin ilk yapacağı şey, dava süresince eşlerin mali ve kişisel haklarının korunması ve evlilik birliğinin devamının sağlanması için bir önlem alınmasına gerek olup olmadığına bakmaktır.⁶ Bu yönde bir önlem alınmasının gerekli olması halinde hâkim öncelikli olarak eşlerin alınacak önleme ilişkin bir fikir birliği içinde olup olmadığını dikkate almalıdır. Tarafları dinleyerek önlemin gerekliliği ve şekline karar verecek olan hâkim, onların alınacak önleme ilişkin uzlaşmalarını da isteyebilir.⁷ Bununla birlikte taraflar hâkimin müdahalesinden önce de anlaşma sağlamış olabilirler. Böyle bir durumda hâkimin eşlerin anlaşmasına öncelik vermesi gerekmektedir.

⁴ Bunların dışında eşlerin, birlikte anlaşarak boşanmayı talep etmeleri de mümkündür. Anlaşmalı boşanma ilişkin hükümler md.166/III’te düzenlenmiştir.

⁵ ERDEM, Mehmet, **Aile Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 153.

⁶ TMK md.169’a uyarınca alınacak geçici önlemler TMK md.195-201 arasında düzenlenen evlilik birliğinin korunmasına ilişkin alınan önlemlerin aksine evlilik birliğinin korunması ve kurtarılması amacı taşımaz. Bu önlemler birliğin dava süresince devamını sağlamak ve evlilik birliğindeki kişilerin (eşlerin ve çocukların) kişisel ve mali haklarının korunmasını sağlamaktır. ÖZTAN, Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, ss. 328 ve 333.

⁷ TMK md.195-201 arasında düzenlenen ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler hâkime öncelikli tarafların uzlaştırılması görevini yükler. Bu hükümlerin kıyasen TMK md.169 uyarınca alınacak geçici önlemlere uygulanması ile hâkimin öncelikle tarafların uzlaşmasına yönelik adım atması yerinde olacaktır. ÖZTAN, s. 331; ÖZUĞUR, Ali İhsan, **Gerekeçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Nafaka Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 30.

birlikte, önüne gelen davada tarafların anlaşığından farklı bir önlem alınması gerektiği kanaatine varması halinde eşlerin anlaşıklarından farklı bir karar alması da mümkündür.⁸ Fakat hâkimin buradaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Bu yetkinin sınırlarını evlilik birliğinin korunması ve dava boyunca sürdürülmesi, çocuğun ya da eşin üstün yararı gibi kriterler oluşturur.

Bunun yanısıra, maddeden de açıkça anlaşıldığı üzere alınabilecek bu geçici tedbirlerin sadece boşanma davası sırasında değil de ayrılık davası açılması halinde de alınabileceğinin üzerinde durmak gerekir. TMK md.167’de açıkça belirtildiği gibi boşanma sebeplerinden birinin gerçekleşmesi halinde davayı açmakta haklı olan eş boşanma yerine ayrılık davası açabilir. Ayrılık kararı, boşanma kararının aksine “*evlilik birliğini sona erdirmeden, mahkeme kararı ile ortak hayata belirli bir süre ara verilmesi*” sonucunu doğurur. Bu sebeple ortak hayatın tekrar kurulmasının mümkün olduğu durumlarda davayı açmakta haklı olan eş, ayrılık kararının verilmesi talebiyle mahkemeye başvurabilir. Bununla birlikte, boşanma talebiyle açılmış ama hâkimin yapılan yargılama sonunda ortak hayatın yeniden kurulabileceğine ilişkin kanaatinin oluştuğu hal-lerde de ayrılık kararına hükmetmesi mümkündür.¹⁰ TMK md.171/III uyarınca, bir yıldan üç yıla kadar bir süre için verilebilen ayrılık kararı neticesinde evlilik birliğinin devam etmesi, fakat ortak hayata ara verilmesi karşısında evlilik birliğinin devamı için bir takım önlemlerin alınması gerekeceği açıktır. Dolayısıyla, md.169 hâkime, ayrılık davası devam ederken de evlilik birliğinin devamı söz-konusu olduğu için gerekli geçici önlemleri alma yetkisi tanınmıştır.

Bu açıklamalardan sonra, TMK md.169’a dönersek, maddenin lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, boşanma veya ayrılık davası devam ederken alınabilecek geçici önlemler hâkim tarafından ve bir talebe gerek olmadan alınabilir.¹¹

⁸ Öyle ki tarafların anlaşmaları halinde boşanmalarını düzenleyen TMK md.166/III. fıkrada 2 ve 3. cümleleri “*Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir şeklindedir*”. Bu konuda AKIN-TÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, **Aile Hukuku (İkinci Cilt)**, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, ss. 271-272.

⁹ ERDEM, s. 159, dn. 258.

¹⁰ TMK md.170.

¹¹ Bu önlemler, baskın görüşe göre aile hukukuna özgü tedbir niteliğindedir. ERİŞİR, Evrim, **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 67. “*Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin alınan önlemlerin niteliği, ihtiyatî tedbir olmamakla birlikte, bu önlemleri “aile hukukuna özgü geçici hukukî koruma” olarak adlandırmak mümkündür.*” Ayrıca, hakime verilmiş olan re’sen karar alma yetkisi sebebiyle delillerin toplanması açısından da re’sen araştırma ilkesinin uygulanması gerekir. Bakınız: TAHİROĞLU, Fatih “Die Sammlung von Tatsachen

Genel olarak aile hukuku uyuşmazlıklarında hâkime tanınmış olan geniş takdir yetkisi¹² bu hükümden açıkça anlaşıldığı gibi hâkimin bu takdir yetkisinin sınırları çizilmemiştir. O halde hâkim, maddede belirtilmiş olan ve genel olarak yargılama sürecinde eşler arasında meydana gelebilecek hususlara ilişkin olarak uygun gördüğü çeşitli önlemleri alabilir. Hâkime alınabilecek bu önlemleri belirleme konusunda tanınan takdir yetkisi boşanma veya ayrılık davalarının devamı süresince devam eden evlilik birliğinin yeni duruma uydurulması açısından çok önemli ve isabetlidir. Hâkim, eşlerin birbiri ve çocuklarıyla olan ilişkilerinin düzenlenmesi ve sağlıklı bir şekilde devam ettirebilmesi için her bir somut uyuşmazlık için gerekli gördüğü önlemleri alabilecektir. Öyle ki, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün verilerine göre boşanma davalarının karara çıkabilmesi için gerekli ortalama süre aile mahkemeleri özelinde 2021 yılı için 196 gün olarak belirlenmiştir.¹³ Aynı veriler, hukuk mahkemelerinde açılan davaların türlerine göre sıralandığında boşanma davalarının %10.9'lük bir oranla üçüncü sırada yer aldığını göstermektedir.¹⁴ Bu veriler, boşanma davalarının devamı süresince alınacak tedbirlerin önemine işaret etmektedir. Uzun süren yargılama süreci eşler arasında sona ermeyen fakat fiili ya da hukuki değişikliğe uğrayan evlilik birliğinin bu değişikliklere uygun şekilde devam ettirebilmesi ihtiyacını daha da ortaya koyar. Eşlerin fikir birliğinde olmadığı konularda da TMK md.169 uyarınca hâkimin takdir yetkisi neticesinde müdahalesi mümkün olacaktır. Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere hâkim, eşlerin barınması, geçimi, mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin alınmasını gerekli gördüğü geçici önlemleri alacaktır. Bu önlemler ise somut olarak ortak konutta hangi eşin kalacağını belirlenmesi, çocukların bakımının nasıl sağlanacağını ya da eşin diğer eşin geçimine ne derece katkıda bulunacağını belirlenmesi gibi şekillerde karşımıza çıkar.

und Beweismitteln in Verfahren der während des Scheidungsprozesses zu treffenden vorsorglichen Maßnahmen", **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 4, S. 1. AKINTÜRK / ATEŞ, s. 283; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 135; HATEMİ, Hüseyin, **Aile Hukuku**, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 129; TEKİNAY, s. 252; ERDEM, s. 153.

¹² DURAL, Mustafa / SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 72-73; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 136; HATEMİ, s. 136; TEKİNAY, s. 250-251; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 283.

¹³ <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>, s. 42, tablo 3.4. Bu süre yıl bazında belirlenmiş olduğu için davalarda celselerin görülme sıklığı ve mahkemelerin dosya yükü düşünüldüğünde boşanma davalarının karara bağlanması için geçen sürenin toplamda uzun yıllara yayılmış olduğu sonucunu işaret ettiği açıktır.

¹⁴ <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>, s.149, tablo 3.1.1.

Bu genel başlıklar altında sıralanmış olan tedbirler hâkimin önüne gelen uyumsuzluğa göre ve takdir yetkisi doğrultusunda somutlaşacağına göre bu tedbirlerin uygulamada ne şekilde olduğunun belirlenmesi önem taşır. Bu husus özellikle doktrinde tedbir nafakası olarak adlandırılan¹⁵ ve dava sürecinde¹⁶ bir eşin diğerine ya da çocuğa mali katkı sağlaması şeklinde somutlaşan bu geçici önleme ilişkin hüküm ve özelliklerin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) ‘nun kararına göre “(...) *tedbir nafakası talebe bağlı olmaksızın (resen) takdir edilir ve geçici önlem olarak davanın başından itibaren, karar kesinleşene kadar hüküm altına alınır.*”¹⁷ Aynı şekilde, dava süresince ortak konutta kimin oturacağı sorusu da sıklıkla gündeme gelmektedir. Tüm bunlardan hareketle bu çalışma, TMK md.169’da örnek kabilinden belirtilen ve hâkime tanınan geniş takdir yetkisi kapsamında somut olayın özelliklerine göre değişik şekillerde ortaya çıkabilecek bu geçici önlemlerin verilen yargı kararları ışığında incelenmesi ve belirlenmesini amaçlamaktadır. Bu doğrultuda alınabilecek geçici önlemler ayrı başlıklar halinde ve madde içeriğinde belirlendiği şekilde sınıflandırılarak; eşlerin barınmasına, eşlerin geçim ve mallarının yönetimine ve son olarak da çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemler olmak üzere incelenecektir. Bu incelemede ayrılık veya boşanma davası ayrı olarak değerlendirilmeyecek olup farklı önlemlerin alınması ya da özelliklerin olması halinde bu ayrımın üstünde durulacaktır.

II. EŞLERİN BARINMASINA İLİŞKİN ÖNLEMLER

Boşanma veya ayrılık davasının açılmasıyla birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkı doğduğuna göre, yargılama sürecinde eşlerin barınmasına ilişkin hususların eğer ki taraflar arasında bir anlaşma yok ise, TMK md.169 gereğince hâkimin müdahalesiyle düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkar. Bu önlem, ortak konut varsa bu konutun kime tahsis edileceğinin hâkim tarafından re’sen belirlenmesidir.¹⁸ Hâkim bu belirlemeyi yaparken eşlerin ve varsa çocukların durum ve şartlarını re’sen araştırır ve onların menfaatlerini göz önüne alarak karar verir. Ortak konutun mülkiyetinin eşlerden birine ait olmasının ya da kiralık ise kira

¹⁵ ÖZTAN, s. 747; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 135; AKINTÜRK / ATEŞ, ss. 284-285; GENÇCAN Ömer Uğur, **Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 852.

¹⁶ TMK’ya göre tedbir nafakasına ya eşlerin birlikte veya ayrı yaşadığı hallerde (TMK md.196, 197) ya da makalenin de konusunu oluşturduğu üzere boşanma veya ayrılık davası açılması halinde dava sürerken (TMK md.169) hükmedilebilir. GENÇCAN, s. 852.

¹⁷ YHGK, 04.04.2018 T, 2017/2-1579 E, 2018/673 K.

¹⁸ Yargıtay 2. HD., 10.05.2007 T, 2006/19150 E, 2007/7775 K: “Boşanma davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince eşlerin barınmalarına ilişkin olarak geçici önlemleri kendiliğinden alır.”

sözleşmesinin kimin adına olduğunun bu kararın verilmesinde hiçbir önemi yoktur. Burada önemli olan davanın devamı süresince barınma ihtiyacı olan eşin bu ihtiyacının karşılanmasıdır. Bu sebeptendir ki hâkim, sosyal ve ekonomik durum incelemesi yapmalıdır. Hâkim bu hususta karar verirken davanın kimin tarafından açıldığına bakamayacağı gibi eşlerin kusuruna ilişkin delilleri dikkate alamaz. Kaldı ki yargılama hala devam ettiği için eşlerin kusuruna ilişkin kesin bir hüküm de sözkonusu değildir. Burada alınacak önlem barınma ihtiyacı olan eşin bu ihtiyacının giderilmesine yöneliktir. Yapılan inceleme sonucunda hangi eşin barınma ihtiyacı içinde olduğu tespit edilmeli ve konut ona tahsis edilmelidir. Bu tahsis konutun tamamının tahsisi şeklinde olabileceği gibi, konutun bir bölümünün tahsisi şeklinde de olabilir.¹⁹ Hatta hâkim, gerekli gördüğü takdirde ortak konutun tahsisinin yanında eşlerin dağ evi, yazlık evi gibi oturulabilir diğer konutlarının da tahsisine veya kullanımına ilişkin karar alabilir.²⁰

Fakat eşlerin barınmasına ilişkin alınabilecek önlemler konut tahsisiyle sınırlı değildir. Somut olaydaki durum ve şartlar konut tahsisiyle birlikte bir takım ek geçici önlemlerin alınmasını gerektirebilir. Örneğin, ortak konutun kiralanmış olması halinde eğer ki konut kiracı olmayan eşe tahsis edildiyse, kira bedelinin ya da diğer sabit giderlerin kimin tarafından ödeneceğinin belirlenmesi de gerekir. Her ne kadar kiracı olan eşin bu giderleri karşılaması sıklıkla karşılaşılan bir önlem olacaksa da hâkim bu kararı her somut olay özelinde değerlendirmeli ve vermelidir. Öyle ki ortak konutun kiracısı olan eş çalışmıyor ya da çalışmıyor ve konut çalışan diğer eşe bırakılmışsa kira bedeli ve sabit giderlerin konutun tahsis edildiği eş tarafından ödenmesi hakkaniyete daha uygun bir karar olacaktır.²¹ Yine, ortak konutun bir bölümünün tahsisi şeklinde bir karar verilmesi de konutun kalan kısımlarının nasıl kullanılacağına ilişkin ek önlemler alınması gerektirebilir. Hatta bizce bu ek önlemlerin alınması ve açıkça kararda belirtilmesi bir zorunluluk arz eder. Çünkü, ancak bu şekilde, eşler arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçilebilecek ve hem evlilik birliğinin devamı sağlanacak hem de eş ve çocukların menfaati korunacaktır.

Bu noktada ortak konutun bir eşe tahsisiyle birlikte yine bir geçici önlem olarak konutun tapu kütüğündeki sayfasına aile konutu şerhinin işlenmesi kararının alınıp

¹⁹ Yargıtay 2. HD., 15.01.2014 T, 2013/25697 E, 2014/536 K: “Mahkemece boşanma kararıyla birlikte Ümraniye’deki müşterek konutun ‘bir odası hariç davacıya ve çocuklarına tahsis edilmesine karar verilmiştir.”

²⁰ TUTUMLU, Mehmet Akif, **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku**, C. 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 1160.

²¹ KURT, Ekrem, “Boşanma Davasında Hakimin Alacağı Geçici Önlemler (md.169)”, **Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013 S. 1, s. 99.

alınmayacağı üzerinde durmak da gerekir. Öyle ki, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında “(...) boşanma davası açılınca hakimin davanın devamı süresince gerekli olan özellikle eşlerin barınmasına ilişkin geçici önlemleri re’sen alabileceğinden (TMK m.169) 22.3.2011 günlü ara kararı ile konulan aile konutu şerhinin tedbir niteliğinde (...)” olduğuna karar vermiş ve bu şerhin boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte kaldırılması gerektiğine hükmetmiştir.²² Aynı şekilde Gençcan, eşlerden birine ait olan konutun diğer eşe tahsis edilmesi halinde hâkimin bir önlem olarak aile konutu şerhi kararı alıp, eşin tasarruf yetkisini kısıtlayabileceğini söyler.²³ Aile konutu şerhi, TMK md.194/III’te “(a)ile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili şerhin verilmesini isteyebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Şerhin hükmü, malik olan eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlamasıdır.²⁴ Bu şerhin koyulması evlilik birliğinin devamı boyunca istenebilir.²⁵ Malik olmayan eşin, mahkeme kararına ya da diğer eşin rızasına ihtiyaç duymadan ilgili belgelerle ilgili tapu müdürlüğüne başvurması yeterlidir. Buradan hareketle boşanma davasının açılmış olması evlilik birliğini sona erdirmeyeceğine göre, yargılama sürerken malik olmayan eşin aile konutu şerhinin tapu kütüğüne işlenmesini talep edebileceği sonucuna varmak gerekir. Diğer eşin rızası ya da mahkeme kararı olmadan yapılabilecek bir talep olduğu için de, kanımızca aile konutu şerhinin verilmesini TMK md.169 anlamında hâkimin alabileceği geçici önlem olarak saymak pek de isabetli olmaz.²⁶ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki hâkim gerekli gördüğü hallerde eşin tasarruf yetkisini kısıtlayıcı başka önlemler alabilir.²⁷

Ortak konutun ihtiyaç sahibi eşe tahsisinin yanında, bu başlık kapsamında hâkimin müdahalesini gerektirebilecek diğer bir husus, ev eşyasının ya da ortak eşyaların tahsisi sorunudur. Öyle ki, eşlerin evlilik birliği içinde ya da daha önceden sahip olduğu veya ortak kullandığı eşyalar olabilir. Hayatın olağan akışına uygun olan konutun tahsis edildiği eşin konuttaki eşyaları kullanması olması ol-

²² Yargıtay 2. HD., 26.12.2012 T., 2012/12178 E, 2012/31780 K.

²³ GENÇCAN, s. 845.

²⁴ Aile konutu şerhinin esas fonksiyonu aile konutunun maliki eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanarak malik olmayan eşin korunmasıdır. ERDEM, s. 230 vd. Detaylı inceleme için bakınız ÇABRİ, Sezer, “Aile Konutu Şerhi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, 2007; GENÇ, Berrak, “Ensuring The Protection on Matrimonial Home: Should The Principles Established under English Law be Introduced into Turkish Law?”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 28, S. 3.

²⁵ Yargıtay 2 HD., 29.04.2010 T, 2009/19307 E, 2010/8577 K: “(...) aile konutu şerhi konulması evliliğin devamı süresinde her zaman istenebilir.”

²⁶ Aynı yönde, TUTUMLU, s. 1160.

²⁷ Örneğin belirli mal varlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlayabilir. Bakınız ss. 10-11. Ayrıca ÖZTAN, ss. 381-390.

makla birlikte, bazı hallerde belirli eşyaların tahsisi sorunu gündeme gelebilir. Örneğin ortak konutun erkek eşe tahsis edilmesi halinde evde terzilik yapan bir kadının sahip olduğu dikiş makinesinin ya da ortak konut kendisine tahsis edilmeyen evden çalışan yazılımcı eşin kullandığı sunucuların kim tarafından kullanılacağı gibi. Her ne kadar normal olan ilgili eşyaların işini devam ettirebilmesi için ihtiyacı olan eşe tahsis edilmesi olsa da, bu husus eşlerin çatışma yaşamaması halinde hâkimin müdahalesini gerektiren ve TMK md.169 anlamında bir önlem alınmasını gerektirebilir. İşte böyle bir durumda hakimin yapacağı şey, gerekli araştırmayı yapıp eşyanın/eşyaların ihtiyacı olan eşe tahsis etmektir.²⁸ Bu noktada belirtmek gerekir ki, TMK md.169 boşanma davası devam ederken alınabilecek geçici önlemleri düzenlemiş olduğuna göre eşyanın ya da ortak konutun kişisel mal ya da edinilmiş mal olup olmadığı ortak konutun ya da eşyanın tahsisinde dikkate alınmaz.²⁹ Bu hususlar boşanma kararının verilmesiyle birlikte mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınır. Hâkimin TMK md.169 uyarınca eşlerin barınmasına ilişkin olarak alabileceği tüm bu önlemler sadece dava süresince geçerli olacak geçici bir önlem niteliğinde olup evlilik birliğinin oluşan yeni duruma uydurulması ve devamının sağlanması ile eşlerin ve çocukların menfaatinin korunmasını amaçlar. Ancak altını tekrar çizmek gerekir ki, alınan önlemlerin bu amacı tam olarak yerine getirebilmesi, somut olayın detaylı bir şekilde değerlendirilip olası uyuşmazlıkların hepsine yönelik olarak ve gerekirse ek önlemlerle birlikte alınmasıyla mümkün olabilir. Bununla birlikte alınacak önlemlerin kararda açıkça belirtilmesi de olması muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmesi ve önlemlerin amacını tam olarak yerine getirebilmesi açısından önemlidir.

III. EŞLERİN GEÇİMİNE VE MALLARININ YÖNETİMİNE İLİŞKİN ÖNLEMLER

A. Eşlerin Geçimine İlişkin Önlemler: Tedbir Nafakası

1. Genel Olarak

Boşanma veya ayrılık davasının açılmış olması, eşlere TMK md.186/III ile yüklenen, evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Zira, evlilik birliği boşanma kararının kesinleşmesine kadar devam eder. Bununla birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkının olması bu yükümlü-

²⁸ TEKİNAY, eşyanın tahsis önlemini yerine getirmeyen eşe ilişkin olarak bir yaptırım öngörülebileceği, hatta bunun hükmedilen nafaka miktarının azaltılması ya da artırılması şeklinde olabileceğini belirtir. TEKİNAY, s. 253.

²⁹ Aynı doğrultuda, eşyanın hangi eşin mülkiyetinde olduğunun alınacak önlem bakımından bir önemi yoktur. AKINTÜRK / ATEŞ, s. 283.

lükler anlamında yeni düzenlemelerin yapılmasını gerektirebilir. Bu da genellikle ihtiyacı olan eşin geçimisine yönelik bir düzenleme yapılması şeklinde olur. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi dava süresince, yani evlilik birliği devam ederken, geçimini sağlamak için katkıya ihtiyaç duyan eşin bu ihtiyacının karşılanması, doktrinde tedbir nafakası olarak adlandırılan bu geçici önlem ile sağlanır.³⁰ Bununla birlikte bu önlem sadece eşler açısından gündeme gelmez. İhtiyacın varlığı halinde çocuklar için de ayrı şekilde hükmedilir.

İhtiyacı olan eş ve çocuk lehine hükmedilen tedbir nafakasını genel olarak değerlendirildiğimizde, öncelikli olarak söylenmesi gereken şey tedbir nafakasına hâkim tarafından re'sen karar verileceğidir. TMK md.169 kapsamında alınabilecek diğer tüm geçici önlemler açısından olduğu gibi burada da hâkimden beklenen önüne gelen uyumsuzlukta tedbir nafakası ihtiyacının doğmuş olup olmadığı ve ardından sağlanacak olan katkının miktarının belirlenmesidir.³¹ Fakat bu, hâkimin önüne gelen her davada zorunlu olarak bir eş lehine tedbir nafakasına hükmetmesi gerektiği anlamına gelmez. Hâkimin görevi, gerekli araştırmayı yapıp eşlerden birinin evlilik birliğinin devamı boyunca sahip olduğu durumunun korunması için diğer eşin maddi katkısına ihtiyacı olup olmadığını belirlemektir. Yani, tedbir nafakasının şartlarının oluşup oluşmadığına bakmalıdır. Kanunda tedbir nafakası ve hükümlerine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu kurum genel olarak, mahkeme kararları ışığında, genel hükümler ve diğer nafaka türlerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla şekillenmiştir. Bu doğrultuda tedbir nafakasına hükmedilebilmesi için gereken şartları genel olarak, açılmış bir boşanma ya da ayrılık davasının olması, eş lehine tedbir nafakasına hükmedilmesinin gerekli olması ve nafaka yükümlüsü eşin ekonomik gücünün bulunması olarak sayabiliriz.³² Eşlerin boşanma sebebindeki kusurları, davanın hangi eş tarafından açıldığı ya da tedbir nafakası ihtiyacı olan eşin davalı mı

³⁰ GENÇCAN, s. 852: “*Tedbir nafakası, doktrinde ifade edildiği üzere, TMK hükümlerine göre iki şekilde verilmektedir. İlk olarak, birlikte yaşamaya ara verilmesi nedeniyle ya da eşler birlikte yaşarken eşe verilen bağımsız tedbir nafakası (TMK m.196, 197) şeklinde verilmektedir. İkinci olarak ise, boşanma davası açılınca hâkimin, davanın devamı süresince geçici önlem olarak verdiği geçici tedbir nafakası (TMK m.169) şeklinde verilmektedir.*” Bunların yanında TMK md.158/II uyarınca evlenmenin butlanına ilişkin olarak açılan davada da tedbir nafakasına hükmedilebilir. BOZDAĞ, Gonca Gölüm, **Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2015, ss. 38-40.

³¹ Yargıtay HGK, 18.04.2018 T, 2017/2-1578 E, 2018/791 K: “*Tedbir nafakası, talebe bağlı olmaksızın (resen) takdir edilir ve geçici bir önlem olarak davanın başından itibaren karar kesinleşene kadar hüküm altına alınır.*” Yargıtay 2. HD., 08.12.2003 T, 2003/15200 E, 2003/ 16849 K: “*(...) istek olmasa bile davanın devamı süresince gerekli tedbirlerin davaya bakan hakim tarafından kendiliğinden (resen) alınması zorunludur. (M.K. 137) O halde dava tarihinden geçerli olmayan uzere, kadın yararına uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.*”

³² BAYRAM, Aziz Erman, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2019, S. 144.

davacı mı olduğu hâkim tarafından dikkate alınmaz. Öyle ki, eşlerin barınma ihtiyaçlarına ilişkin önlemlerin değerlendirilmesinde de belirtmiş olduğumuz gibi tedbir nafakasında da hâkimin araştırmasını yaptığı sırada taraflara atfedilen kusura ilişkin verilmiş bir karar da yoktur. Kaldı ki tedbir nafakasının amacı, ihtiyacı olan eşe dava süresince gerekli maddi katkının sağlanması olduğuna göre onun kusur durumunun bu katkının belirlenmesi açısından bir önemi olmadığı açıktır. TMK md.169'da da kusur bir şart olarak aranmamıştır. Dolayısıyla, Yargıtay kararlarında da açıkça ve istikrarlı bir şekilde belirtilmiş olduğu gibi kusur, tedbir nafakasının belirlenmesinde dikkate alınmaz.³³ Hâkimin kararı alırken dikkate alacağı şey kadın ya da erkeğin bu yönde bir maddi katkıya ihtiyaç duyup duymamasıdır.

2. Nafakanın Belirlenmesi

Nafakanın belirlenmesinde cevaplanması gereken ilk soru esin bu maddi desteğe ihtiyacı olup olmadığıdır. Peki bu ihtiyaç nasıl belirlenecektir? Bu noktada hakimin dikkate alacağı ilk şey, eşlerin ekonomik durumlarıdır. Tedbir nafakasıyla ulaşılmak istenen amaç, eşlerin *“birlikte yaşadıkları zamanda eşine sağladığı geçim şartlarını ayrı yaşama hallerinde de”*³⁴ sağlaması olduğuna göre, tedbir nafakasının gerekliliğinde dikkate alınacak ilk kriter de budur. O halde öncelikli olarak eşlerin boşanma davası açılmadan önceki yaşam standartları ve halihazırdaki ekonomik güçleri araştırılmalıdır. Hâkim bu araştırmaları önündeki davadaki somut veriler çerçevesinde yapar. Fakat genel olarak söylemek gerekirse, tarafların yaşam standartları ve evlilik birliği içinde sağlamış oldukları katkı dikkate alınarak zorunlu geçim giderleri; genel olarak emekleri karşılığında elde ettikleri gelirleri ve varsa sermayeleri karşılığı elde ettikleri gelirleriyle de ekonomik güçleri belirlenir. Bu çerçevede, somut olaya göre eşlerin kira ya da faiz gibi gelirleri de ekonomik durumlarının belirlenmesinde dikkate alınabilir.³⁵ Bu noktada eşlerin sahip oldukları

³³ Yargıtay HGK, 18.04.2018 T, 2017/2-1578E, 2018/791 K: *“Tedbir nafakası, talebe bağlı olmaksızın (resen) takdir edilir ve geçici bir önlem olarak davanın başından itibaren karar kesinleşene kadar hüküm altına alınır. Dolayısıyla tedbir nafakası takdirine ilişkin kararın, davanın açıldığı tarih itibarıyla tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına ilişkin araştırma sonuçlarının dosyaya gelişini takiben hemen verilmesi gerekir. Boşanma ve ayrılık davalarında, tarafların kusur durumu hiçbir şekilde tedbir nafakasının takdirine etkili bir unsur değildir. Kusurlu eş yararına dahi, bu tedbirlerin alınması mümkündür.”* Yargıtay HGK 16.03.2016 T, 2014/ 81021E, 2016/328 K: *“Bu aşamada tarafların kusur durumu belirlenmediğine göre verilecek kararda kusur bir ölçüt olarak alınmayacağı gibi, sonuçta nihai karar verilirken kusur durumunun belirlenmiş olması da tedbir nafakasının kaldırılmasını ya da ödemelerin geri istenmesini gerektirmez. Zira tarafların kuşur durumu hiçbir şekilde tedbir nafakasının takdirine etkili bir unsur değildir. Dahası Kanunda, hakimin geçici bir önlem olarak tedbir nafakasına hükmedebilmesi için, tarafların kusurlu olup olmamaları bir unsur olarak yer almamakta; hangisinin daha az ya da çok kusurlu olduğunun belirtilmesi yönünde bir koşul da öngörülmemektedir.”* Aynı yönde: Yargıtay HGK 02.11.2011 T, 2011/2-533E, 2011/670 K.

³⁴ Yargıtay 2. HD., 05.02.2013 T, 2013/522 E, 2013/1587 K.

³⁵ Eşlerin ekonomik güçlerinin belirlenmesiyle ilgili detaylı bilgi için bakınız: BAYRAM, s. 229 vd.

malvarlığı değerlerinin özünün bu hesaplama katılıp katılmayacağı sorusu gündeme gelir. Fakat bu sorunun kesin ve açık bir cevabı yoktur. Kişilerin malvarlığı değerlerini tüketmeleri onlardan beklenemeyeceği gibi, bazı hallerde bu malvarlığı değerlerinin özüne dokunmak da tedbir nafakası ile amaçlanan yarar ile nafaka yükümlüsüne yüklenen külfet arasında bir dengesizlik oluşturabilir. Miras yoluyla elde edilen bir taşınmazın olması ya da taşınmazın aile konutu olarak özgülmesi buna örnek olarak verilebilir.³⁶ Bununla birlikte somut olayda eşlerin hal ve şartları, maliki olduğu malvarlığı değerlerinin özünün de dikkate alınmasını gerektirebilir. Öyle ki, eşlerden hiçbirinin gelirinin olmaması, fakat bir eşin malvarlığı değerinin olması halinde hâkim, malvarlığını dikkate alarak diğer eş lehine tedbir nafakasına hükmedebilir. 1966 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında “(z)orunlu askerlik görevini yaparken hiçbir geliri, paraya çevrilecek mali ve serveti bulunmayan koca; nafaka ile yükümlü değildir.”³⁷ şeklinde kurulmuş olan hüküm de buna işaret etmektedir. Fakat kanımızca malvarlığı değerlerine ancak hakkaniyet ve orantılılık el verdiği ölçüde ve istisnai durumlarda başvurulmalıdır. Kaldı ki, bahsi geçen kararda eşin zorunlu askerlik görevi yaptığı sırada nafaka yükümlüsü olup olmadığı değerlendirilmiştir. Böyle bir durumda eşin çalışması ve gelir elde etmesi mümkün olmadığından eşin malvarlığı ve servetinin araştırılmasına gidilmiştir. Dolayısıyla, hâkimin ekonomik durumun belirlenmesinde eşin çalışabilecek durumda olup olmadığını değerlendirmeden doğrudan malvarlığı değerlerini dikkate alması orantılı olmayacaktır. Bu sebeple de ekonomik durum belirlenirken malvarlığı değerlerinin dikkate alınmasının çok istisnai durumlarda olması gerektiğini düşünmekteyiz. Sonuç olarak hâkim, takdir yetkisi kapsamında ve her somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapmalıdır.

Tedbir nafakasının gerekliliğinin belirlenmesinin ardından, nafaka miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu ise, nafaka yükümlüsü eşin ekonomik durumuyla doğrudan ilintilidir. TMK md.186/III'e göre eşlerden birliğin giderlerine güçleri oranında katkı yapılması beklendiğine göre tedbir nafakasının belirlenmesinde de nafaka yükümlüsü eşin gücü oranında bir miktar belirlenir. Bu noktada TMK md.175'te düzenlenmiş olan ve boşanmanın fer'i sonucu olan yoksulluk nafakası hükümlerinden kıyasen yararlanılabilir. Yoksulluk nafakası kısaca, boşanma neticesinde yoksulluğa düşecek olan tarafa geçimi için maddi destek sağlanması anlamına gelir.³⁸ Yoksulluk nafakasına boşanma davasından sonra ve ancak talep üzerine ve ancak lehine nafaka hükmedilecek eşin diğer eşten daha ağır kusuru olmaması ha-

³⁶ BAYRAM, s. 231.

³⁷ YİBGK., 12.12.1966 T, 1966/5 E, 1966/11 K.

³⁸ ERDEM, s. 184; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 157 vd.

linde hükmedilir. Bu yönüyle de tedbir nafakasından çok farklı bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat, temelde bir eşin diğerine olan maddi katkısına ilişkin düzenlemeler olduğu için tedbir nafakası miktarının belirlenmesinde yoksulluk nafakası hüküm ve uygulamasından kıyasen yararlanılabilir. TMK md.175'e göre yoksulluk nafakasından üst sınır yükümlü eşin mali gücüdür.³⁹ Hatta, yükümlünün ödeme gücü olmaması halinde yoksulluk nafakasından hükmedilmez.⁴⁰

Buradan hareketle tedbir nafakasından da miktarın eşin mali gücüyle orantılı olması aranır. Dolayısıyla, dikkate alınacak olan eşin geliri ile zorunlu yaşam giderlerinin karşılaştırılmasıyla bulunan ödeme gücüdür ve bu her somut olaya göre değerlendirilmelidir.⁴¹ Peki, eşin bir geliri olmaması halinde nafakaya hükmedilecek midir? Hâkim burada öncelikle, eşin çalışma imkanının olup olmadığını değerlendirmelidir. Çünkü eş kendi isteğiyle çalışmamayı seçmiş ya da istediği zaman bir iş bulabilecek durumda olabilir. Bu husus hem nafaka yükümlüsü eşin hem de diğer eş lehine hükmedilecek nafaka miktarının belirlenmesinde dikkate alınır.⁴² Ancak, yükümlünün hiçbir gelirin olmaması ve dolayısıyla ödeme gücünün bulunmaması halinde onun aleyhine nafakaya hükmedilmemesi gerekir.⁴³ Bu, hem daha önce bahsetmiş olduğumuz 12.12.1996 tarih ve 5/11 sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı⁴⁴ hem de tedbir nafakasından amacı ve taraflara yüklenen külfet-yarar arasındaki orantılılık ve hakkaniyet dikkate alındığında varılması gereken sonuçtur. Bununla birlikte YHGK 2018 tarihli bir kararında,⁴⁵ kanımızca isabetli olmayan bir şekilde, "(...) erkeğin gelirin bulunmaması, kadının çalışıyor olması veya kusur durumu kadın yararına tedbir nafakasından hükmedilmesine engel teşkil eden vakıalar değildir." şeklinde hüküm kurmuştur.

³⁹ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 158; YİBGK., 12.12.1966 T., 1966/5 E, 1966/11 K.

⁴⁰ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 158; YİBGK., 12.12.1966 T., 1966/5 E, 1966/11 K.

⁴¹ BAYRAM, s. 288.

⁴² Yargıtay 2. HD, 07.11.2005 T, 2005/12862 E, 2005/15091 K: "*Davacı eş (kadın) fizyoterapist olarak çalışmakta olup, düzenli bir gelire sahiptir. Kadın için tedbir nafakası takdiri doğru görülmüştür.*"

⁴³ ERDEM, s. 156.

⁴⁴ Bakınız s. 10. Ayrıca Yargıtay 2. HD, 06.01.2012 T, 2012/7715 E, 2012/26301 K: "*Er olarak askerlik görevini yapanların askerlikleri süresince iyesinin Devlet tarafından karşılandığı, bu durumda olanların askerlik hizmeti süresince nafaka ile sorumlu tutulamayacağı (Yargıtay'ın 12.12.1996 tarihli 5/11 sayılı İBK) gözetilmeden; davacı yararına dava tarihinden geçerli olacak şekilde tedbir nafakası takdir edilmesi de doğru bulunmamıştır.*"

⁴⁵ Yargıtay HGK, 25.10.2018 T, 2017/2-1891 E, 2018/1577 K: "*Karara konu uyumsuzlukta açılan boşanma davası görülürken md.169 uyarınca kadın eş lehine tedbir nafakası hükmedilmiş olup ardından bu karar daha sonraki celsede verilen ara karar ile nafaka yükümlüsü kocanın işsiz olup hiç bir gelirin olmadığı gerekçesiyle geçici olarak durdurulmuştur.*" Kararın detaylı incelemesi ve eleştirisi için, genel olarak bakınız: PEKMEZ, Cüneyt, "Tedbir Nafakasından İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi", **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 7, S. 1; BAYRAM.

Eşin gelirin olmaması onu nafaka yükümlülüğünden kurtarabilecekken, gelirin az olması tedbir nafakasına hükmedilmemesi sonucunu doğurmaz. Ancak bu husus nafaka miktarının takdirinde dikkate alınır.⁴⁶ Yine aynı şekilde eşlerin gelirlerinin benzer olması da tedbir nafakasına hükmedilmesini engellemez.⁴⁷ Bununla birlikte, eğer ki başkasıyla birlikte yaşayan bir eş var ise Yargıtay içtihatları doğrultusunda bu eş lehine tedbir nafakasına hükmedilemez.⁴⁸ Üzerinde durulması gereken diğer bir konu ise tedbir nafakasının ya da miktarının hâkimin takdirıyla değişen duruma uydurulup uydurulmamacıdır. Kanunda buna ilişkin de açık bir hüküm olmamakla birlikte burada geçici önlem olan tedbir nafakasının fonksiyonu ve yoksulluk nafakasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla bir sonuca varmak mümkündür. Yoksulluk nafakasını düzenleyen hükümler gereğince hâkim, talep olması halinde takdir ettiği nafaka miktarını tarafların değişen ekonomik durumuna göre azaltabilir ya da artırabilir.⁴⁹ Buradan hareketle tedbir nafakası açısından da bu hükmün kıyasen uygulanması mümkündür. Kaldı ki, yoksulluk nafakası hükümlerine gitmeden TMK md.169 ışığında da aynı sonuca varmak mümkündür. TMK md.169 hâkime boşanma davası esnasında sona ermeyen evlilik birliğinin ve tarafların menfaatinin korunması için re'sen geçici önlemler alma yetkisi tanımıştır. Boşanma davalarının uzun yıllar sürdüğü ve tarafların dava süresince ekonomik durumlarının değişebileceği göz önüne alındığında, tarafların menfaatleri ve hakkaniyet gerektirdiği ölçüde hâkimin tedbir nafakasının miktarını azaltması ya da arttırması mümkün olmalıdır.⁵⁰ Hatta hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, daha önce vermiş olduğu tedbir nafakası kararını sonraki ara kararıyla kaldırabilir.⁵¹

⁴⁶ Yargıtay HGK, 19.04.2006 T, 2006/2-137 E, 2006/211 K: “Kocanın gelirin az olması tedbir nafakası vermesine engel değildir. Kadın ev kadını olup, hiçbir geliri ve malı yoktur. Gelir azlığı ancak nafaka takdirinde dikkate alınabilir.”

⁴⁷ Yargıtay 2. HD, 27.09.2012 T, 2012/3310 E, 2012/22807 K.

⁴⁸ Yargıtay HGK, 18.04.2018 T, 2017/2-1578 E, 2018/791K: “Ayrıca belirtilmelidir ki, Yargıtay içtihatları ile bir başkası ile evlilik dışı birliktelik yaşayan eşe tedbir nafakası verilmeyeceği hususu benimsenmiştir.”; Yargıtay 2. HD, 14.01.2010 T., E. 2009/21018, 2010/526 K: “Davalı-davacının iâşesinin beraber yaşadığı şahıs tarafından karşılandığı gözetilmeksizin, davalı yararına tedbir nafakası takdir edilmesi de isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.”; Yargıtay 2. HD, 30.10.2008 T., 2008/15526 E, 2008/14287 K: “Davalının iki yıldır aynı evde bir başka erkekle fîilen evliymiş gibi beraber yaşamaktadır. Davalının barınma ihtiyacı ve iâşesi, birlikte yaşadığı şahıs tarafından karşılandığına göre Türk Medeni Kanunu’nda belirtilen “geçici önlemler” koşullarının oluşmadığı gibi, yoksulluk nafakası şartları da oluşmamıştır. O halde, davalının tedbir ve yoksulluk nafakası isteğinin reddi gerekir.”

⁴⁹ Md.176/II.

⁵⁰ BAYRAM, ss. 241-242; HAMZAÇEBİ, Mehmet, “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası (Düzenleniş Biçimi, Mukayesesi, Uygulamadaki Yeri ve Değeri)” **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2002, C. 10, S. 3-4, s. 29.

⁵¹ Örneğin, nafaka alacaklısı eşin çalışmaya başlaması halinde. ERDEM, s. 157.

Son olarak da tedbir nafakasının süresi ve ne zaman sona ereceğinden bahsetmek gerekir. TMK md.169’da belirtilen geçici tedbirlerin açıkça dava süresince geçerli olacağı düzenlendiğine göre, tedbir nafakası da boşanma davası devam ederken geçerli olur. Hükmünü davanın açıldığı tarihten itibaren doğuran tedbir nafakası,⁵² boşanma ya da ayrılık davası süresince her zaman talep edilebilmekle birlikte,⁵³ boşanma kararının kesinleşmesi veya davanın reddedilmesi halinde bu nafakanın sona erer.⁵⁴

B. Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Önlemler

Boşanma davasının açılması, md.169 uyarınca hakimin eşlerin mallarının yönetimine ve bu bağlamda mal rejimine ilişkin bir takım geçici önlemler alınmasını da gerektirebilir. Türk Medeni Kanunu’na göre edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olmakla birlikte⁵⁵ eşler yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle mal ortaklığı, mal ayrılığı veya paylaşımlı mal ayrılığını seçebilirler ya da kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde hâkim mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verebilir⁵⁶. Bu mal rejimlerinin özellikleri dikkate alındığında, hâkimin TMK md.169 anlamında müdahalesinin her mal rejimi için gerekli olmayacağını söylemek gerekir.⁵⁷ Öyle ki, taraflar mal ayrılığı rejimini seçmişlerse malların yönetimine ilişkin önlemin alınmasını gerektire-

⁵² DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 137. Fakat önceden feragat edilmiş fakat sonradan talep edilmiş bir tedbir nafakası talebi var ise ve bunun üzerine nafakaya hükmedilmişse nafakanın hükmü artık bu tarihten itibaren olacaktır. Yargıtay 2. HD., 07.04.2011 T, 2010/5305 E, 2011/6129 K: “Eşlerin birbirlerine ve çocuklarına karşı olan bakım, barınma, koruma ve gözetme yükümlülükleri sürekli yinelenen yükümlülüklerden olduğundan; önceden feragat edilmiş olsa bile tedbir nafakası sonradan yeniden istenebilir. Bu durumda tedbir nafakasına artık dava tarihinden değil, istem tarihinden geçerli olarak hükmolunabilir.”

⁵³ Yargıtay 2. HD., 12.11.2014 T., 2014/23674 E, 2014/22364 K: “Boşanma davasında, davalı 28.04.2009 tarihli duruşmada tedbir nafakası talep etmemiş, 12.11.2009 tarihli cevap dilekçesinde tedbir nafakası talebinde bulunmuştur. Tedbir nafakası niteliği itibarıyla her zaman talep edilebileceğinden davalı kadın ve müşterek çocuk için tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekir.” Yine hâkim, talep edilen tedbir nafakasına ara karar ile karar vermişse bu nafakanın tahsili için icra müdürlüğü vasıtası ile genel haciz yoluyla takip yapılabilir. HAMZAÇEBİ, s. 27.

⁵⁴ Yargıtay HGK, 18.04.2018 T, 2017/2-1578 E, 2018/791K. Bu noktada belirtilmelidir ki, davanın sona ermesiyle birlikte tedbir nafakası da ortadan kalkacağı için bu nafakanın boşanma kararının kesinleşmesiyle devamı mümkün olmayacağı için bu yönde alınan kararların uygulanması mümkün olmayacaktır. Yine aynı şekilde tedbir nafakasının yoksulluk nafakası olarak devamı da sözkonusu olamaz. Yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi bu iki nafakanın fonksiyonu açısından aynı amaca hizmet ettiği söylenebilir olmakla birlikte şartları bakımından birbirinden çok farklı kurumlardır. Ayrıca bakınız: KURT, s. 103; Yargıtay 2. HD, 13.12.2004 T, 2004/15425E, 2004/14977 K: “Takdir edilen tedbir nafakasının, boşanma davasının kesinleşme tarihi ile sınırlandırılması gerekirken, kesinleşmeden sonrada yazılı şekilde devamına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”

⁵⁵ Md.202.

⁵⁶ Md.206 vd.

⁵⁷ ERDEM, s. 136.

cek bir durumla karşılaşmaz. Ancak mal ortaklığı rejiminde eşler arasında malların yönetimine ilişkin hâkimin müdahalesini gerektirecek bir çatışma olabilir. Yine aynı şekilde yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde de hâkimin bu yetkisi kapsamında geçici önlemler alması gerekebilir. TMK md.223/I'e göre edinilmiş mallara katılma rejiminde “(h)er eş yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir.” Dolayısıyla, yönetim, yararlanma ve tasarruf hakları açısından eşler arasında çıkabilecek muhtemel bir uyuşmazlık olduğunda da hâkim gerekli gördüğü geçici önlem re’sen alabilmelidir. Bu önlem TMK md.206’da düzenlenmiş olan mevcut mal rejiminin geçici olarak mal ayrılığına dönüştürülmesi şeklinde olabilir. Her ne kadar bu maddeye göre hâkim, haklı bir sebep olması halinde ve talep üzerine mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verecek olsa da, TMK md.169 ile hâkime eşlerin mallarının yönetimine ilişkin geçici önlem alma yetkisi verildiği düşünüldüğünde, hakimin haklı bir sebep olması halinde TMK md.169 anlamında geçici tedbir olarak bu kararı re’sen alabileceği kanaatindeyiz.⁵⁸ Örneğin, TMK md.206/II b.3’te belirtildiği gibi “(d)iğer eşin, ortaklığın malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesi” halinde somut olayın şartları da gerekli kılıyorsa hâkim, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesi şeklinde bir geçici önlem alabilir. Ya da TMK md.199’un kıyasen uygulanmasıyla somut olayın haklı ve gerekli kıldığı ölçüde eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verilebilir.⁵⁹ Bu önlem, tasarruf yetkisinin mutlak olarak sınırlandırılması değil de ailenin ekonomik varlığının korunması amacını sağlayacak şekilde alınacak dar kapsamlı⁶⁰ bir önlemdir.⁶¹ Hâkimin burada alacağı önlem belirli malvarlığı değer veya değerlerine ilişkin olacaktır.⁶²

⁵⁸ GENÇCAN, s. 849; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ ise aynı önlemin md.197/II uyarınca birlikte haklı sebeple birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde de evlilik birliğinin korunması için re’sen ve gerekli görülen hallerde alınabileceğini söylemektedir. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 200.

⁵⁹ Genel olarak eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması konusunda, ÖKTEM, Seda, “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2006, C. 19, S. 67, 317-338.

⁶⁰ ÖZTAN, s. 368; ÖZÜĞÜR, Ali İhsan, *Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Nafaka Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 38. Malvarlığına ilişkin alınacak önlemin geniş olarak yorumlanabileceği hakkında, bakınız: GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (TMK 185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, ss. 172-173.

⁶¹ Bu sebeple de tasarruf yetkisi sınırlandırılması izne bağlı olarak yapılması gereken işlemin izin olmaması halinde askıda hükümsüz olması sonucunu doğurur. Geniş anlamda tasarruf yasağı ise yapılan işlemin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur. HAMAMCIOĞLU VARDAR, Gülşah, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 355 vd; Yargıtay 2. HD., 12.04.2012 T., 2011/2293 E, 2012/9437 K: “(...) Olayda tarafların uzun süreden beri fiilen ayrı yaşadıkları davalı kocanın mal varlığının bir kısmını elden çıkarma yönünde girişimlerde bulunduğu toplanan delillerden

Peki hâkim borçlulara ait önlem alabilir mi? Daha düzgün bir ifadeyle, TMK md.169 ile hâkime tanınan takdir yetkisi TMK md.198 ile hâkime tanınan borçlulara ait önlem alma yetkisini de kapsar mı? TMK md.198 hâkime, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümünü yerine getirmeyen esin borçlularına ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emretme yetkisini tanır. Bu hüküm evlilik birliğinin devamının sağlanması amacını taşır. Buna göre hâkim, alacaklı konumunda olan ve evlilik birliğinin giderlerine katılmayan esin borçlusuna, ödemeyi diğer eşe yapma talimatı verecektir. Boşanma veya ayrılık davası süresince evlilik birliği devam ettiğine göre, hâkimin böyle bir talimatı TMK md.169 anlamında da geçici önlem olarak verebileceğini söylemek gerekir.⁶³ Bununla birlikte, hükmün TMK md.169 anlamında nasıl uygulanacağını tartışılması gerekir. TMK md.198’de düzenlenen önlem evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümünü yerine getirmeyen eşe karşı diğer eşin talebi neticesinde alınacaktır.⁶⁴ Uygulamada eşin talebiyle⁶⁵, hâkimin diğer eşin giderlere katıl-

anlaşıldığına göre, davalının tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasında gereklilik bulunduğu gerçekleşmiştir. Ne var ki sınırlandırma ölçülü olmalıdır. Mahkemece davalıya ait dört parça taşınmaz ile araç üzerindeki tasarrufun sınırlandırılmasına karar verilmiştir. Bu mal varlığı değerlerinden 590 parsel numaralı olanı bahçeli kargir üç katlı altı daireden müteşekkil apartman olup, diğerleri ise Hendek’te tarla vasfında gayrimenkullerdir. Taşınmazların sayı ve nitelikleri dikkate alındığında sınırlandırma ile ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olanın üstünde ve ölçüsüz olduğu görülmektedir. Bu husus dikkate alınarak ölçülülük ilkesine uygun sınırlandırma yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”

⁶² Yargıtay 2. HD., 06.05.2014 T., 2014/2235 E, 2014/10433 K: “Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği mal varlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir (TMK md.199). Davacı, 03.05.2012 tarihli dava dilekçesinde tasarrufun sınırlandırılması istenen malvarlığını belirtmediği gibi mahkemece de bu konuda davacıdan bir açıklama istenmemiştir. Hangi malvarlıklarına ilişkin olduğu somut olarak gösterilmeksizin genel ve soyut nitelikte tasarruf yetkisi kısıtlanmasına gidilemez. O halde, mahkemece davacıya tasarruf yetkisinin sınırlandırılması istenen malvarlığı değerlerinin açıklanması ve bu açıklama üzerine bir karar verilmesi gerekirken, herhangi bir belirleme yapılmaksızın yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi yanlış olmuştur.”

⁶³ Yargıtay 2. HD 17.02.2010 T, 2009/22118 E, 2010/2791 K sayılı kararında hakimin md.198’de düzenlenen borçluya yönelik talimat verme önlemini eşlerin ayrı yaşamaları halinde alabileceğine hükmetmiştir. Madde metninde bu şekilde bir şart düzenlenmemiş olmasına rağmen borçluya talimat vermeye ilişkin bu önemi böyle bir şartla bağlanmış olması isabetli değildir. Bu sebeple Yargıtay’ın aksine, hakimin bu önemi eşlerin birlikte yaşarken de alabileceği kanaatindeyiz. Öyle ki, ilgili madde burada hakimin takdir yetkisini açıkça ve sadece eşlerden birinin birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesi şartına bağlamıştır. Karar hakkındaki detaylı inceleme ve eleştiri için, bakınız: BİRİNCİ UZUN, Tuba, “EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI İÇİN BORÇLULARA TALİMAT VERİLMESİ” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin Evlilik Birliğinin Korunması İçin Alınan Önlemlerden Borçlulara Talimat Verme Önlemine Başvurulabilmesi İçin Eşlerin Ayrı Yaşamaları Gerektiği Hakkındaki 17.2.2010 Tarihli ve E. 2009/22118 K. 2010/2791 Sayılı Kararının İncelenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 2016, C. 14, S. 163; ÖZTAN, s. 375. Bununla birlikte Yargıtay 3. HD, 2007 yılında vermiş olduğu kararında bu önlemin koşulların gerçekleşmiş olması halinde eşlerin birlikte ya da ayrı yaşamaları halinde alınabileceğine hükmetmiştir. Bakınız: Yargıtay 3. HD 18.10.2007 T, 2007/14193 E, 2007/14996 K, dn, 58.

⁶⁴ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, ss. 200-202; ERDEM, ss. 242-245; ÖZTAN ss. 372-380; GÜMÜŞ, ss. 180-186.

ma yükümünü yerine getirmediğine ilişkin kanaatinin üzerine borçluya yapılan talimat ile gerçekleşir. Bu talimat giderlere katılma yükümünü yerine getirmeyen işçi eşin ücretinin ya da kıymetli evraka bağlı alacağının diğer eşe ödenmesi şeklinde olabilir.⁶⁶ TMK md.169 ise hâkime gerekli önlemleri re'sen alma yetkisini verir. Bu doğrultuda hâkimin borçlulara ilişkin talimat verme önlemini re'sen alabileceği sonucuna varılabilecekse de, bu önlemin alınmasının eşin talebi ile olması uygulamada daha çok karşımıza çıkacak bir durum olmakla birlikte usul ekonomisi açısından da daha isabetli bir uygulama olacaktır.⁶⁷ Çünkü bu önlemin alınabilmesi için borçlusuna talimat verilecek eşin evlilik birliğinden doğan giderlere katılmadığının belirlenmesi gerekir. Fakat bu durum davanın başında gerçekleşmeyebilir, davanın seyriyle ortaya çıkabilir. Devam

⁶⁵ Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler TMK md.195 uyarınca eşlerden birinin talebi üzerine alınabileceğine göre borçlulara talimat verme kararının da esin talebiyle alınmasına ilişkin uygulama yerindedir. Bununla birlikte hakimin esin talebi olmadan da borçlulara talimat verebileceği de savunulmaktadır. ÖZTAN ss. 377-378.

⁶⁶ Öztan bu önlemin tekrar eden alacaklar nezdinde daha çok ücret alacağı bakımından uygulama alanı bulunduğunu, kira getirisi ya da ödünç verilen paranın faizine ilişkin talimatlara çok sık rastlanmadığını belirtmektedir. ÖZTAN s. 377. Ayrıca BİRİNCİ UZUN, ss 3740-3741; ÜRCAN, Gülümden, "TMK m.198 Uyarınca Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemin İş İlişğine Etkileri ve İşçi Alacakları", **Çalışma ve Toplum**, Y. 2022, C. 1, S. 2; Yargıtay 3. HD 18.10.2007 T, 2007/14193 E, 2007/14996 K: "Davacı dilekçesinde davalı ile 45 yıldır evli olduklarını, davalı eşin evine bakmadığını, elektrik ve su giderlerini ödemediğini, köy bakkalını kendisi ile alışveriş yapmaması konusunda uyardığını, kumar oynadığını ileri sürerek aylık 300 YTL nafakanın tahsilini istemiş, yargılamanın ikinci oturumunda ıslah ile davalının borçlularının ödemelerini kendisine yapması için önlem alınmasını istemiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne; davalının Bağ-Kur yaşlılık aylığından 200 YTL'nin davacı kadına ödemesine karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir. Taraflar uzun yıllardan beri aynı bahçe içerisinde ayrı evlerde yaşamaktadır. Davacı (ev hanımı) kadının ayrı yaşamakta haklı olduğu davacı eşin ileri sürdüğü gibi davalı kocanın evin giderlerine katılmadığı, köy bakkalını uyurarak eş ve çocuklarının alışveriş yapmasına engel olduğu ve kumar oynadığı tanıklarca ifade edilmektedir. MK'nun 198. maddesi uyarınca "Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmese, hakim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir". Anılan hüküm Medeni Kanun'un, aile birliğinin korunmasına ilişkin "Birliğin Korunması" başlığı altında düzenlenen önlemlerden biridir. Aile birliğinin korunmasına ilişkin bu önlemler (m.195-199); "eşler birlikte yaşarken ailenin geçimi için diğer eşin yapacağı parasal katkının belirlenmesi" (m.196) "ayrı yaşama halinde nafaka" (m.197) "eşlerden birinin borçlularına ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmasının emredilmesi" (m.198) ve "eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması" (m.199) dir. 1479 sayılı Kanun'un 67. maddesine göre bağlanacak aylıklar nafaka borçları nedeniyle haczedilebilir, devir ve temlik edilebilirler. Bu hükmeye göre, davalının Bağ-Kur'dan aldığı yaşlılık aylığını doğrudan diğer eşin almasına karar verilmesinde Bağ-Kur Yasası yönünden bir engel bulunmamaktadır. Bağ-Kur, MK'nun 198. maddesindeki "borçlular" terimi içinde yer almaz. Hakim anılan hüküm uyarınca koşulları gerçekleştiği takdirde; eşlerin birlikte yahut ayrı yaşaması halinde bu önlem alabilir."; Yargıtay 3. HD 18.10.2007 T, 2007/14193 E, 2007/14996 K: "Davalı kocanın sorumluluk sahibi olmadığı, kumar oynadığı, evine harcama yapmayan bir kişi olduğu, eş ve çocuklarının alışveriş yapmaması için talimat verdiği, telefon faturalarının ödenmemesi nedeniyle telefonun kesildiği ifade edilmektedir. Bu bakımdan MK'nun 198. maddesinin öngördüğü koşulların gerçekleştiği kabul edilebilir. Ancak, davalı eşin düzenli ve haczi kabul geliri bulunmaktadır. **Evlilik birliğinin nafakaya hükmedilmek suretiyle korunması (m.198) mümkündür. Bu gibi durumlarda, diğer eş için ağır neticeler doğuran; onun tasarruf selahiyetini sınırlayan yahut "kısıtlı" durumuna sokan bir önleme başvurulmamalıdır.**"

⁶⁷ Aksi yönde ÖZTAN, ss. 374-376.

eden bir davada hâkimin bu araştırmayı sürekli yapması da beklenemez. Bu sebeple hâkimin bu yönde alacağı bir önlemin esin talebi doğrultusunda yapılacağını söylemek yanlış olmaz. Son olarak, bu önlemin de diğer önlemler gibi geçici olduğunu ve şartların değişmesi halinde hâkimin gerekli değişikliği yapacağını ve hatta gerekirse talimatı sona erdireceğini söylemek gerekir.

IV. ÇOCUKLARIN BAKIM VE KORUNMASINA İLİŞKİN ÖNLEMLER

TMK md.169'a göre hâkimin boşanma veya ayrılık davası sırasında alabileceği geçici önlemlerden bir diğeri de çocukların bakım, korunma ve varsa mallarına ilişkin önlemlerdir. Evlilik birliğinin devam ettiği bu sürede eşlerin ayrı yaşama haklarının olması çocukların dava açılmadan önceki düzenlerinin değişmesi sonucunu doğurur. Bu değişikliklerin en önemlisi şüphesiz ki çocuk veya çocukların anne ve babasıyla birlikte değil de onlardan biriyle yaşayacak olmasıdır. Eşler arasında çocuğun kiminle kalacağına ilişkin bir anlaşma olması halinde bu anlaşma çocuğun da menfaatineyse bu karar uygulanır. Fakat bir karar alınmamış olması ya da tarafların anlaşamamış olması hâkimin müdahalesini gerektirir. İşte, TMK md.169 hâkime, tarafların talebine gerek olmadan çocuğun menfaatini göz ederek bu konuda re'sen geçici önlem alma yetkisini tanımıştır. Bu bağlamda alınacak olan önlem çocuk veya çocukların eşlerden hangisiyle yaşayacağına karar verilmesidir.⁶⁸ Bunun yanı sıra yine bu düzenlemeye ilişkin ek önlemler alınması gerekiyorsa (örneğin, çocukların yanında kalmadıkları eşle olan ilişkisinin düzenlenmesine ilişkin) bunlara da karar verilir. Önemle belirtilmelidir ki, hâkimin TMK md.169 doğrultusunda davanın devamı süresince çocuğun hangi eşle birlikte yaşacağına ilişkin olarak verdiği bu karar velayet kararı değildir. Velayet, ergin olmayan ve istisnai hallerde kısıtlı çocuğun bakım ve korunması için anne ve babanın onun kişilik ve malları üzerinde sahip oldukları yetki, görev ve hakların bütünüdür.⁶⁹ Kural olarak küçüğün velayeti anne ve babaya aittir.⁷⁰ Anne ve babası evli olan küçüğün velayeti de evlilik devam ettiği sürece ikisi tarafından birlikte kullanılır.⁷¹ Ancak evlilik birliği sona ermişse velayet de eşlerden birine verilir. Velayet hakkına sahip olmayan eş açısından da çocukla kişisel ilişkisinin düzenlenmesi yönünde karar verilir. Buradan hareketle, evlilik birliği devam ederken velayetin anne ve baba tarafın-

⁶⁸ Bu önlem kural olarak ergin olmamış çocuğa ilişkin olmakla birlikte, ergin olmuş ama velayet altına koyulmuş kısıtlılar ve evlat edinilen çocuklar için de geçerli olacaktır. ÖZTAN, s. 371.

⁶⁹ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 365; TEKİNAY, s. 483; ÖZTAN, s. 747.

⁷⁰ TMK md.335.

⁷¹ TMK md.336/1. Anne ve babası evli olmayan küçüğün velayeti ise TMK md.337 uyarınca anneye aittir.

dan birlikte kullanılması esas olduğuna göre, hâkimin boşanma davası devam ederken TMK md.169 uyarınca çocuğun kimin yanında kalacağına ilişkin aldığı karar velayete ilişkin bir düzenleme olmayıp, madde metninde de açıkça belirtildiği üzere evlilik birliğinin dava süresince korunması ve devamına yönelik alınan geçici bir önlemdir.⁷² Zira evlilik birliği halen devam etmektedir. Velayet ile ilgili düzenleme boşanma davasının sonuçlanmasıyla birlikte hüküm doğurur.

Hâkimin, boşanma davasının devamı boyunca çocuğun hangi eşle yaşayacağına ilişkin takdiri geçici bir önlem olarak velayetten farklı bir kurum olmakla birlikte, hâkimin bu kararı verirken velayet ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin genel hükümlerden yararlanması mümkündür. Bu karar verilirken hedeflenen amaç çocuğun menfaatinin korunması olduğuna göre, menfaatin belirlenmesi açısından TMK md.182'den yararlanılabilir. Bu maddeye göre çocuğun menfaati ana, baba ve mümkünse çocukla konuşularak ve onun bakım ve korunması dikkate alınarak belirlenir. O halde, davaya bakan hâkim mümkünse davanın hemen başında bir talebe gerek olmadan bu araştırmayı yapıp çocuğun dava süresince kiminle kalacağına karar vermelidir.

Bu kararın verilmesinden sonra ise çocuğun bakım ve korunması için çocuğa maddi bir katkı sağlanması gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelir. Bu aslında, çocuk lehine tedbir nafakası takdir edilmesi anlamına gelmektedir. TMK md.169'a göre alınacak tedbirlerin amacı, eş ve çocukların boşanma davasının açılmasından önceki fiili ve hukuki durumlarının ve yaşam standartlarının korunması olduğuna göre, ana ve babanın ayrı yaşıyor olması çocuğa anne ve baba tarafından sağlanması gereken ve sağlanan yaşam standardını olumsuz etkilememelidir. Zira eşlerin tüm bakım ve koruma yükümlülükleri devam eder. Bu sebeple de çocukla birlikte yaşamayan eşin, çocuğun bakım, korunması ve geçimine ilişkin yükümlülüğü doğrultusunda ona sağlayacağı maddi katkı yani tedbir nafakası belirlenmelidir. Bu önlem çocuğun korunmasına ilişkin olduğu ve yine re'sen alındığı için davanın açılmasıyla birlikte hâkim gerekli araştırmayı yaparak tedbir nafakasının gerekliliği ve miktarını belirler.⁷³ Bununla bir-

⁷² Aynı yönde, DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 137; ERDEM, s. 153; GENÇCAN, s. 908. Yargıtay da bir kararında her ne kadar velayet terimini kullanmış olsa da bunun bir önlem olduğunun altını çizmiştir. Yargıtay 2. HD, 30.03.2004 T, 2004/3064 E, 2004/4026 K: “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle boşanma davasının devamı süresince küçüğün velayet durumu Medeni Kanunun 169. maddesi kapsamında tedbir niteliğinde düzenlenmiş...”.

⁷³ Yargıtay 2. HD, 06.02.2017 T, 2015/22255 E, 2017/1040 K: “Ortak çocuklardan ...'nin, fiilen anne yanında kalmaya başladığı anlaşılmaktadır. Adı geçen çocuk için bu tarihten itibaren geçerli olmak üzere tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, tedbir nafakası hususunda karar verilmemesi bozmayı gerek-

likte çocuğun birlikte yaşadığı eş de tedbir nafakasına ilişkin talebini davanın devamı süresince her zaman ileri sürebilir.⁷⁴ Hâkimin nafakanın miktarının takdiri açısından değerlendireceği kriterler ise, TMK md.330 ışığında çocuğun ihtiyaçları, ana ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçleridir. Bununla birlikte eğer ki çocuğun bir geliri varsa bu da dikkate alınır.⁷⁵ Takdir edilen tedbir nafakası davanın açıldığı andan itibaren hüküm doğuracak olup⁷⁶ dava sonunda kararın kesinleşmesiyle sona erer. Boşanmanın hüküm doğurmasıyla birlikte ise çocuk ergin olmadıkça ya da ergin olsa bile eğitimi devam ediyorsa anne ve babanın çocuğa bakma ve koruma yükümlülüğü devam edeceğinden, çocuğun bu ihtiyaçlarının karşılanması için çocuk lehine iştirak nafakasına hükmedilebilir. Bundan hareketle doktrinde bazı yazarlar TMK md.169 uyarınca geçici önlem olarak çocuk lehine hükmedilen nafakayı da iştirak nafakası olarak nitelendirmektedir.⁷⁷ Bu iki nafakanın fonksiyonlarının aynı olması ve aynı kriterlerle takdir edildiği düşünüldüğünde tedbir nafakası yerine iştirak nafakası nitelendirmesinin yanlış olduğu söylenemez.⁷⁸ Fakat kanımızca boşanma davası süresince çocuk lehine takdir edilecek nafakanın tedbir, boşanma kararının kesinleşmesiyle verilecek nafakanın ise iştirak nafakası olarak adlandırılması daha yerinde olur. Öyle ki, tedbir nafakasının verilmiş olması doğrudan iştirak nafakasının verilecek olması anlamına gelmemektir. Boşanma kararının verildiği zaman daha önce nafaka ihtiyacı olan çocuk artık buna ihtiyaç duymayabilir ya da erginliği kazanmış olabilir.⁷⁹ Bununla birlikte TMK md.328/2'ye göre ihtiya-

tirmiştir.”) Yargıtay HGK, 31.01.2019 T, 2017/2-2444 E, 2019/51 K: “*Bu madde gereğince alınacak geçici önlemlerden birisi nafaka olup, hâkim yargılama sırasında talebe bağlı olmaksızın eş ve çocuk için uygun miktarda tedbir nafakasına hükmeder. Boşanma kararının kesinleşmesi ile bu nafakalar koşulları var ise kadın için yoksulluk nafakası, çocuk için ise iştirak nafakası olarak devam eder.*”

⁷⁴ Yargıtay 2. HD, 17.10.2011 T, 2010/15495 E, 2011/16231 K: “*Davacı, dava dilekçesinde nafaka istemediğini beyan etmiş ise de; bilahare 25.12.2009 tarihli dilekçeyle nafaka talebinde bulunmuştur. Davacının nafaka istemediğine dair beyanı tedbir ve iştirak nafakaları yönünden geleceğe yönelik sonuç doğurmaz. Bu sebeple davacı kadın ve müşterek çocuk için istem tarihi olan 25.12.2009 tarihinden boşanma hükmünün kesinleştiği tarihe kadar tedbir nafakası, boşanma hükmünün kesinleşme tarihten itibaren de çocuk için iştirak nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.*”

⁷⁵ ÖZTAN, s. 371.

⁷⁶ Bununla birlikte eğer ki çocuk davanın acilmasından sonra dogmussa nafaka dogum tarihinden itibaren takdir edilecektir. Yargıtay 2. HD, 12.07.2004 T, 2004/8552 E, 2004/9425 K: “*Tedbir nafakası takdir edilen küçüğün 9.8.2002 tarihinde doğduğu tedbir nafakasının ise dava tarihi olan 3.4.2002 tarihinden itibaren takdir edildiği görülmüştür. Küçüğün doğum tarihinden itibaren tedbir nafakası takdiri gerekirken yazılı şekilde dava tarihinden itibaren tedbir nafakası takdiri usul ve yasaya aykırıdır.*”

⁷⁷ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 137; ERDEM, s. 158; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 286.

⁷⁸ Pekmez tedbir nafakasının iştirak nafakası olarak adlandırılmasının esasa ya da sonuca etkisi olmadığını belirtmektedir. PEKMEZ, s. 143, dn. 1.

⁷⁹ Hamzaçebi boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte tedbir nafakası sona ereceği için, nafakaya ihtiyacın devam etmesi halinde talep sahibinin hangi nafakayı (iştirak ya da yoksulluk) istediğine dair açık bir

cının devam etmesi halinde, ki bununla genel olarak ergin olan çocuğun eğitime devam etmesi halinde karşılaşılar, ana ve babanın bakım borcu devam eder. Bu halde de ergin çocuğun lehine nafakaya hükmedilir. Bu hususların hepsi dikkate alındığında bu iki nafakanın bu anlamda birbirinden ayrılması daha isabetli olur. Ayrıca, tedbir nafakası ifadesi bu nafakanın geçici niteliğini daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır.⁸⁰

Bu önlemlerin yanında, hâkimin çocuğa ilişkin alabileceği diğer bir geçici önlem olarak çocuğun mallarının yönetimine ilişkin karar almasını sayabiliriz. Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi velayet hakkı çocuğun mallarının yönetilmesi yetkisini de kapsar. Evlilik birliği devam ederken velayet hakkına birlikte sahip olan anne ve babanın malların yönetilmesinde göstermeleri gereken özen yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde hâkim tarafından alınabilecek önlemler Türk Medeni Kanunu'nun velayete ilişkin kısmında (md.352-362) düzenlenmiştir.⁸¹ Bu kısımda yer alan önlemlerin boşanma veya ayrılık davası devam ederken çocuğun mallarının korunması gerektiği ölçüde uygulanması da mümkündür. Buna göre hâkim, malların yönetimi ile ilgili talimat verebilir, eşlerden bilgi isteyebilir ve hatta gerekli gördüğü hallerde malların tevdi edilmesine ya da güvence gösterilmesine karar verebilir (md.360). Malların tehlikeye düşmesi halinde ise yönetimi kayıma bırakabilir (md.361/III). Aynı önlemler, yönetimi eşlerde olmayan malların korunması amacıyla da alınabilir (md.361/II). Alınan bu önlemler geçici nitelikte olduğundan boşanma kararının kesinleşmesiyle son bulur.

talepte bulunması gerektiğini ve davanın devamının ancak bu netliğin dağılması ve davanın açılma amacının bu olduğunun belirlenmesiyle sağlanacağını, aksi halde davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtir. HAMZAÇEBİ, ss. 29-30.

⁸⁰ KURT, s. 104. Aynı yönde, GENÇCAN, s. 1364-1365. Yargıtay da kararlarında bu yönde hüküm kurmaktadır. Yargıtay HGK. 31.01.2019 T, 2017/2-2444 E, 2019/51 K: “*Bu madde gereğince alınacak geçici önlemlerden birisi nafaka olup, hâkim yargılama sırasında talebe bağlı olmaksızın eş ve çocuk için uygun miktarda tedbir nafakasına hükmeder. Boşanma kararının kesinleşmesi ile bu nafakalar koşulları var ise kadın için yoksulluk nafakası, çocuk için ise iştirak nafakası olarak devam eder.*” Yargıtay 2. HD, 17.10.2011 T, 2010/15495 E, 2011/16231K: “*Bu sebeple davacı kadın ve müşterek çocuk için istem tarihi olan 25.12.2009 tarihinden boşanma hükmünün kesinleştiği tarihe kadar tedbir nafakası, boşanma hükmünün kesinleşme tarihten itibaren de çocuk için iştirak nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.*”

⁸¹ Yargıtay 2. HD, 29.03.2011 T, 2010/17939 E, 2011/5497 K: “*(...) Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece, çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler. Kural olarak hesap ve güvence vermezler. Ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda hâkim müdahale eder (TMK m.352). Ana ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse, hâkim, malların korunması için uygun önlemleri alır (TMK m.360, Tüzük m.4/2).*”

V. DİĞER ÖNLEMLER: 6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN

Ailenin ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler sadece TMK md.169'da belirtilmiş olanlarla sınırlı değildir. Türk Medeni Kanunu'nun sair maddelerinde ailenin korunmasına ilişkin alınabilecek önlemler hüküm altına alınmıştır. Bu önlemler genel olarak evlilik birliğinin devamı süresince veya velayet hakkının yürütüldüğü esnada ya da boşanma davasının kesinleşmesiyle alınabilecek önlemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmanın konusu ise TMK md.169'da belirtilen ve boşanma ve ayrılık davasının açılmasıyla birlikte hâkimin re'sen alabileceği geçici önlemlerdir. Alınabilecek bu önlemler madde metninde örnek kabilinden belirtildiği için, başka maddelerde düzenlenmiş önlemler de hâkimin TMK md.169 anlamında alacağı geçici önlemlerin belirlenmesinde yol gösterici olmaktadır. Örneğin, yukarıdaki incelemede de gösterildiği gibi hâkim, TMK md.194 ışığında eşlerin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ya da TMK md.206 gereğince mal rejiminin değiştirilmesine karar verebilir. Aynı şekilde Türk Medeni Kanunun'da değil de başka kanunlarla düzenlenmiş ve yine genel olarak kişilerin korunmasını amaçlayan önlemlerin de TMK md.169 anlamında uygulanabilirliği sözkonusudur. İşte bu noktada, bu başlık altında, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun (6284 sayılı Kanun)⁸²'dan kısaca bahsetmek isabetli olacaktır.⁸³

Bu kanunun amacı, md.1'de,

“(ş)iddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.”

şeklinde belirtilmiştir. Burada öncelikli olarak üstünde durulması gereken husus, ilgili kanunun kanun başlığındaki vurgunun aksine sadece ailenin değil, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama riski altında olan kadınların, çocukların, ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurlarının korunmasını da amaç edindiğidir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için de hâkim, mülki amir ve hatta kolluk amirine gecik-

⁸² Resmi Gazete, 20.03.2012 Tarih, 28239 Sayı. Bu kanunun nasıl uygulanacağına dair bakınız: “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği” Resmi Gazete, 18.01.2013 Tarih, 18532 Sayı.

⁸³ Detaylı inceleme için, DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 209 vd.; ERDEM, s. 251 vd. NALAN, Kahveci, “6284 Sayılı Kanun Kapsamında Tedbir Kararları”, Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, **Ankara Barosu Yayınları**, 2013, s. 451-466.

mesinde sakınca olan hallerde gerekli tedbirleri⁸⁴ alma yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda hâkime tanınan yetki koruyucu ve önleyici tedbirleri almak iken, mülki amir sadece koruyucu tedbirlere hükmedebilir. Kolluk amirinin ise sadece gecikmesinde sakınca olan hallerle⁸⁵ sınırlı olmak üzere bazı koruyucu ve önleyici tedbirleri alabilme yetkisi vardır. Bu tedbirler, talep üzerine ya da re'sen alınabilecektir.⁸⁶ Hâkim tarafından alınabilecek tedbirler, md.4'te koruyucu tedbirler, md.5'te ise önleyici tedbirler olarak düzenlenmiştir. Koruyucu tedbirler, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi altında olan mağdur hakkında verilirken, önleyici tedbirler, şiddet veya şiddet tehlikesinin faili hakkında uygulanır. Bu makalenin konusuyla ilgili ölçüsünde bu tedbirlerden kısaca bahsetmek gerekir. 6284 sayılı Kanun md.4 uyarınca hâkim, “(k)işinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi”⁸⁷, “22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması”⁸⁸ veya buna benzer önlemleri alabilecektir. Önleyici tedbir kararı olarak ise; “(m)üşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi”⁸⁹, “(ç)ocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması”⁹⁰, “(k)orunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi”⁹¹, “(k)orunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi”⁹² şeklinde hüküm kurulabilir. Bunlara ek olarak, hâkime Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddeleri ışığında velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulmasına

⁸⁴ TMK md.169'dan farklı olarak kanun koyucu burada tedbir kelimesini kullanmayı tercih etmiştir. Biz de bu bölümde burada bu kullanıma sadık kalarak önlem yerine tedbir kelimesini kullanacağız. Zira bu esasa ilişkin bir değişiklik yaratmamaktadır.

⁸⁵ Gecikmesinde sakınca bulunan hal 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği md.3/1-c'de “Kolluk tarafından yapılacak tahkikat ve risk değerlendirilmesi sonucunda, derhal işlem yapılmadığı takdirde, şiddet eyleminin önlenememesi, kişinin can güvenliği, hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi, korunan kişinin zarar görmesi, şiddet eyleminin iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması, şiddet uygulayanın kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi gibi ihtimallerin ortaya çıkması ve resen veya ilgilinin talebi üzerine mülki amirden ya da hâkimden karar almak için yeterince vakit bulunamaması halini” şeklinde tanımlanmıştır.

⁸⁶ 6284 sayılı Kanun, md.2/1-ğ.

⁸⁷ 6284 sayılı Kanun, md.4/1-b.

⁸⁸ 6284 sayılı Kanun, md.4/1-c.

⁸⁹ 6284 sayılı Kanun, md.5/1-b.

⁹⁰ 6284 sayılı Kanun, md.5/1-c.

⁹¹ 6284 sayılı Kanun, md.5/1-e.

⁹² 6284 sayılı Kanun, md.5/1-f.

ilişkin tedbir kararı alma ve hatta şiddet uygulayan, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise onun aleyhine (meğer ki Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca nafakaya hükmedilmiş olsun) re'sen tedbir nafakasına hükmetme yetkisi tanınmıştır.⁹³ Ancak, alınabilecek tedbirler bunlarla sınırlı değildir. 6284 sayılı Kanun, açık bir şekilde hâkime gerekli gördüğü hallerde bunlara benzer tedbirleri alma yetkisi tanımıştır.⁹⁴ Aynı şekilde 6284 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen mülki amir tarafından alınabilecek koruyucu tedbirler de (örneğin korunan kişiye psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi) hâkim tarafından alınabilecektir.

Kanunun amacı kadın, çocuk, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurlarının korunması ve şiddetin önlenmesi olduğu için alınacak tedbirlerin kapsamı sınırlandırılmamıştır. Bu tedbirlerin alınması için şiddete uğrayan ya da uğrama tehlikesi bulunan kişinin evli olması aranmaz. Yine aynı şekilde, bu tedbirler kadınların, çocukların veya diğer aile bireyleri için de aynı haneyi paylaşmalar bile alınabilir. Bu açıdan sadece boşanma davasının devamı süresince alınabilecek geçici önlemleri konu olan TMK md.169'dan daha kapsamlı olmakla birlikte, burada düzenlenen koruyucu veya önleyici tedbirlerin TMK md.169 uyarınca boşanma davasında geçici önlem olarak alınmasını engelleyici bir durum yoktur. Öyle ki, 6284 sayılı Kanun'da düzenlenen önlemler evlilik birliği devamında da alınabilir. İşte bu sebeple yukarıda belirtilmiş tedbirler TMK md.169 uyarınca hâkimin alabileceği geçici önlemler olarak da karşımıza çıkabilir.⁹⁵

VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

TMK md.169, boşanma veya ayrılık davası devam ederken, eşlerin ve çocukların korunmasının sağlanması amacıyla hakime talebe bağlı olmadan bir takım geçici önlemleri alma yetkisi tanımıştır. Boşanma veya ayrılık kararı ancak bu kararının kesinleşmesiyle hüküm doğuracağı için, davanın açılmış olma-

⁹³ 6284 sayılı Kanun, md.5/3-4. DOĞAN bu düzenlemenin nafaka tahsilinde sağladığı kolaylıklar açısından diğer nafaka kararları nezdinde de uygulanmasının yararlı olduğunu savunur. Çünkü bu kanun kapsamında hükmedilen nafaka, eğer ki nafaka yükümlüsünün Sosyal Güvenlik Kurumu ile bağlantısı varsa, başvuru aranmadan nafakanın yükümlünün aylık maaş ya da ücretinden icra müdürlüğü tarafından tahsil edileceği düzenlenmiştir. Bu da uygulamada nafakanın tahsilini kolaylaştırmaktadır. DOĞAN, İzzet, "Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", **Public and Private International Law Bulletin**, Y. 2015, C. 345 S. 1, s. 66.

⁹⁴ 6284 sayılı Kanun, md.4/1 ve md.5/1.

⁹⁵ KURT, s. 105.

sı evlilik birliğini sona erdirmez; ancak, eşlere ayrı yaşama hakkı verir. Bu durum ise eşlerin ve çocukların fiili ve hukuki durumlarında değişiklikler meydana getirir. Eşlerin bu değişikliklerden doğabilecek uyuşmazlıklar üzerinde anlaşmaları mümkün olmakla birlikte, anlaşamamaları halinde bu konuların çözümü hâkimin müdahalesini gerektirir. İşte TMK md.169 hâkime bu müdahale yetkisini vererek, dava süresince eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini nasıl yerine getireceklerine ya da menfaatlerinin korunmasına ilişkin önlemleri re'sen alma yetkisini tanımaktadır. Boşanma davalarının genellikle uzun süreler aldığı dikkate alındığında, hâkime tanınan bu yetki ve alınacak geçici önlemlerin, tarafların menfaatlerinin korunması açısından ne kadar önemli olduğu açıkça görülmektedir. Bununla birlikte, alınabilecek geçici önlemlerin sınırlayıcı değil de örnek kabilinden sayılmış olması ve hâkime gerekli gördüğü konularda hakkaniyete uygun olacak şekilde farklı önlemler almak için takdir yetkisinin tanınmış olması alınabilecek ve uygulamada sıklıkla alınan geçici önlemlerin ne olduğunun belirlenmesini gerektirir. Bu makale ile amaçlanan da bu olmuştur.

Bu doğrultuda, yapılan incelemeler neticesinde TMK md.169 uyarınca alınabilecek önlemleri ve bunlara ilişkin uygulama ile ilgili genel bir değerlendirme yapılacak olursa, ilk olarak söylenmesi gereken TMK md.169 uyarınca alınabilecek geçici önlemlere bir çerçeve çizmenin mümkün olmadığıdır. Hâkim, takdir yetkisi çerçevesinde eşlerin ve çocukların barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine, korunmasına ilişkin önlemleri alabilir. Bu önlemler uygulamada çoğunlukla ortak konutun bir eş lehine tahsisi, çocuğun hangi eş ile kalacağını belirlemesi ve ihtiyacı olan eş ve çocuk lehine tedbir nafakası hükmedilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâkim gerekli gördüğü bu önlemleri dava başında ve re'sen alır. Dolayısıyla dava başında gerekli araştırma yapılmalı ve alınması gereken önlemler belirlenmelidir. Yapılan incelemede ortaya koyulmaya çalışıldığı gibi, hâkimin takdir yetkisinin sınırını, özellikle tedbir nafakasına ilişkin Yargıtay kararları ışığında, hakkaniyet, evlilik birliğinin korunması için önlemin alınmasının gerekliliği ve tarafların menfaati oluşturur. Bunlar, hâkimin uygulacağı genel kriterler olmakla birlikte, her somut olayda o olayın özelliklerine ve alınması gerekli tedbirin niteliğine göre karar verilir. Yukarıda yapılan incelemeden de görüldüğü üzere, mahkemelerin önüne uyuşmazlık konusu olarak sıklıkla gelen tedbir nafakasının gerekliliği ve miktarının takdirinde tarafların ekonomik güçlerinin değerlendirilmesi bu anlamda önemli bir kriter olarak karşımıza çıkar. Yargıtay kararları ve yoksulluk nafakasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla şekillenen tedbir nafakasının belirlenmesinde önemli olan diğer eşin ihtiyacı olmakla birlikte, nafaka yükümlüsü olacak eşin ödeme gücüdür. Dolayısıyla, tedbir nafakasına eşin gelirin olm-

ması halinde hükmedilmeyecekken,⁹⁶ eşin gelirinin az olması, gelirinin asgari ücret olması ya da eşlerin gelirlerinin birbirine yakın olması tedbir nafakası yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu hususlar yalnızca miktarın takdirinde etkili olur.

Bunların yanında, TMK md.169 uyarınca alınabilecek önlemlere ilişkin genel olarak söylenebilecekler şunlardır: bu önlemlerin alınmasında ya da takdirinde eşlerin kusuru dikkate alınmaz. Kaldı ki, dava devam ederken eşlerin kusuru henüz iddia niteliğindedir, kesinleşmemiştir. Alınan önlemler geçici niteliktedir, yani boşanma kararının kesinleşmesiyle son bulacaktır. Fakat hâkim gerekli gördüğü hallerde almış olduğu geçici önlemleri re'sen kaldırabilir veya değiştirebilir. Son olarak belirtmek gerekir ki, hâkim gerekli gördüğü her türlü önlemi hakkaniyet ve tarafların menfaati haklı gösterdiği sürece alabileceği için Türk Medeni Kanunu ve diğer kanunlarla hüküm altına alınmış (örneğin 6284 sayılı Kanun) ailenin ve evlilik birliğinin korunması için alınabilecek diğer önlemleri de TMK md.169 anlamında geçici önlem olarak uygulayabilir.

⁹⁶ YHGK tarafından bunun aksine hüküm kurulduğunun altı tekrar çizmeli. Bakınız s. 12.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, Aile Hukuku (İkinci Cilt), 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.

BAYRAM, Aziz Erman, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2019, S. 144, ss. 213-247.

BİRİNCİ UZUN, Tuba, “EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI İÇİN BORÇLULARA TALİMAT VERİLMESİ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin Evlilik Birliğinin Korunması İçin Alınan Önlemlerden Borçlulara Talimat Verme Önlemine Başvurulabilmesi İçin Eşlerin Ayrı Yaşamaları Gerektiği Hakkındaki 17.2.2010 Tarihli ve E. 2009/22118 K. 2010/2791 Sayılı Kararının İncelenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 2016, C. 14, S. 163, ss. 3727-3749.

BOZDAĞ, Gonca Gülfem, **Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

ÇABRİ, Sezer, “Aile Konutu Şerhi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, 2007, ss. 401-415.

DOĞAN, İzzet, “Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, **Public and Private International Law Bulletin**, Y. 2015, C. 345 S. 1, ss. 59-95.

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt I. Aile Hukuku**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.

DURAL, Mustafa / SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.

ERDEM, Mehmet, **Aile Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ERİŞİR, Evrim, **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

GENÇ, Berrak, “Ensuring The Protection on Matrimonial Home: Should The Principles Established under English Law be Introduced into Turkish Law?”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 28 S. 3, ss. 913-939.

- GENÇCAN, Ömer Uğur, **Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK 185-281)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- HATEMİ, Hüseyin, **Aile Hukuku**, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- HAMAMCIOĞLU VARDAR, Gülşah, **Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- HAMZAÇEBİ, Mehmet, "Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası (Düzenleniş Biçimi, Mukayesesi, Uygulamadaki Yeri ve Değeri)" **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2002, C. 10, S. 3-4, ss. 23-48.
- KURT, Ekrem, "Boşanma Davasında Hakimin Alacağı Geçici Önlemler (md.169)", **Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, S. 1, ss. 97-109.
- NALAN, Kahveci, "6284 Sayılı Kanun Kapsamında Tedbir Kararları", Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, **Ankara Barosu Yayınları**, 2013.
- ÖKTEM, Seda, "Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2006, C. 19, S. 67, 317-338.
- ÖZTAN, Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- ÖZUĞUR, Ali İhsan, **Gereççeli-Açıklamalı-İçtihatlı Nafaka Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- PEKMEZ, Cüneyt, "Tedbir Nafkasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi", **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 7, S. 1, ss. 141-160.
- TAHİROĞLU, Fatih, "Die Sammlung von Tatsachen und Beweismitteln in Verfahren der während des Scheidungsprozesses zu treffenden vorsorglichen Maßnahmen", **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 4, S. 1, ss. 209-242.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku**, C. 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- ÜRCAN, Gülümnden, "TMK m.198 Uyarınca Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemin İş İlişğine Etkileri ve İşçi Alacakları", **Çalışma ve Toplum**, Y. 2022, C. 1, S. 2, ss. 299-328.
- Tüm çevrimiçi kaynakların son erişim tarihi 06.04.2023'tür. Yargı kararlarına erişim www.sinerji.mevzuat.com'dan sağlanmıştır.

Haber İçeriklerinin Özel Hukuk Kapsamında Korunması^{(*)(**)}

Civil Law Protection of News Contents

Pelin KARAASLAN^(***)

Öz:

Haber, günlük havadislerin toplumu bilgilendirme amacıyla kamuya sunulması faaliyeti olması yanı sıra, basın yayın kuruluşları açısından ekonomik değer taşıyan içeriklerdir. Haberin elde edilmesi, hazırlanması ve kamuya sunulması süreçleri oldukça maliyetlidir. Bu ekonomik yükün altına giren habercinin, haberi üçüncü kişilerce haksız bir şekilde kullanılmasını önlemekte menfaati vardır. Özellikle de bir takım dijital platformların, kendileri içerik üretmeden, başkalarına ait haberleri kullanmalarının yaygınlaşması, haber içeriklerine etkin bir hukuki koruma sağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Esasen fikri bir çaba sonucu ortaya çıkan görsel ve dilsel içerikler için en etkin koruma yolu Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'dur. Bu korumadan yararlanabilmek için söz konusu içeriklerin "eser" sayılması gerekir. Bu çalışmada öncelikle, toplumsal niteliği nedeniyle haberlerin genellikle "eser" olamayacağını ileri süren görüşler eleştirilmiş ve haberin eser sayılabilmesinin koşullarına değinilmiştir. Ardından eser niteliğindeki haberi ihlal eden fiiller, ihlallere yönelik istisnalar ve ileri sürülebilecek talepler ele alınmıştır. Bu bağlamda özellikle üzerinde durulan konulardan biri, haber içeriklerinin koruma kapsamını önemli ölçüde sınırlandıran Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 36. maddesidir. Çalışmada ayrıca eser sayılmayan haber içeriklerinin üçüncü kişilerce kullanılması durumunda başvurulabilecek taleplere değinilmiştir. Eser sayılmayan haber içeriklerinin her türlü kullanımının değil, haksız rekabet yaratan ya da kişilik hakkına aykırılık oluşturan kullanımlarının yasaklanabileceği vurgulanmıştır. Son olarak, taleplerin ileri sürülebileceği kişiler ve süreler ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

Haber, Basın, Fikir ve Sanat Eserleri, Haksız Rekabet, Kişilik Hakkı.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.01.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 26.05.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1357989>

Bu makaleye atf için: KARAASLAN, Pelin, "Haber İçeriklerinin Özel Hukuk Kapsamında Korunması", **İMİHFD**, C. 8, S. 2, 2023, s. 801-830

^(**) Bu makale, 14.10.2022 tarihinde Ankara'da Anadolu Ajansı ev sahipliğinde düzenlenen "Dijitalleşme Sürecinde Basında Telif Haklarının Korunması Sempozyumu" kapsamında sunulan "Haber İçeriklerinin Korunması ve İleri Sürülebilecek Hukuki Talepler" başlıklı tebliğin genişletilmiş halidir.

^(***) Doç. Dr., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı / Eskişehir - Türkiye

E-posta: pepin.karaaslan@ogu.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5695-192X>

Abstract:

In addition to presenting daily information to the public, news is content that carries economic value for media organisations. The processes of obtaining, preparing and presenting news to the public are quite costly. The journalist, who is under this economic burden, has an interest in preventing use of the news by third parties. The widespread use of news belonging to other companies by some digital platforms necessitates legal protection. The Law on Intellectual and Artistic Works is the most effective way of protection for visual and linguistic content that is the result of an intellectual endeavour. In order to benefit from this protection, the content in question must be considered a “work”. In this study, firstly, the conditions for the news to be considered as a “work” are mentioned. Then, the acts that violate the work, the exceptions to the violations and the claims that can be brought forward are discussed. One of the issues particularly emphasized in this context is Article 36, which significantly limits the scope of protection of news content. The study also addresses the claims that may be applied in case of the use of news content that is not considered a work by third parties. It is emphasised that not all uses of news content that is not considered as a work can be prohibited, but only those that create unfair competition or violate personal rights. Finally, the persons and periods of time in which the claims can be brought are set forth.

Keywords:

News, Press, Intellectual and Artistic Works, Unfair Competition, Personality Right.

GİRİŞ

En genel tabiriyle haber, kamuoyunu ilgilendiren ve dolayısıyla gazetecilik değeri olan mesajlardır¹. Bu mesajın yazılı-sözlü içeriğini haber metni, görsel içeriğini ise fotoğraf ve videolar oluşturur. İçeriklerin hazırlanması, fikri çabanın yanı sıra bedensel olarak da emek verilmesini gerektirir. Öte yandan haberin tedarik edilmesi, işlenmesi, sunulması işlemleri oldukça maliyetlidir ve üstelik bu sürecin mümkün olan en kısa sürede yürütülmesi gerekir. Zira eski bir sözde ifade edildiği gibi “*hiçbir şey dünkü haber kadar eski değildir*”².

Hukumumuzda fikri çaba sonucu meydana getirilen eserler ile bu eserlerin oluşturulmasına, değerlendirilmesine yönelik yapılan yatırımlar temel olarak FSEK³ ile koruma altına alınmıştır. Bununla birlikte haber ajansları, FSEK’in, esere yapılan yatırımları koruma boyutunu oluşturan “bağlantılı hak” korumasından yararlanamamaktadır. Nitekim FSEK’te bağlantılı hak sahipleri olarak yalnızca icracı sanatçılar, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları, radyo-televizyon kuruluşları ve filmlerin ilk tespiti-

¹ REHBINDER, Manfred, “Nachrichten als Sprachwerke”, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Y. 2000, Heft 1, s. 1.

² REHBINDER, s. 2.

³ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (RG. 13.12.1951/7931); FSEK bundan sonraki açıklamalarda “Kanun” olarak da anılmıştır.

ni gerçekleştiren film yapımcıları anılmış olup (FSEK m.80), tüm haklı beklentilere rağmen⁴ basın yayıncıları henüz bu kategoriye dahil edilmemiştir. Bu nedenle haber içeriklerinin FSEK uyarınca korunabilmesi için geriye kalan tek imkan, bu içeriğin “eser” niteliğinde olmasıdır. Eser sayılmayan haberler ise genel hükümler (TMK⁵, TBK⁶ ve TTK⁷) uyarınca korunmaktadır. Esasen haber içeriklerinin korunmasına yönelik olarak, özel bir yasa olan Basın Kanunu’nda⁸ da hükümler yer almaktadır; ancak bu düzenlemeler ile öngörülen yaptırımlar cezaidir. Haber içeriklerinin korunması konusunu özel hukuk hükümleri kapsamında incelemeyi amaçladığımız bu çalışmada, cezai koruma öngören Basın Kanunu hükümlerine sınırlı ölçüde değinilmiştir. Çalışmanın ana başlıklarını; “Eser Niteliğindeki Haberler İçin Hukuki Koruma”, “Eser Sayılmayan Haberler İçin Hukuki Koruma”, “Taleplerin İleri Sürülebileceği Kişiler” ve Taleplerin İleri Sürülebileceği Süreler” oluşturmaktadır.

I. ESER NİTELİĞİNDEKİ HABERLER İÇİN HUKUKİ KORUMA

A. Haber İçeriklerinin Eser Sayılabilmesinin Koşulları

Kanun’da eser, “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulü*” olarak tanımlanmıştır (FSEK m.1/B-a). Tanımdan da anlaşılacağı üzere her fikri ürün FSEK kapsamında “eser” değildir. Bir fikir ve sanat ürününün “eser” olarak kabul edilip koruma altına alınabilmesi için Kanun’da sayılan eser kategorilerinden birine uygun şekilde dış dünyada somutlaşmış olması gerekir. “İlim ve edebiyat”, “musiki”, “güzel sanat” ve “sinema” eserleri olarak belirlenen bu kategoriler FSEK m.2 vd. hükümlerde açıklanmış ve örneklendirilmiştir. Haber içeriklerini oluşturan dilsel (yazılı/sözlü) ve görsel ifadeler bu kategoriler içerisinde yer bulunabilmektedir. Nitekim herhangi bir şekilde dil ve yazı ile

⁴ Bu husustaki beklentilerin arka planı için bkz. GÖNÜLAL, Ece, “Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yönergesi ile Beraberinde Getirdiği Tartışmalar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, S. 2, s. 787 vd.; ÖZKAN, Zehra / POLAT AKGÜN, Deniz, “Basın Yayıncılarına Bağlantılı Hak Tanınması Sorunsalı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 140, s. 60; SOYSAL, Tamer, “Basılı Yayınların Telif Hukuku Kapsamında Bağlantılı Hak Niteliği ve Bu Yayınların Avrupa Birliği’nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Korunması”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Y. 2019, C. 5, S. 2, s. 267 vd.; SULUK, Cahit, “Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 7, S. 12, s. 174 vd.

⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG. 08.12.2001/24607).

⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011/27836).

⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. 14.02.2011/27846).

⁸ 5187 sayılı Basın Kanunu (RG. 26.06.2004/25504).

ifade olunan eserler, FSEK m.2/1, Nr.1’de düzenlenen ilim ve edebiyat eseri kategorisinde örneklendirilmiştir. Dolayısıyla haber metinleri bu bağlamda değerlendirilebilir. Öte yandan teknik ve ilmi mahiyetteki fotoğraflar da ilim ve edebiyat eseri kategorisinde yer alır (FSEK m.2/1, Nr.3). Teknik ve bilimsel nitelikte olmak, öğretici, açıklayıcı, uygulamaya imkan sağlayıcı olmak demektir⁹. Estetik değeri olan fotoğraflar ise FSEK m.4’te güzel sanat eserleri arasında sayılmıştır. Yargı kararlarına göre fotoğraflarda estetik nitelik, fotoğraflanan kişi ya da objenin çıplak gözle görülenden başka türlü yansıtılması hâlinde ve fotoğrafçının fotoğrafı çekerken yaptığı hazırlık çalışmalarında görülür¹⁰. Fotoğrafçının, fotoğrafı kurgularken, konumlandırma yaparken, ışık durumunu ayarlarken yapmış olduğu hazırlık çalışmaları, o fotoğrafa güzel sanat eseri niteliği kazandıran çabalarıdır¹¹. FSEK m.5’te düzenlenen sinema eserleri ise sinemalarda gösterilen filmler ile sınırlı değildir. Elektronik, mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen her türlü birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi sinema eseri olabilir (FSEK m.5). Bu bakımdan haber içeriklerinde yer alan videoları sinema eseri kategorisinde değerlendirmek mümkündür.

Bir fikrî ürünün yukarıda anılan kategorilerden birine dâhil olması, eser olabilmenin objektif koşuludur. Ancak FSEK m.1/B-a’daki tanımdan anlaşılacağı üzere bir fikrî ürünün “eser” olarak nitelendirilebilmesi için bu fikrî ürünün, sahibinin hususiyetini de içermesi gerekir (sübjektif koşul). Hususiyet, bir eserin eşsiz veya orijinal olduğunu değil fakat eserin temelinde yatan fikrin, yaratıcısına özgü bir çaba ve üslupla şekillendirilmiş olduğunu, bir diğer ifadeyle eserin, eser sahibinin yaratıcı ruhunun izlerini taşıdığını gösterir¹². Bu bakımdan eserin, sahibinin özelliklerini yansıtması, anlatımının eser sahibine ait olması ve bir başka eserden kopya edilmemesi, hususiyetin varlığı için gerekli ve yeterlidir.

Kural olarak dil ve yazı ile ifade olunan açıklamaların “eser” olarak nitelendirilebilmesi için yazının ne uzunlukta olduğunun bir önemi bulunmamaktadır¹³. Yazı, hususiyet içerdiği ölçüde eser olarak korunmaktadır. Ancak birkaç

⁹ Yar. HGK., E. 2017/134 K. 2020/474 T. 24.6.2020 (lexpera; E.T: 5.1.2023).

¹⁰ Yar. 11. HD., E. 2014/12456 K. 2014/19766 T. 15.12.2014 (lexpera; E.T: 16.05.2023).

¹¹ Yar. 11. HD., E. 2014/12456 K. 2014/19766 T. 15.12.2014 (lexpera; E.T: 16.05.2023).

¹² Bu konuda bkz. ÖZTAN, Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan, Ankara, 2008, s. 96; hususiyet kavramına yönelik çeşitli görüşler için ayrıca bkz. BELLİCAN, Cüneyt, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından Hususiyet Kavramı”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2008, C. 7, S. 1, s. 68 vd.

¹³ SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 6. Basım, Seçkin, Ankara, 2022, s. 48.

kelimeden oluşan bir yazının, sahibinin hususiyetini içerdiğinden söz etmek zordur. Bu kısalıktaki bir ifadenin hususiyet taşıması, nispeten yüksek oranda yaratıcılık gösteren bir anlatım gerektirir. Haber manşetleri açısından bu husus gözetilmelidir.

Hususiyetin varlığından söz edebilmek için yazının kaç sayfa olması gerektiği ile ilgili bir sınırlama getirilemeyeceği gibi kullanılan ifadelerin hukuka aykırı olup olmadığının da bir önemi yoktur. İçeriğin hukuka aykırılığı, çeşitli yasalara göre haberin kullanılmasına, kamuya sunulmasına engel olabilir; ancak eser olma vasfına etki etmez¹⁴. Belirleyici kriter, içeriğin, haberi yapan kişiye özgü, yaratıcı bir anlatım taşıyıp taşımadığıdır.

Esasında eserler için sahibinin hususiyetini taşıma kriteri atlanması çok büyük bir eşik değildir. Nitekim öğretilerde, bir içeriğin, düşük düzeyde de olsa sahibinin özelliğini, bireyselliğini yansıttasının eserin varlığı için yeterli olduğu kabul edilmektedir¹⁵. Ancak haberler söz konusu olduğunda; haberin içinde yatan özün, kimsenin tekeline olmayan, her görenin ve işitenin başkasına anlatılabileceği bir olay olmasının haberin eser olarak nitelendirilmesine engel olacağı şeklinde görüşlere rastlanmaktadır¹⁶. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Nasıl ki hiç kimsenin tekeline bırakılmayacak tabiat varlıklarına ilişkin fotoğrafların eser niteliği taşımayacağı gibi bir peşin hükme varılamazsa, haberler için de bu şekilde bir kanaate varılmamalıdır. Fotoğrafçının fotoğrafı kurgularken, konumlandırma yaparken, ışık durumunu ayarlarken yapmış olduğu hazırlık çalışmalarının bir tabiat fotoğrafına güzel sanat eseri niteliği kazandırabilmesi mümkündür¹⁷; dolayısıyla belirleyici olan, fotoğrafı çeken kişinin alelade bir fotoğraf elde etmek niyetinde olmaması, fotoğrafa kendi yaratıcı özelliklerinden izler aktarmasıdır. Aynı şey haber metinleri için de geçerli olmalıdır. O halde bir haber içeriğinde “hususiyet yoktur” ya da “hususiyet zayıftır” denilecekse, bunun dayanağı özden ziyade üsluba dayalı özelliklerde bulunmalıdır. Toplumsal yarar, ancak bir eserin koruma kapsamının sınırları çizilirken dikkate

¹⁴ Aynı durum kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılık bakımından da geçerlidir, bkz. NAL / SULUK (KARASU), s. 46.

¹⁵ BAHADIR, Çilem, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2019, C. 14, S. 152, s. 747; BELLİCAN, s. 72 vd.

¹⁶ AYİTER, Nuşin, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, 2. Basım, Sevinç, Ankara, 1981, s. 161; EREL, Şafak N., *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, İmaj, 2. Basım, Ankara, 1998, s. 220; UYGUR, Atiye, *Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s. 101.

¹⁷ Fotoğrafa hususiyet kazandıran özellikler için bkz. Yar. 11. HD., E. 2014/12456 K. 2014/19766 T. 15.12.2014 (lexpera; E.T: 16.05.2023).

alınabilir. “Eser sayılma” niteliği açısından ise anlatım özellikleri belirleyicidir. Dolayısıyla yazının eser sayılabilmesi için belli bir kompozisyon ve düzen içerisinde bulunması ve yazarın kişisel zekâ, duygu ve deneyimlerini içeren bir anlatıma sahip olması gerekir. Ancak bu noktada haberin niteliği de önem taşır. Örneğin eğlendirici, bilimsel, teknolojik ya da kültürel içerikli haberlerde, yazının içeriğini serbest biçimlendirme alanı daha fazla olduğu için habercinin kendi hususiyetini ortaya koyması, haber metnine kendisinden bir şeyler katması daha mümkün hale gelmektedir¹⁸. Buna karşın bazı haberlerde doğruluk, gerçeklik ve objektiflik ilkeleri ile basit ve anlaşılır bir dil kullanma zorunluluğu, habercinin yaratıcılık alanını kısıtlar. Olay haberciliğinde, önemli ve bilgilendirici haberlerde durum bu şekildedir¹⁹. Bu farklılığın etkilerine çalışmada ayrıca değinilmiştir.

B. Haber İçeriklerinin Eser Sayılmasının Önemi

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na göre “eser” olarak nitelendirilen bir içerik, Kanun’un, eser sahipleri için öngördüğü manevi ve mali haklara (FSEK m.14 vd.) konu olmaktadır. Bu bağlamda eser sahibi, eseri meydana getiren kişidir (FSEK m.8/1). Dolayısıyla haber metnini yazan ya da haber değeri taşıyan fotoğrafı çeken kişi, söz konusu içeriklerin “eser” sayılması halinde eser sahibidir.

Eser sahibi manevi ve mali haklarını, ilgili maddelerde belirtilen fiilleri gerçekleştirmek hususundaki yetkileri vasıtasıyla kullanır. Eser sahibinin verdiği bir izne ya da kanunun öngördüğü bir serbestiye dayanmaksızın üçüncü kişilerin bu fiilleri gerçekleştirmesi haksız kullanım niteliğinde olup, eser sahibine FSEK m.66 vd. hükümlerde düzenlenen talepleri ileri sürme olanağı verir. Bunun istisnasını FSEK m.18/2 oluşturur. Hükme göre aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Bu, haber ajanslarında görev yapan kişilerin yaptıkları iş ile ilgili meydana getirdikleri eserler üzerindeki (mali) hakların onları çalıştıranlarca kullanılacağı anlamına gelir. Bu bağlamda çalıştıranların/tayin edenlerin, eser sahipliğinden doğan mali hakların kullanımı ile ilgili olarak eser sahiplerinden izin alma zorunluluğu yoktur. Bu kişilerin FSEK m.18/2 uyarınca sahip oldukları kullanım hakkı “inhisari lisans”, bir diğer ifa-

¹⁸ Serbest biçimlendirme alanının hususiyete etkisi için bkz. BOZGEYİK, Hayri, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Hususiyet”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Y. 2009, C. 25, S. 3, s. 176.

¹⁹ REHBINDER, s. 4 vd.

deyle “tam ruhsat” niteliğinde olduğundan²⁰, mali hakların kullanımı konusunda izin almak isteyen üçüncü kişiler, izni eser sahibini çalıştıran/tayin eden konumundaki bu kişilerden almalıdır.

FSEK m.52 uyarınca “yazılılık” ve hangi hakların kullanılacağına ilişkin “ayrı ayrı belirtilmiş olması”, alınması gereken iznin geçerlilik koşullarıdır. Bu husus aynı zamanda örtülü iznin geçerli olmayacağı, internete vb. ortamlara hak sahibinin rızasıyla konmuş haberlerin dahi üçüncü kişilerce serbestçe paylaşılacağı anlamına gelir.

FSEK’te eser sahipleri dışında, eser ile bağlantılı hak sahiplerine de mutlak haklar tanınmıştır. Bağlantılı hak sahibi kavramı hukuki bir terim olup, eser sahibi olmamakla birlikte eser üzerinde bazı haklara sahip olan gerçek ya da tüzel kişileri ifade eder. FSEK m.80 hükmüne göre bağlantılı hak sahipleri; eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçılar, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları, filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ve gerçekleştirdikleri yayınlar üzerinde radyo-televizyon kuruluşları olarak belirlenmiştir. Ortak özellikleri bir içerik ile ilgili icrai emek veya yatırım ortaya koymak olan²¹ bağlantılı hak sahiplerine tanınan haklar, eser sahibine ait hakların kullanımına ilişkin olmayıp, bizzat kendilerine tanınan mutlak haklardır. Örneğin radyo-televizyon kuruluşlarının da çoğaltma, yayma, umum ileme gibi münhasıran kendilerinin kullanabileceği mali yetkileri vardır (FSEK m.80/1.1.C); ancak bu yetkiler, söz konusu kuruluşların kendi gerçekleştirdikleri yayınlar üzerindeki yetkililerdir, yayın içeriğindeki eserler (haberler) üzerindeki değil. Öte yandan bağlantılı hak korumasından yararlanabilecek kişi ya da kurumlar Kanun’da sınırlı sayma yöntemi ile ifade edildiğinden, haber içeriklerini topluma ilk ulaştıran olmak için büyük emek harcayan ve yatırım yapan basın yayıncıları da bağlantılı hak korumasından yararlanamamaktadır²². Bu nedenle haber içeriklerinin “eser” sayılması, FSEK’in korumasından yararlanması için geriye kalan tek yoldur.

Gerçi FSEK’te, hususiyet taşımayan, bir diğer ifadeyle eser sayılmayan bazı fikri ürünler de anılmıştır. Bunun bir örneği FSEK m.84 hükmüdür. Anılan düzenlemede “*Bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tespit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı*

²⁰ ATEŞ, Mustafa, “İşçinin İşin Görülmesi Strasında Meydana Getirdiği Eser Üzerindeki Telif Hakları”, **TİSK Akademi**, Y. 2013, C. 8, S. 15, s. 82.

²¹ SULUK, s. 174.

²² Bu husustaki eleştiriler, diğer görüşler ve uluslararası alandaki gelişmeler için bkz. GÖNÜLAL, s. 787 vd.; ÖZKAN / POLAT AKGÜN, s. 50 vd.; SOYSAL, s. 261 vd.; SULUK, s. 171 vd.

işaretin, resmin veya sesin 3 üncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını menedebilir. Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete müteallik hükümler uygulanır” ifadelerini takiben “*eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tespit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır*” demek suretiyle, haber değeri olan fakat eser niteliği taşımayan fotoğraf ve videoların, FSEK m.84’te sayılan kişilerden izin alınmadan ve haksız rekabet yaratacak şekilde çoğaltılmasının ve yayımlanmasının engellenebileceği ortaya konmuştur. Ancak FSEK m.84 ile gönderme yapılan haksız rekabete ilişkin düzenlemeler, TTK m.54 vd. hükümlerde yer alır. Dolayısıyla FSEK, eser değeri olmayan söz konusu fikri ürünleri kendi koruma kapsamına almamıştır. Bir diğer ifadeyle FSEK m.84, hak sahibine mutlak yetkiler tanımamakta, genel hükümlere gönderme yapmaktadır. Haberin eser olarak korunmasının önemi de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Hak sahibinin açık ve yazılı rızası olmadan ya da kanunun öngördüğü serbestilerin şartları sağlanmadan üçüncü kişilerin eser niteliğindeki haber kullanmaları “mutlak ihlal” niteliğinde olduğundan, haberin eser niteliğinde olduğunun üçüncü kişilerce bilinip bilinmemesi, haberin kullanılmasının dürüstlük kuralına ya da kişilik hakkına aykırı olup olmaması gibi hususlar önem taşımaz. FSEK’e göre yetkisiz kullanım, ihlalin varlığı için gerekli ve yeterlidir. Eser sayılmayan haberler için genel hükümlere başvurulduğunda ileri sürülen taleplerden sonuç alınabilmesi ise haberin dürüstlük kuralına ya da kişilik hakkına aykırı şekilde kullanılmış olması gibi ek koşullar gerektirmektedir. Bu nedenle haberin eser olarak nitelendirilebiliyor oluşu, bağlantılı hak korumasından da yararlanamadığı göz önüne alındığında, haber üzerindeki hak sahipleri açısından avantajlıdır. Ancak her ne kadar haberin eser sayılması önemliyse de eser niteliğindeki haberlerin koruma kapsamı diğer fikir ve sanat eserlerine nazaran daha dardır²³.

C. Eser Niteliğindeki Haberlerin Korunmasını Gerektiren Haller

1. Manevi ve Mali Hak İhlalleri

Eser niteliğindeki haberin sahibine Kanun ile tanınan inhisari yetkiler, FSEK ile sağlanan korumanın kapsamını oluşturur. Bir diğer ifadeyle haberin üçüncü kişilerce kullanımının “yetkisiz” kabul edilmesi ve bu kullanıma karşı hukuki taleplerin ileri sürülebilmesi için bu kullanımın, eser üzerindeki inhisari yetkilerin konusunu oluşturan manevi ve mali hakları ihlal eder nitelikte olması

²³ Bu husus aşağıda, “İstisnalar” başlığı altında ele alınmıştır.

gerekir. Manevi ve mali hakların kapsamına girmeyen fiillerin üçüncü kişilerce gerçekleştirilmesi FSEK açısından serbesttir²⁴.

Eser sahibinin manevi haklarını; umuma arz yetkisi (FSEK m.14), adın belirtilmesi yetkisi (FSEK m.15), eserde veya eser sahibinin adında kısaltma, ekleme gibi çeşitli değiştirmeler yapılmasını engellemek yetkisi (FSEK m.16) ile eserin malik ya da zilyedinin belirli davranışlardan kaçınmasını isteme yetkisi (FSEK m.17) oluşturur.

Umuma arz (bir diğer ifadeyle “kamuya sunma”) hakkı ile anlatılmak istenen, eserin, ilk kez sahibinin kişisel çevresi dışına çıkmasıdır²⁵. FSEK m.14’e göre bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder; bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan yahut ana hatları herhangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında da ancak o eserin sahibi malumat verebilir. Öyleyse daha önce alenileşmemiş olan eser niteliğindeki bir haberin üçüncü kişiler tarafından umuma arz edilmesi FSEK m.14’te belirtilen manevi hakkı ihlal eder.

Eser sahibinin manevi hakları içerisinde, eseri kendi adı veya takma adı ile yahut adsız olarak eseri umuma sunma veya yayımlama yetkisi de bulunmaktadır (FSEK m.15). Dolayısıyla haberi kullanan kişinin haberde eser sahiplerinin adını belirtmemesi bu hakkı ihlal eder.

Eserde veya eser sahibinin adında kısaltma, ekleme gibi çeşitli değiştirmeler yapılmasını engellemek de eser sahibinin manevi hakları arasında sayılmıştır (FSEK m.16). Haberde eser sahibinin şerefini, haysiyetini etkileyen “çarpıtma” gibi değişiklikler yapılması bu hakkın ihlaline örnek olarak verilebilir.

Habere konu olan eser niteliğindeki video ve fotoğrafların hukuki işlem yoluyla bir başkasına devredilmesi halinde devralan kişilerce tahrip edilmesi ise FSEK m.17 ile düzenlenen manevi hakkı ihlal eder. İlgili hükme göre aslın maliki, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebilir; ancak eseri bozamaz, yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez.

Eser sahibinin mali hakları ise FSEK m.21 vd. hükümlerde düzenlenen işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim haklarıdır.

²⁴ Ancak bu husus, alenileşmiş eserler için geçerlidir. Alenileşmemiş eserler için eser sahibine tanınan yetkiler FSEK’te belirtilenler ile sınırlı değildir. Bu husus FSEK m.20/2’deki “*Henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekilde ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*” ifadesinden anlaşılmaktadır. Alenileşmiş eser, hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilmiş eser demektir (FSEK m.7/1).

²⁵ NAL / SULUK (KARASU), s. 79.

Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir (FSEK m.21). Bu bakımdan eser niteliğindeki bir haberin içeriğini değiştirmek, dönüştürmek suretiyle haberdan yararlanmak işleme hakkını ihlal eder.

Çoğaltma ise eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca tespit edilmesi (sabitlenmesi/kaydedilmesi) olarak tanımlanmıştır (FSEK m.22/2). O halde eser niteliğindeki haberin üçüncü kişilerce kopyalanması ya da dijital veya analog olması fark etmeksizin herhangi bir ortama kaydedilmesi çoğaltma hakkını ihlal eder²⁶.

Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak olarak tanımlanan yayma hakkı (FSEK m.23) ise örneğin haberin çoğaltılmış fiziki nüshalarının üçüncü kişilerce piyasaya sunulması halinde ihlal edilmiş olur.

Haberin herhangi bir ortama kaydedilmeksizin gösterilmesi, okunması, dinletilmesi gibi fiiller ise temsil hakkını ihlal eder. FSEK m.24'te temsil hakkı, eserden doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi fiiller ile faydalanma hakkı olarak ifade edilmiştir.

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 ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması ise FSEK m.25 ile düzenlenen umuma iletim hakkının konusudur. Haberın dijital ya da elektronik ortamlarda toplumun erişimine sunulması ya da istendiğinde erişilebilir hale getirilmesi, umuma iletim hakkını ihlal etmektedir.

2. İstisnalar

a. Genel Olarak

FSEK, eser sahibine tanınan mutlak haklara kamu düzeni, kamu yararı ve özel menfaat düşünceleri ile çeşitli sınırlamalar getirmiştir. Bunların mevcudiyeti hâlinde eser, hak sahiplerinden izin alınmadan üçüncü kişilerce kullanılmış dahi olsa, bu kullanım "hak ihlali" yaratmaz. Zira söz konusu bu sınırlamalar, üçüncü kişilerin fiillerinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır.

²⁶ Çoğaltmanın türü ve tarzının hakkın mevcudiyetine etki etmediği yönünde bkz. NAL / SULUK (KARASU), s. 86.

İstisnalardan bazıları, eser niteliğindeki haberi kullanan üçüncü kişilerin değil haber içeriğini hazırlayan kişinin, haberinde başkalarına ait fikir ve sanat eserlerine yer verirken yararlanabileceği niteliktedir. FSEK m.37’de düzenlenen “haber istisnası” bu şekildedir. Buna göre; haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir. Ancak bu serbestlik, hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılamaz. Haber içeriğini hazırlayan kişinin yararlanabileceği diğer istisnalara örnek olarak; umumî yollar, caddeler ve meydanlara temelli kalmak üzere koyulan güzel sanat eserlerinin, resim, fotoğraf ve benzeri yöntemler ile çoğaltılmasına, yayılmasına, umumi mahallerde projeksiyonla gösterilmesine, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlanmasına izin veren FSEK m.40 hükmü ve mevzuat, içtihat veya nutukların kullanılmasına istisna getiren FSEK m.31-32 düzenlemeleri gösterilebilir.

Kanunda eser niteliğindeki haberi kullanan üçüncü kişilerin yararlanabilecekleri istisnalar da mevcuttur. Örneğin FSEK m.30’da eserin genel emniyet veya adli amaçlara hizmet maksadıyla yayımını ve çoğaltılmasını mümkün kılan düzenleme bu şekildedir. Bir diğer örnek, FSEK m.38’de düzenlenen şahsen kullanım istisnasıdır. Hükümde, bütün fikir ve sanat eserlerinin (dolayısıyla eser niteliğindeki haberlerin de) kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılmasının mümkün olduğu; ancak bu çoğaltmanın hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremeyeceği ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamayacağı öngörülmüştür. Keza yayımlanmış haberin tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsili de eser sahibinin ve eserin adının mutad şekilde açıklanması şartıyla serbesttir (FSEK m.33).

FSEK’te “alıntı” da çeşitli hükümlerde düzenlenerek eser niteliğindeki haber üzerindeki hakları sınırlandırmaktadır²⁷. Alıntı (iktibas), bir eserin ya da eserin bir parçasının, ifadeleri açıklamak, bir görüşü savunmak ya da eser ile muhatap arasında entelektüel bir iletişim kurmak amacıyla başkasına ait bir eser içerisinde kullanılmasıdır²⁸. Düzenlemelerden ilki, eğitim ve öğretim için seçme ve toplama

²⁷ Bu konuda genel bilgi için bkz. SOYKAN, İsmail, “Fikrî Mülkiyet Hukukunda Basım İktibasları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 67, s. 1-2, s. 183-207.

²⁸ DREIER, Thomas / SCHULZE, Gernot, *Kommentar zum Urheberrechtsgesetz*, 7. Aufl., Beck, München, 2022, §51 Rn. 2b; ayrıca bkz. AB Adalet Divanı (Büyük Daire), 29.7.2019 - C-516/17 (Spiegel Online GmbH/Volker Beck), GRUR 2019, 940.

eserler oluşturmak amacıyla alıntı yapılmasıdır. FSEK m.34'te yer alan bu hükme göre; yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde iktibaslar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi serbesttir²⁹.

Kanun'da, eğitim ve öğretim gayesiyle seçme ve toplama eser meydana getirme amacı dışında eserlerden alıntı yapılabilmesinin serbest bırakıldığı bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Bu düzenleme, "iktibas serbestisi" başlığı altında FSEK m.35'te yer almaktadır. İktibas serbestisi, derleme eser oluşturmaya yönelik alıntıyı değil, genel olarak bilimsel ve kültürel amaçlarla yapılan alıntı serbestisini düzenlemektedir. Ancak hükme göre, bir eserden alıntı yapabilmek sadece; alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması, yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması, alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde ve içeriği aydınlatmak amacıyla bir ilim eserine konulması ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi hallerinde mümkündür³⁰. Eser niteliğindeki haberin içeriklerinden, FSEK m.34 ve 35'ün şartlarına uygun şekilde alıntı yapmak mümkündür.

Kanun'da alıntı ile ilgili bir diğer düzenleme FSEK m.36 hükümdür. Bu hüküm haber içerikleri özelinde alıntı serbestisini düzenlemektedir. Bir diğer ifadeyle, FSEK m.34 ve 35'in konusunu ilgili maddelerde belirtilen her türlü fikir ve sanat eseri oluşturmakta iken, FSEK m.36 sadece haber değeri olan eserler ile ilgili bir düzenlemedir. Konuyla ilgili taşıdığı önem açısından, söz konusu hükmü ayrı bir başlıkta değerlendirmeyi uygun görmekteyiz.

b. Gazete İçeriği İstisnası

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.36'da toplumun haber alma hakkı gözetilerek³¹ haber içeriklerinin koruma kapsamını daraltan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gazete münderecatı (içeriği) başlığını taşıyan hüküm şu şekildedir:

²⁹ Detaylı bilgi için bkz. BOZGEYİK, Hayri, "Telif Hukukunda Eğitim İstisnası", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Y. 2015, C. 1, S. 2, s. 28 vd.

³⁰ FSEK m.35 uyarınca yapılacak alıntıda hukuka uygunluk kriterleri için ayrıca bkz. USLU, Ramazan, "Alıntıda Hukuka Uygunluk Kriterleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. 68, S. 4, s. 925 vd.

³¹ ATEŞ, Mustafa, "Fikir ve Sanat Eseri Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüzün Ref'i", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Y. 2022, C. 8, S. 2, s. 324.

«Basın Kanununun 15 inci maddesi hükmü mahfuz kalmak üzere basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler serbestçe iktibas olunabilir.

Gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere müteallik makale ve fıkraların iktibas hakkı sarahaten mahfuz tutulmamışsa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması serbesttir. İktibas hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınması, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması caizdir.

Bütün bu hallerde, iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alameti zikredilmek icap eder.»

Hükmün birinci fıkrası, günlük havadis ve haberlerle ilgilidir. Kanun koyucu bu tür haberlerden serbestçe iktisap edilebileceğini düzenlenmiştir. Mahfuz tutulan Basın Kanunu m.15 hükmü ise günümüzde yürürlükte değildir.³²

Öğreti ve uygulamadaki genel kanaate göre bu hükmün kapsamındaki günlük havadis ve haberler “eser niteliğinde olmayan” haberlerdir.³³ Bu görüş doğrultusunda hareketle varılacak sonuç, birinci fıkra hükmünün bildirici nitelikte olduğudur. Nitekim FSEK yalnızca “eser” niteliğindeki haberlerin üçüncü kişilerce kullanımına sınırlandırmalar getirmektedir; bu niteliği haiz olmayan fikri ürünler FSEK’in konusuna girmemekte, dolayısıyla Kanun bunlarla ilgili olarak bir sınırlama öngörmemektedir. Bir diğer ifadeyle FSEK uyarınca eser niteliğinde olmayan haberlerden serbestçe alıntı yapılabileceği, bunların serbestçe kullanılabilmesi FSEK m.36/1 hükmü olmadan da ulaşılabilecek bir sonuçtur.

³² Mülga 5680 sayılı Basın Kanunu’nun 15. Maddesi uyarınca “Bir mevkutenin hususi fedakarlık ihtiyariyle elde edip yayınladığı haber yazı ve resimler mevkute sahibinden müsaade alınmadıkça neşirlerinden 24 saat geçmeden başka mevkuteler tarafından yayınlanamaz. Hususi fedakarlık ihtiyariyle elde edilen yazı ve resimler için mevkute sahibinden izin almak mecburidir”. Benzer bir hüküm yeni Basın Kanunu’nun 24. Maddesinde şu şekilde yer almaktadır: “Bir süreli yayında yayımlanmış haber, yazı ve resimleri kaynak göstermeksizin yeniden yayımlayanlar beşmilyar liradan onmilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Bu eserleri, yeniden yayım hakkı saklı tutulmuş olmasına rağmen, süreli yayım sahibinin izni olmadan yeniden yayımlayanlar yirmimilyar liradan kırkmilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.” FSEK’in mevcut halinde Basın Kanunu m.24’e açık bir atf olmamakla birlikte, bu husus koşullarının mevcudiyeti halinde ilgili hükümde öngörülen cezai yaptırımın uygulanmasına engel değildir.

³³ ARSLANLI, Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II-Fikir ve Sanat Eserleri**, Sulhi Garan, İstanbul, 1954, s. 130; AYİTER s. 161; YAVUZ, Levent / ALICA, Türkan / MERDİVAN, Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt 1, 2**, Basım, Seçkin, Ankara, 2014, s. 1309.

Ayrıca eser sayılmayan bir fikri ürün üzerinde hak sahibine mutlak nitelikte manevi-mali haklar tanınmayacağı için bu haklara getirilen sınırlandırmalardan bahis açmaya da gerek yoktur³⁴. Görüldüğü üzere öğreti ve uygulamadaki genel kanaat (birinci fıkra hükmünün eser sayılmayan haberler ile ilgili olduğu görüşü) takip edilirse, bu şekilde bir düzenlemenin eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar kapsamında yer alması anlamsızdır. Keza hükmün üçüncü fıkrasında, birinci ve ikinci fıkrayı kapsar şekilde düzenlenen ad ve kaynak belirtme zorunluluğu da birinci fıkrada bahsi geçen günlük havadis ve haberler açısından pratik önem taşımaz. Zira bu hükmün ihlal edilmesi halinde FSEK’te uygulanabilecek bir yaptırım yoktur. Nitekim FSEK’te tüm davalar ile ilgili düzenlemeler “*mali ve manevi hakların ihlali halinde*” şeklinde başlamaktadır. Dolayısıyla 36’ncı maddenin 3’üncü fıkrasına dayanarak, eser sayılmayan haberler için talep ileri sürülemez, tazminat davası açılmaz. Bu tür haberlerin kaynak göstermeden iktibas halinde genel hükümlere başvurulması gerekir³⁵.

Çalışmanın başlarında da ifade edildiği gibi eser olabilmenin şartını oluşturan hususiyet, atlanması büyük bir eşik değildir. Düşük düzeyde hususiyet dahi bir fikri ürünü “eser” olarak nitelendirmeye yetmektedir. Kanaatimizce FSEK m.36/1 hükmünün, eser sayılmakla birlikte düşük düzeyde hususiyet içeren haberleri kapsadığının kabul edilmesi isabetli olur. Bu şekilde bir yorum hükme anlam kazandırmakla kalmaz, aynı zamanda düşük hususiyet içeren haberlerin, hükmün son fıkrası ile getirilen kaynak belirtme zorunluluğu ile ilgili düzenlemeyle sınırlı da olsa korunmasını sağlar. Aksi halde (FSEK m.36/1’in eser sayılmayan haberler ile ilgili bir hüküm olduğunun kabulü halinde) eser niteliği taşıyan ve fakat düşük düzeyde hususiyet içeren haberlerin ne şekilde ele alınması gerektiği ile ilgili bir sorun ortaya çıkmaktadır. Nitekim düşük düzeyde

³⁴ FSEK m.36 başlığının “Gazete Münderecatı (İçeriği)” şeklinde olmasını eleştiren bir görüşe göre FSEK m.36/1 yalnızca gazetelerde yer alan haberlere değil, her türlü günlük havadis ve habere istisna getirdiği için hükmün başlığı olması gerekenden dar tutulmuştur (Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaşılmalı Fikri Haklar**, 7. Basım, Turhan, Ankara, 2021, s. 353). Ancak belirttiğimiz gibi FSEK m.36/1 eser sahiplerinin haklarına getirilen gerçek bir istisna değildir; zira eser sayılmayan haberler ile ilgilidir. Eser sayılan haberler için getirilen asıl istisnai düzenleme ise FSEK m.36/2’de yer almakta ve gazete ile dergilerde yer alan haberler için istisna getirmektedir. Bu açıdan söz konusu düzenleme ile madde başlığı arasında ciddi bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

³⁵ Esasen özel nitelikli Basın Kanunu m.24’te de kaynak gösterme zorunluluğu ile ilgili bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre; bir süreli yayında yayımlanmış haber, yazı ve resimleri kaynak göstermeksizin yeniden yayımlayanlar adli para cezasıyla cezalandırılırlar. Ancak bilindiği gibi adli para cezası, olası bir zararın varlığı halinde istenebilecek tazminatı ikame edecek bir yaptırım değildir. Öte yandan Basın Kanunundaki hükümde yalnızca kaynak gösterme zorunluluğundan bahsedilmekte, FSEK’teki gibi “*kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alameti zikredilmek icap eder*” şeklinde detaylı bir ifade kullanılmamaktadır. Hükmün cezai niteliği nedeniyle, FSEK’in kıyasen uygulanması ve kaynak göstermenin şekline ilişkin belirli kurallar getirilmesi mümkün değildir.

hususiyet içerdiği için FSEK m.36/1 kapsamına girmeyen haberler, FSEK m.36/2 hükmünde belirtilen nitelikleri de taşımadıkları takdirde, haber niteliğinde olmayan diğer tüm eserler ile aynı korumaya tabi olacaklardır; bir diğer ifadeyle bu tür haberler için FSEK m.36'da öngörülen “koruma kapsamı sınırlandırması” geçerli olmayacaktır. FSEK m.36'nın ikinci fıkrası, toplumsal, siyasi ve ekonomik nitelikteki makale ve fıkralarla ilgilidir. Bu tür haberlerin “eser” olduğu kabul edilmekte; ancak toplumsal yarar gözetilerek korunmaları hususunda sınırlandırmalar getirilmektedir. Yüksek derecede hususiyet içerse dahi toplumsal, siyasi ve ekonomik nitelik taşıdığı için korunması sınırlandırılan bu haberlerin, bu nitelikleri taşımayan ancak düşük düzeyde hususiyet içeren haberlerden daha dar bir kapsamda korunması hakkaniyetli değildir.

Eser sahipliğinden doğan haklara gerçek anlamda istisna getiren hüküm, toplumsal, siyasi ve ekonomik nitelikteki makale ve fıkraları³⁶ konu alan FSEK m.36/2'dir. Bu hükmün “eser niteliğindeki” birtakım haberler ile ilgili olduğu konusunda herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Ancak bu hüküm de kendi içerisinde birtakım problemler barındırmaktadır. Her şeyden önce bu hüküm, tarafı olduğumuz uluslararası Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi³⁷ ile uyumsuzdur. Sözleşmenin mükerrer 10. maddesinin ilk fıkrasında “*Gazetelerde ya da dergilerde yayımlanan güncel ekonomik, politik ya da dini makalelerin yayınına ya da telli olarak topluma iletimine ve aynı nitelikteki eserlerin yayınına ve basın yoluyla çoğaltımına izin verilmesi, çoğaltma, yayın ya da topluma iletimin açıkça mahfuz tutulmadığı durumlarda Birlik ülkelerinin mevzuatı ile düzenlenecektir*” düzenlemesi yer almakta³⁸, buna bağlı olarak Birlik ülkeleri gazetelerde ya da dergilerde yayımlanan güncel ekonomik, politik ya da dini makalelerin üçüncü kişilerce iktibas konusunda çeşitli serbestiler getirmektedir. FSEK m.36/2'de de keza “*Gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere müteallik makale ve fıkraların iktibas hakkı sarahaten mahfuz tutulmamışsa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması serbesttir*” denemektedir; ancak dikkat edilirse FSEK'te, Bern Sözleşmesindeki gibi “ekonomik, politik ya da dini makaleler” değil, “içtimai, siyasi

³⁶ Makale ve fıkra ibarelerinden, belirli bir konuda düşüncelerin açıklanması veya bilgi verilmesi amacıyla yazılmış köşe yazılarının anlaşılması gerektiği yönünde bkz. ALICA (YAVUZ / MERDİVAN), s. 1313.

³⁷ Türkiye, ilk kez 1886 tarihinde kabul edilmiş olan Bern Sözleşmesine, 1951 yılında sözleşmenin 1948'de tadil edilmiş metnini (Brüksel Belgesi) onaylayarak katılmıştır. 1971 yılında sözleşmede yapılan değişiklikler (Paris Belgesi) ise ülkemizde 1995 tarihinde onaylanmıştır (RG: 12/07/1995, No: 22341).

³⁸ Çevirinin alıntılandığı yer için bkz. https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_349175.pdf (E.T: 5.1.2023).

veya iktisadi” nitelikteki makaleler düzenleme kapsamına alınmıştır. “İçtimai” yani “toplumsal” sözcüğü oldukça kapsayıcı bir ifadedir. Bern Sözleşmesine göre toplumsal nitelik taşımakla birlikte salt kültürel, eğlence içerikli ya da bilimsel konular sınırlandırma kapsamına alınmamışken FSEK’in bu tür haberlerin üçüncü kişilerce kullanımına da serbesti getirmesi, habercinin aleyhinedir. Öte yandan alıntılama yapılabilecek haberlerin “günlük” olması gerektiğine dair Kanun’da öngörülen şartın “güncel” şeklinde anlaşılmasının da habercinin aleyhine olabileceği düşüncesindeyiz³⁹. Örneğin, kadına şiddetin toplumsal bir yara olarak güncelliğini koruyucu oluşu, aylar öncesinde kadına şiddet ile ilgili yazılmış bir köşe yazısının FSEK m.36’ya dayanılarak iktibas edilebileceği anlamına gelmemelidir. Günlük, o günlerde ortaya çıkan, o günlere ait olan demektir. Bunu “güncel” sözcüğü ile eş tutacak olsak dahi, “konunun güncelliği” değil “olayın güncelliği” şeklinde anlamının isabetli olabileceği kanaatindeyiz.

FSEK m.36/2’de belirtilen haberlerin iktibas edilebilmeleri için gazete ve dergilerde yayımlanmış olmaları gerekmektedir. Kanunda, gazete ve dergilerin dijital ya da basılı olmaları ile ilgili bir belirleme bulunmaması sebebiyle, internet gazetelerinde çıkan haberler için hükmün uygulanmayacağı yönünde öğretide ifade edilen görüşe⁴⁰ katılmamaktayız.

FSEK m.36/2’de belirtilen haberlerin iktibas edilebilmeleri için “*iktibas hakkının açık bir şekilde saklı tutulmamış olması*” gerekliliğine de dikkat çekmek gerekir. Ancak şunu unutmamak gerekir ki FSEK’teki bütün sınırlandırmalar alenileşmiş eserler için geçerlidir. Nitekim FSEK m.20’de yer alan “*Henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekilde ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, bu Kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir.*” hükmü bu durumu ortaya koymaktadır. Alenileşmiş eser ise ilk kez hak sahibinin rızasıyla kamuya sunulmuş eser demektir (FSEK m.7). Dolayısıyla iktibas hakkı açıkça saklı tutulmamış olsa bile, şayet haber ilk kez hak sahibi tarafından umuma arz edilmemişse (örneğin haber başkasınca ele geçirilip yayımlandıysa) FSEK m.36/2 hükmü uygulanmamaktadır. Aynı şey basın özetleri için de geçerlidir. Her ne kadar Kanun’da, gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere ilişkin makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alıntılanmasının iktibas hakkının saklı tutulup tutul-

³⁹ Günlük ifadesinin “güncel” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. ALICA (YAVUZ / MERDİVAN), s. 1314.

⁴⁰ Bkz. ALICA (YAVUZ / MERDİVAN), s. 1314 ve orada belirtilen kaynaklar.

madığından bağımsız olarak mümkün olduğu belirtilmiş⁴¹ de burada da yine yalnızca “alenileşmiş” haberler için bu istisna hükmü uygulanabilmektedir.

Basılı ortamda yer alan haberlerin kısaltılarak “dijital/elektronik ortamda” basın özeti şeklinde yayımlanması da mümkündür. Ancak bu kullanımın, eser sahiplerinin menfaatine önemli ölçüde zarar vermemesine dikkat edilmelidir. TRIPS’te öngörülen üç aşamalı test vasıtasıyla bu tespit yapılabilir⁴². Bilindiği gibi üç aşamalı test, eser sahibinin haklarının sınırlandırıldığı hallerde bu sınırlandırmanın hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi konusunda bir ölçüt olma görevi yerine getirmektedir. Getirilen istisnanın/sınırlandırmanın sağlama-sı gereken ilk koşul, belirli ve özel bir duruma ilişkin olmasıdır⁴³. Sınırlandırmanın “eserin normal kullanımına engel teşkil etmemesi” gerekliliği, testin ikinci aşaması olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴. Sınırlandırmanın, eserden mali biçimde yararlanma olasılığını kayda değer bir şekilde azalttığı durumlarda bu koşulun sağlanmadığı kabul edilmektedir. Testin son aşamasında ise hak sahibinin meşru menfaatlerine makul olmayan ölçüde zarar verilip verilmediği hususu değerlendirilmelidir⁴⁵. Görüldüğü gibi üç adım testi, sınırlandırmanın somut olayda uygulanabilirliği değerlendirmesinde bir yorum aracı niteliğindedir. Elektronik ortamda yayımlanacak basın özetleri için bu yorumun nasıl yapılacağı konusunda, Alman Federal Mahkemesi’nin 2002 tarihli “*Elektronische Pressespiegel*” kararı yol gösterici olmaktadır⁴⁶. Kararda Federal Mahkeme, basın özetleri için getirilen istisnanın dijital-elektronik ortamdaki basın özetleri için de uygulanmasının şartlarını ortaya koymuştur. Buna göre; basın özetlerini kullanacak kişilerin haberi faksimile (tıpkıbasım) şeklinde alıntılanması, ayrıca alıntılanmanın tam metin açma, arama, indeksleme gibi özellikler sunmayan grafik dosyalar halinde (örneğin (ai, .eps, .psd, .jpg, .gif, .tif, .png formatlarında) yapılması gerekir. Kararda ayrıca “*dijital ortamdaki basın özetleri belirlenebilir*

⁴¹ Bozbel’e göre basın özetleri için eser sahibine herhangi bir telif ücreti ödenmeden bu yönde bir serbesti getirilmesi isabetli değildir (BOZBEL, Savaş, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, On iki Levha, İstanbul, 2012, s. 192).

⁴² WANDTKE, Artur-Axel / BULLINGER, Winfried, **Praxiskommentar Urheberrecht**, 6. Aufl., Beck, München, 2022, §44a Rn. 1; üç adım testi için ayrıca bkz. ÖZDEN MERHACI, Selin, “Fikri Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerde Üç Adım Testi ve Yorumlanması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 140, s. 25 vd; HELVACI, Serap / ATAR, Eray Aksın, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 1289 vd.

⁴³ ÖZDEN MERHACI, s. 29.

⁴⁴ HELVACI / ATAR, s. 1295 vd; ÖZDEN MERHACI, s. 30.

⁴⁵ HELVACI / ATAR, s. 1297 vd; ÖZDEN MERHACI, s. 31.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 11. 7. 2002 - I ZR 255/00 (Hamburg) Elektronischer Pressespiegel, GRUR 2002, 963.

sayıda kullanıcının erişimine sunulmalı ve basın özetinin kullanımı ilgili sayfaların kullanıcı yoğunluğunu alışılmışın üstünde artırmamalı” denmektedir. Bu ifadeden, elektronik basın özetlerinin sadece kurum içi ortamlarda kullanılabilceği anlaşılmaktadır⁴⁷.

FSEK m.36/3'te yer alan “*iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alameti zikredilmek icap eder*” hükmü gereği, FSEK m.36/2'ye göre alıntı yapılabilecek tüm hallerde kaynak gösterme zorunluluğuna riayet edilmesi gereklidir. Ayrıca hükümde açıkça belirtilmemiş de olsa eser sahibinin manevi haklarının kullanımdan zarar görmemesine de dikkat edilmelidir. Zira FSEK m.36 hükmü ile koruma kapsamı daraltılan haklar mali haklardır. Manevi haklar bundan etkilenmemelidir.

Eser niteliği taşımakla birlikte FSEK m.36 kapsamına girmeyen haberler; bir diğer ifadeyle toplumsal, siyasi ve ekonomik günlük konulara ilişkin olmayan, güncelliğini yitiren olaylara ilişkin olan veya gazete ve dergilerde yer almayan haberler, yalnızca bir üst başlıkta izah ettiğimiz FSEK m.34 ve 35 hükümlerine uygun bir şekilde iktibas edilebilirler ya da şartları varsa FSEK m.30 vd. hükümlerde öngörülen istisnalar kapsamında serbestçe kullanılabilirler. Kanun'da belirtilen istisnaların şartları sağlanmaksızın haberi kullanan üçüncü kişiler, gerçekleştirdikleri manevi ve mali hak ihlalden sorumlu tutulurlar.

3. İhlal Halinde İleri Sürülebilecek Talepler

Haber niteliğindeki eserden doğan hakları ihlal edilen hak sahiplerinin ihlale karşı ileri sürebilecekleri talepler FSEK m.66 vd. hükümlerde düzenlenmiştir. Bunun yanında FSEK m.15/3'te, bir eserin kimin tarafından meydana getirildiği ihtilaflı ise yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise eserin hakiki sahibinin, hakkının tespitini mahkemeden isteyebileceği hususu da hükme bağlanmıştır⁴⁸.

FSEK m.66 vd. hükümler kapsamında düzenlenen davalar ise tecavüzün önlenmesine (tecavüzün men'i), kaldırılmasına (tecavüzün ref'i) ve tazminat taleplerine ilişkindir. Tazminat dışındaki taleplerde kusur şartı aranmaz.

⁴⁷ Karar değerlendirmesi için ayrıca bkz. KATZENBERGER, Paul, “Elektronische Pressespiegel aus der Sicht des urheberrechtlichen Konventionsrechts”, **GRUR Int**, Y. 2004, Heft 9, s. 739.

⁴⁸ FSEK'te genel bir tecavüzün tespiti davası düzenlenmemiştir. Öğretiye göre bu dava şartları varsa TTK m.56/1 ve TMK m.25'e göre açılacaktır, bkz. NAL / SULUK (KARASU), s. 135.

FSEK 69'da "*Mali veya manevi haklarında tecavüz tehlikesine maruz kalan eser sahibi muhtemel tecavüzün önlenmesini dava edebilir. Vaki olan tecavüzün devam veya tekrarı muhtemel görülen hallerde de aynı hüküm caridir.*" şeklinde düzenlenen tecavüzün men'i davası, tecavüzün ilk kez gerçekleşeceğine ya da tekrarlanacağına dair yakın ve muhtemel bir tehlike olması halinde bu tehlikeyi savuşturmak amacıyla açılmaktadır.

Başlanmış ve devam etmekte olan tecavüzün kaldırılması ve etkilerinin giderilmesi bakımından açılabilir dava ise tecavüzün refi davasıdır⁴⁹. Bu dava mali ve manevi haklar açısından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Manevi haklar açısından tecavüzün refi talebini düzenleyen hüküm 67. maddedir. Buna göre; daha önce alenileşmemiş eser niteliğindeki haberin üçüncü kişiler tarafından umuma arz edilmesi halinde çoğaltılarak yayımlanmış nüshaların toplatılması FSEK m.67/1 hükmü ile sağlanabilir. Haberde eser sahibinin adı hiç belirtilmemiş, yanlış veya kifayetsiz belirtilmiş ya da iltibasa meydan verir şekilde kullanılmışsa yahut kaynak gösterme kuralına riayet edilmemişse FSEK m.67/2 ve m.67/3⁵⁰ uyarınca bu duruma son verilebilir. Manevi hakkın ihlali haber içeriğinde haksız değişiklik yapmak şeklinde gerçekleşmişse, değişikliğin eski haline getirilmesi, düzeltilmesi, ilanı gibi talepler de bu hüküm kapsamında ileri sürülebilir (FSEK m.67/4, Nr.1). Keza güzel sanat eserlerinin (örneğin haber içeriğinde yer alan eser niteliğindeki fotoğrafların) değiştirilmesi halinde, eser sahibinin adının kaldırılması⁵¹, değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığının belirtilmesi ya da mümkünse eski halin iadesi talepleri ileri sürülebilir (FSEK m.67/4, Nr.2).

Eski hale getirme, değişiklik yapma gibi talepler manevi hak ihlalleri söz konusu olduğunda ileri sürülebilecek taleplerdir. Mali hak ihlalleri söz konusu olduğunda ise FSEK m.68 hükmü uygulanmaktadır. Buna göre; işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim hakkı ihlal edilen eser sahipleri, üçüncü

⁴⁹ Ref kavramının tanımı ve mahiyeti ile şartları için bkz. ATEŞ, Mustafa, "Fikir ve Sanat Eseri Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüzün Ref'i", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Y. 2022, C. 8, S. 2, s. 339 vd.

⁵⁰ Yukarıda (Bölüm I.C.2.b) belirttiği üzere öğretilde ve uygulamada hakim olan görüş (her ne kadar katılsak da), FSEK m.36/1 hükmünün "eser sayılmayan" haberler ile ilgili bir düzenleme olduğu yönündedir. FSEK m.67/3'de, 36. maddedeki kaynak gösterme kuralına aykırılığın da ref davasına konu olacağı düzenlenmişse de kanımızca eser sayılmadığı kabul edilen FSEK m.36/1'deki haberler yönünden FSEK m.67 değil, genel hükümler uyarınca ref talebinde bulunulmalıdır (bu husus Bölüm II. A'da ele alınmıştır). Zira FSEK, eser sayılmayan içerikler ile ilgilenmez.

⁵¹ Özellikle eserde yapılan değişikliğin eser sahibinin hususiyetini yok edecek seviyeye ulaşması, bir diğer ifadeyle eser ile sahibi arasındaki manevi bağın kopması halinde eserden eser sahibinin adının kaldırılması talebinin ileri sürülmesi önem taşır (ATEŞ, Tecavüzün Ref'i, s. 365 vd.).

kişilerle bu hakların kullanılması konusunda bir lisans sözleşmesi yapılmış olsalardı talep edebilecekleri bedelin yahut Kanun uyarınca belirlenecek rayiç bedelin üç katına kadar bedel talep etme hakkına sahiptirler.

Şayet tecavüz edenin kusuru varsa, eser sahibi FSEK m.70 uyarınca tazminat talebinde de bulunabilir. FSEK m.70/2'ye göre; mali hakları zarar gören kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere ilişkin hükümler çerçevesinde tazminat talep edebilir. FSEK m.70/1'de ise manevi hakları ihlal edilen kişinin, uğradığı manevi zarara karşılık tazminat ödenmesi için dava açabileceği ve mahkemenin, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebileceği düzenlenmiştir. Manevi haklar ile ilgili tazminat talepleri bakımından Kanun'da "kusur" şartına yer verilmemiştir⁵².

Eser sahibinin manevi hakkı ihlal edildiğinde, bundan maddi bir zarar doğması da imkân dâhilindedir. Ne var ki FSEK m.70/2'de maddi tazminat talebi, yalnızca mali hakların ihlali ile ilintili düzenlenmiştir. Bu nedenle manevi hak ihlallerinden kaynaklanan maddi zarar, doğrudan genel hüküm niteliğindeki TBK m.49 vd. hükümler uyarınca tazmin edilebilir⁵³ veya FSEK m.70/2 hükmü kıyasen uygulanabilir. Her halükarda sonuç değişmeyecektir; zira kanun koyucu, mali hakların ihlali bakımından tazminat talebini düzenlediği FSEK m.70/2 hükmünde de genel hükümlere gönderme yapmıştır.

FSEK m.70/3 hükmüne göre hakkı tecavüze uğrayan kimsenin, tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır. Bir hakkı ihlal eden kişinin ihlal teşkil eden kullanımdan elde ettiği kârın devri, TBK m.530'da düzenlenen "gerçek olmayan vekaletsiz iş görme" kurumunun konusudur. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, iş gören, başkasının hukuk alanına girerek bir iş görmekte ise de başkasının işini görme iradesi taşımamakta, işi kendi menfaatine yapmaktadır. Bu hükme göre iş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir. FSEK m.70/3 hükmü, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden doğan taleplerin özel bir görünüm şeklidir⁵⁴.

⁵² Manevi hakka (somut olayda adın belirtilmesi hakkına) tecavüz, mahiyeti itibariyle haksız fiil niteliğinde olduğundan, haksız fiilden doğan tazminat taleplerinin kurucu unsuru olan hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı meydana gelen ihlal bakımından mevcut olmalıdır (bkz. OĞUZ Arzu / ÖZDEN-MERHACI Selin, "Fikri ve Sınai Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri", **Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2013, s. 956). Ancak Yargıtay'a göre eser sahibine ait manevi hakların ihlal edilmesi, manevi tazminat talebi için yeterli olup karşı tarafın kusuru aranmaz (Yar. HGK., E. 2002/283 K. 2002/340 T. 01.05.2002 -lexpera; E.T: 5.1.2023).

⁵³ KILIÇOĞLU, s. 429.

⁵⁴ KILIÇOĞLU, s. 422.

Gerek TBK m.530'da gerekse FSEK m.70/3'te gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin "kusur" şartı gerektirdiğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden doğan kârın iadesinin, konu ve amaç bakımından maddi tazminat taleplerinden farklı olduğu ileri sürülerek kusur ve zarar şartının aranmaması gerektiği savunulmaktadır⁵⁵.

II. ESER SAYILMAYAN HABERLER İÇİN HUKUKİ KORUMA

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.36'nın, belirli nitelikteki haberlerin üçüncü kişilerce kullanımını serbest bıraktığından yukarıda bahsettik. Ancak kullanımın FSEK uyarınca serbest olması, diğer yasalar uyarınca da serbest olacağı anlamına gelmez. Her yasanın koşullarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Nitekim eser niteliğinde olmasa dahi haberin üçüncü kişilerce kullanılması, kimi zaman dürüstlük kuralına, kimi zaman da kişilik hakkına aykırılık gösterebilir.

A. Haksız Rekabet Yaratan Kullanımlara Karşı Koruma

Haksız rekabet, TTK'nın 54 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesini öngören haksız rekabet düzenlemeleri, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaları "haksız" ve "hukuka aykırı" olarak nitelendirmiş ve bunlar için belirli yaptırımlar öngörmüştür. O halde haberin üçüncü kişilerce kullanımının dürüstlük kuralına aykırı olması halinde TTK m.54 vd. hükümlerde yer alan düzenlemelere başvurulabilir.

Dürüstlük kuralına aykırı davranış ve uygulamaların başlıcaları TTK m.55'te örneklendirilmiştir. Bu örnekler arasında "*kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp ondan yararlanmak*" durumuna da yer verilmiştir (TTK m.55/1, c-3). Haberin üçüncü kişilerce, toplumu bilgilendirme paravanının ardında salt ekonomik yarar elde etmek, ilgili web sitesinin kullanıcı yoğunluğunu artırmak vb. amaçlarla kullanımı bu örnek ile örtüşür niteliktedir; zira başkalarının iş ürünlerinden, deneyimlerinden, tecrübelerinden haksız yararlanılması söz konusudur.

⁵⁵ TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Basım, Vedat, İstanbul, 2012, s. 334; YAVUZ, Levent / ALICA, Türkan / MERDİVAN, Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt 2**, 2. Basım, Seçkin, Ankara, 2014, s. 2216.

Daha önceki bölümlerde, FSEK m.36/3'te yer alan “*Bütün bu hallerde, iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alameti zikredilmek icap eder.*” hükmünün öğretideki hakim görüşe göre eser sayılmayan haberler açısından uygulanamayacağından söz etmiştik. Eser sayılmayan haberi alıntılamanın üçüncü kişinin kaynak gösterme kuralına riayet etmediği hallerde haksız rekabet hükümleri uygulanabilir. Başkasına ait haberi kendi haberiymiş gibi kullanan ve haberin kaynağı konusunda toplumu yanılgıya düşüren kimselerin TTK m.55/1-a, Nr.4'te “*başkasının malları, iş ürünleri faaliyetleri ve işleriyle karıştırılmaya yol açan önlemler almak*” şeklinde örneklendirilen haksız rekabet fiilini işlediklerini söylemek mümkündür. Karıştırılmaya yol açmasa bile kaynak gösterme kuralına riayet etmemek, “*bir meslek dalında veya çevrede olan iş şartlarına uymamak*” şeklinde de değerlendirilebilir; bu husus TTK m.55/1-e uyarınca haksız rekabet teşkil eden davranışların bir diğer örneğidir.

Hemen belirtelim ki TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin uygulanması, FSEK'in bu hususta TTK'ya bir gönderme yapmış olması şartına bağlı değildir. Daha önce de belirtildiği üzere FSEK m.84 hükmü; işaret, resim, ses, fotoğraf gibi içeriklerin, bunları nakle yarayan bir araca kaydedilmesi halinde üçüncü kişilerce aynı araçtan yararlanarak kullanılmayacağını düzenlemiş ve buna aykırılık halinde ileri sürülebilecek noktada TTK'nın haksız rekabet ile ilgili düzenlemelerine yollama yapmıştır. Bu madde kapsamına girmeyen hallerde TTK'nın doğrudan uygulanması mümkündür.

Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse; fiilin haksız olup olmadığının tespitini, haksız rekabetin men'ini, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini, tecavüzün önlenmesi için kaçınılmazsa haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını ve ayrıca kusur varsa maddi zarar ve ziyanın tazminini TTK m.56 hükmü uyarınca talep edebilir. Tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir. Öte yandan TTK m.56'da, TBK m.58'in şartlarının varlığı halinde manevi tazminat talep edilebileceği de öngörülmüştür.

Söz konusu davalar bakımından mahkeme, davayı kazanan tarafın istemiyle, gideri haksız çıkan taraftan alınmak üzere, hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine karar verebilir. İlanın şekli ve kapsamı mahkeme tarafından belirlenir (TTK m.59).

B. Kişilik Hakkına Aykırı Kullanımlara Karşı Koruma

Haber içeriklerinin kişilik hakkının ihlaline yol açan kullanımları TMK ve TBK uyarınca yaptırıma bağlanmıştır. Eser sayılmayan haberler için “manevi hak” şeklinde bir kategori bulunmadığı için şartları varsa kişilik hakkına aykırılık iddiasında bulunmak mümkündür. Dayanak teşkil eden hüküm TMK m.24’tür. Buna göre; hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik haklarına yapılan her saldırı kural olarak hukuka aykırıdır. Bunun istisnasını kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi hukuka uygunluk sebepleri oluşturur (TMK m.24/2). Haber içeriğinde habercinin şerefini, haysiyetini zedeleyen bir değişiklik ya da çarpıtma yapılması gibi durumlar, her halükarda hukuka aykırılık oluşturur.

Kişilik hakkı zarar görenin; önleme, durdurma, saldırıya son verme, tespit düzeltme gibi davaları açma imkanı vardır (TMK m.25/1). Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir (TMK m.25/2). TMK m.25/3’te yer alan “*Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmemesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır*” ifadesi ise tazminat ve kazanç iadesi bakımından TBK’ya gönderme yapıldığını göstermektedir. TBK’ya göre üçüncü kişilerin hukuka aykırı ve kusurlu davranışlarından bir zarar doğmuş ise, bu doğan maddi zararı 49’uncu maddeye göre tazmin etmek mümkündür. Kişilik hakkının zedelenmesinden doğan manevi zarar ise TBK m.58’e göre tazmin edilebilir. Manevi zarar, habercinin/haber içeriğini oluşturan kişinin elem, keder, üzüntü yaşaması gibi durumlarda söz konusu olabilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir (TBK m.58/2). Hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın iadesi ise TBK m.530’da öngörülen gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sağlanmaktadır⁵⁶.

III. TALEPLERİN İLERİ SÜRÜLEBİLECEĞİ KİŞİLER

Haber içeriklerinin FSEK ve genel hükümlere aykırı kullanımını bizzat gerçekleştirenler, işledikleri fiilden ötürü doğrudan sorumludurlar. Bunun ya-

⁵⁶ TBK m.530 uygulaması için ayrıca bkz. yukarıda Bölüm I.D.

nında, mevzuatta, ihlali gerçekleştiren kişileri çalıştıranlara karşı da talepler ileri sürülebileceğini düzenleyen hükümler mevcuttur. Tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa, ref davası FSEK m.66/2 uyarınca, men davası ise FSEK m.69/2 uyarınca işletme sahibi hakkında açılabilir.

Haksız rekabet hukuku açısından çalıştıranların sorumluluğunu düzenleyen hüküm ise TTK m.57'dir. Buna göre haksız rekabet fiili hizmetlerini veya işlemini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa; tespit, men, ref ve haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası talepleri çalıştıranlara karşı da ileri sürülebilir.

Maddi ve manevi tazminat talepleri açısından ise TBK'nın adam çalıştıranın sorumluluğunu konu alan TBK m.66 düzenlemesini göz önünde bulundurmak gerekir. Hükme göre adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür; meğerki çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmiş bulunsun. Öte yandan adam çalıştıran, zarar veren çalışana, ödediği tazminat için onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

Çalıştıranların sorumluluğu dışında, basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenleyen hükümler de mevcuttur. Buna göre haksız rekabet ile ilgili tespit, men veya eski hale getirme davası kural olarak basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir (TTK m.58). Ayrıca yazılı basında yer alan haberler için belirli hallerde, sırasıyla; yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibine açılması mümkündür⁵⁷. TTK m.58/1'e göre bu haller; 1) yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanması, 2) yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılması, 3) başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahi-

⁵⁷ Bu kişiler hakkında yukarıda anılan sıra gözetilerek tespit, men, eski hale getirme davalarının açılması kusurlu olmalarına bağlı değildir. Ancak sayılan kişilerden birinin kusuru mevcutsa, sıra gözetilmeksizin kendisine dava açılabilir (TTK m.58/2).

binin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılmasının mümkün olmamasıdır.

Her ne kadar basın yayın ve iletişim kuruluşlarının yukarıda bahsedilen koşullar altında sorumluluğu bulursa da bu husus salt “hizmet sağlayıcı” olarak hareket eden kişiler açısından geçerli değildir. TTK m.58/4’te düzenlenen bu hüküm, FSEK EK madde 4/3⁵⁸ ve internet sükelerinin (içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların) yükümlülük ve sorumluluklarını düzenleyen 5651 sayılı Kanun⁵⁹ ile de uyumludur. Her ne kadar bu Kanunlar arasında terim birliği olmayıp, hizmet sağlayıcı yerine zaman zaman yer sağlayıcı, servis sağlayıcı gibi ifadeler kullanılsa da ortak özellikleri içeriğe ulaşmada teknik hizmet sunmak olan; içeriğin seçilmesinde, belirlenmesinde ve oluşturulmasında kendisinin bir katkısı olmayan tüm bu aktörlerin yükümlülüğü yalnızca kendilerine usulüne uygun bir bildirim yapılması halinde o içeriği veya içeriğe sağlanan erişimi engellemek ya da içerik sağlayıcısına verilen hizmeti durdurmak ile sınırlıdır (Uyar-kaldır sistemi)⁶⁰. Ancak yasadaki sorumsuzluk hükmünün uygulanabilmesi, hizmet/servis/erişim sağlayıcıların içeriğin seçilmesinde, belirlenmesinde rol oynamamış ve haksız fiilin iletimini başlatmamış olmalarına bağlıdır (TTK m.58/4). Dolayısıyla bilişim sistemlerine haber içeriğini yüklemek isteyen kişilere teknik hizmet sağlamakla sınırlı kalmayan, bu içeriğin seçilmesinde, belirlenmesinde ve oluşturulmasında aktif rol üstlenen hizmet sağlayıcıları bu sorumsuzluk hükmünden yararlanamaz.

Basın-yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu sadece tespit, men ve eski hale getirme davaları ile sınırlıdır. Tazminat talepleri açısından ise

⁵⁸ Hükme göre; dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlali halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlale konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için, hakları zedelenen gerçek veya tüzel kişi, öncelikle içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlalin durdurulmasını ister. İhlalin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlale devam eden içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlalin durdurulması halinde içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır.

⁵⁹ “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”, RG. 23.05.2007/26530.

⁶⁰ Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişilerin “yer sağlayıcı” olarak adlandırıldığı 5651 sayılı Kanun uyarınca yer sağlayıcılar, yer sağladıkları içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir (5651 sayılı Kanun m.5/1). Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği, yasa da belirtilen usule göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür (5651 sayılı Kanun m.5/2). İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemi, söz konusu yasa da “uyarı yöntemi” olarak adlandırılmaktadır (5651 sayılı Kanun m.2/1-r).

Basın Kanunu m.13'te özel bir hüküm bulunmaktadır. Bu düzenleme yalnızca "basılmış eserler" yoluyla işlenen haksız fiilleri ilgilendirmektedir. Ancak buradaki "eser" kavramını FSEK'teki "hususiyet taşıyan fikri ürün" anlamıyla sınırlı tutmamak gerekir⁶¹. Her türlü görsel-sözel içerik ve haber ajansı yayınları, bu hükümdeki eser kavramına dahildir (Basın Kanunu m.2). Hükme göre; basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddî ve manevî zararlardan dolayı süreli yayınlarda, eser sahibi ile yayın sahibi ve varsa temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ile yayımcı, yayıncının belli olmaması halinde ise basımcı müştereken ve müteselsilen sorumludur⁶². Öte yandan bu hüküm, süreli veya süreli olmayan yayınlarda yayın sahibi, marka veya lisans sahibi, kiralayan, işleten veya herhangi bir sıfatla yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek veya tüzel kişiler hakkında da uygulanmaktadır. Şayet yayımcı bir tüzel kişi şirket ise anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde ise en üst yönetici şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Dikkat edilirse bu hükme göre sorumlu kişiler arasında haber müdürü, genel yayın müdürü, sorumlu yazı işleri müdürü ya da imtiyaz sahibi kişiler yer almamaktadır⁶³. Zararı doğuran fiilin işlenmesinden sonra yayının her ne surette olursa olsun devredilmesi, başka bir yayınla birleştirilmesi veya sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin herhangi bir surette değişmesi halinde, yayını devir alan, birleşen ve her ne surette olursa olsun yayın sahibi gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ve anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde üst yönetici, bu fiil nedeniyle hükmedilecek tazminattan yukarıda sayılan kişilerle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur (Basın Kanunu m.13/3).

IV. TALEPLERİN İLERİ SÜRÜLEBİLECEĞİ SÜRELER

Haber içeriklerinin haksız kullanımı sebebiyle ileri sürülebilecek talepler, belirli sürelerle tabidir. Söz konusu süreler kural olarak parasal talepler için geçerlidir. Tecavüz teşkil eden fiil devam ettiği sürece durdurma, önleme davaları için zamanaşımı süreleri işlemez⁶⁴.

⁶¹ Basın Kanunu'na göre basılmış eserlerin unsurları için bkz. DÖNMEZER, Sulhi / BAYRAKTAR, Köksal, **Basın Hukuku**, 6. Basım, Beta, İstanbul, 2016, s. 278.

⁶² İçel'e göre Basın Kanunu m.13 hükmü, TBK m.66'nın özel bir görünümüdür; bu bakımdan ilgili hükümdeki sorumluluğun TBK m.66'daki esaslara göre saptanması gerekir (İÇEL, Kayıhan, **Kitle İletişim Hukuku**, 14. Basım, Beta, İstanbul, 202, s. 363).

⁶³ Basın Kanunu m.13 kapsamında bu kişilere karşı açılan davaların husumetten reddi gerektiği yönünde bkz. örn. Yar. HGK., E. 2009/79 K. 2009/117 T. 11.3.2009; 4. HD., E. 2015/11591 K. 2017/4510 T. 5.7.2017 (lexpera; E.T: 5.1.2023).

⁶⁴ TEKİNALP, s. 307.

FSEK’te zamanaşımı ile ilgili özel bir düzenleme bulunmadığından, FSEK uyarınca açılacak davalar bakımından haksız fiil zamanaşımı (TBK m.72) ve genel alacak zamanaşımı (TBK m.146) süreleri uygulanır. TBK m.72’ye göre haksız fiil teşkil ettiği düşünülen bir fiil mevcutsa, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl, her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl içerisinde tazminat ile ilgili taleplerini ileri sürmesi gerekir. Kârın iadesi talepleri için veya haber içeriğinin üçüncü kişilerce kullanılmasına ilişkin sözleşme hükümlerinin ihlali halinde ise TBK m.146 uygulanır. Buna göre; kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir. FSEK m.68 uyarınca açılan davalar bakımından da bu hüküm kapsamında farazi sözleşme ilişkisi kurulduğu düşüncesiyle on yıllık sözleşme zamanaşımı süresi uygulanmaktadır⁶⁵. Haksız rekabet nedeniyle açılacak davalar ise davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her durumda bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TTK m.60).

Haksız rekabet/haksız fiil, Türk Ceza Kanunu’na göre daha yüksek zamanaşımını gerektiren bir cezayı öngörüyorsa, bu durumda Türk Ceza Kanunu’nun zamanaşımı süreleri uygulanır (TBK m.72/1, 2. cümle ve TTK m.60/2. cümle).

SONUÇ

Haber içeriklerini oluşturan yazılı, sözlü ve görsel ifadeler “fikir ve sanat eseri” olarak nitelendirilip nitelendirilmediklerine göre farklı yasalar ile koruma altına alınmıştır. Eser niteliğindeki haberler, FSEK’in eser sahibine tanıdığı manevi ve mali haklara konu olmaktadır. Sahibinin hususiyetini içermek ve bunun yanında Kanun’da sayılan eser kategorilerinden birinin özelliklerini taşımak, haberlerin eser sayılması için yeterlidir. Haberlerin toplumun genelini ilgilendiren ve bilgilendirme amacı taşıyan yapısı, eser sayılıp sayılmamasına etki etmez ve fakat koruma kapsamını daraltır. Diğer eserlerden hukuka uygun alıntı yapılabilmesi FSEK m.34-35’te düzenlenen koşullara tabiyken, haber niteliğindeki eserlerden, anılan hükümlerin yanı sıra FSEK m.36’te belirtilen koşullar uyarınca geniş kapsamda alıntı yapılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte FSEK m.36’nın Bern Sözleşmesine nazaran habercinin aleyhine olan koşullarında düzenlemeye gidilmeli ve ayrıca hükmün uygulanmasında “eser sahibi lehine yorum” ilkesi gözetilmelidir.

⁶⁵ Yar. 11. HD., E. 2016/410 K. 2017/4100 T. 12.7.2017; İstanbul BAM, 16. HD., E. 2017/3396 K. 2019/2714 T. 10.12.2019 (lexpera; E.T: 5.1.2023).

Haber niteliğindeki eserden doğan hakları ihlal edilen hak sahiplerinin ihlale karşı ileri sürebilecekleri talepler FSEK m.66 vd. hükümlerde düzenlenmiştir. Buna karşın eser niteliğinde olmayan haberler TTK, TMK, TBK hükümlerine göre korunabilmektedir. Haberin üçüncü kişilerce kullanımının dürüstlük kuralına aykırı olması halinde TTK m.54 vd. hükümlerde yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemelere başvurulabilir. TMK ve TBK ise haberin kullanımının kişilik hakkına aykırılık oluşturması halinde gündeme gelir. Eser sayılmayan haberlerin FSEK'teki korumadan yararlanamamasını fırsat bilen kimi otoritelerin, toplumu bilgilendirme paravanının ardında salt ekonomik yarar elde etmek, ilgili web sitesinin kullanıcı yoğunluğunu artırmak vb. amaçlarla haber içeriğindeki yazılı ve görsel ifadeleri kullanması oldukça sık karşılaşılan bir durumdur. Bu durumun haberci aleyhine yarattığı olumsuzlukları bertaraf etmek ve caydırıcılık sağlamak adına, genel hükümlerin somut olayda dikkatli ve etkin bir şekilde uygulanması önem taşımaktadır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- ARSLANLI, Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II-Fikir ve Sanat Eserleri**, Sulhi Garan, İstanbul, 1954.
- ATEŞ, Mustafa, “Fikir ve Sanat Eseri Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüzün Ref’i”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Y. 2022, C. 8, S. 2, s. 337-374.
- ATEŞ, Mustafa, “İşçinin İşin Görülmesi Sırasında Meydana Getirdiği Eser Üzerindeki Telif Hakları”, **TİSK Akademi**, Y. 2013, C. 8, S. 15, s. 69-95.
- ATEŞ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırması**, Seçkin, Ankara, 2003.
- AYİTER, Nuşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, 2. Basım, Sevinç, Ankara, 1981.
- BAHADIR, Çilem, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2019, C. 14, S. 152, s. 746-753.
- BELLİCAN, Cüneyt, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından Hususiyet Kavramı”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2008, C. 7, S. 1, s. 67-90.
- BOZBEL, Savaş, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, On İki Levha, İstanbul, 2012.
- BOZGEYİK, Hayri, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Y. 2009, C. 25, S. 3, s. 170-222.
- BOZGEYİK, Hayri, “Telif Hukukunda Eğitim İstisnası”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Y. 2015, C. 1, S. 2, s. 23-36.
- DÖNMEZER, Sulhi / BAYRAKTAR, Köksal, **Basın Hukuku**, 6. Basım, Beta, İstanbul, 2016.
- DREIER, Thomas / SCHULZE, Gernot, **Kommentar zum Urheberrechtsgesetz**, 7. Aufl., Beck, München, 2022.
- EREL, Şafak N., **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, İmaj, 2. Basım, Ankara, 1998.
- GÖNÜLAL, Ece, “Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yönergesi ile Beraberinde Getirdiği Tartışmalar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, S. 2, s. 783-808.

- HELVACI, Serap / ATAR, Eray Aksın, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 1289-1302.
- İÇEL, Kayıhan, **Kitle İletişim Hukuku**, 14. Basım, Beta, İstanbul, 2021.
- KATZENBERGER, Paul, “Elektronische Pressespiegel aus der Sicht des urheberrechtlichen Konventionsrechts”, **GRUR Int**, Y. 2004, Heft 9, s. 739-745.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 7. Basım, Turhan, Ankara, 2021.
- OĞUZ, Arzu / ÖZDEN-MERHACI, Selin, “Fikri ve Sınai Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2013, s. 951-974.
- ÖZDEN MERHACI, Selin, “Fikri Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerde Üç Adım Testi ve Yorumlanması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 140, s. 24-34.
- ÖZKAN, Zehra / POLAT AKGÜN, Deniz, “Basın Yayıncılarına Bağlantılı Hak Tanınması Sorunsalı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 140, s. 49-63.
- ÖZTAN, Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan, Ankara, 2008.
- SOYKAN, İsmail, “Fikri Mülkiyet Hukukunda Basın İktibasları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, C. 67, s. 1-2, s. 183-207.
- SOYSAL, Tamer, “Basılı Yayınların Telif Hukuku Kapsamında Bağlantılı Hak Niteliği ve Bu Yayınların Avrupa Birliği’nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Korunması”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Y. 2019, C. 5, S. 2, s. 260-298.
- SULUK, Cahit, “Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 7, S. 12, s. 169-227.
- SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 6. Basım, Seçkin, Ankara, 2022.
- TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Basım, Vedat, İstanbul, 2012.
- ÜSLU, Ramazan, “Alıntıda Hukuka Uygunluk Kriterleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, C. 68, S. 4, s. 913-958.
- UYGUR, Atiye, **Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004.
- WANDTKE, Artur-Axel / BULLINGER, Winfried, **Praxiskommentar Urheberrecht**, 6. Aufl., Beck, München, 2022.
- YAVUZ, Levent / ALICA, Türkay / MERDİVAN, Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt 1-2**, 2. Basım, Seçkin, Ankara, 2014.
- www.lexpera.com.

İş Hukuku Boyutuyla Eğitim Karşılığı Çalışma Taahhüdü, Eğitim Giderini İade Borcu ve Ceza Koşulu^(*)

Commitment to Work for a Fixed Period in Exchange for Training, Reimbursement of Training Expenses and Contractual Penalty under the Perspective of Labour Law

Artür KARADEMİR^(**)

Öz:

İşverenin daha vasıflı personel ihtiyacını karşılamak için işçilerini yurt içinde veya yurt dışında meslekî eğitime tabi tutması veya eğitim giderlerini karşılaması muhtemeldir. İşte, işçiye sağlanacak eğitimin gerektirdiği giderlerin işveren tarafından karşılanması halinde, işçinin belli bir süre çalışmayı taahhüt etmesi; bu taahhüde aykırı davranması halinde ise işverence yapılan eğitim giderlerinden sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kural olarak geçerlidir. Eğitim giderlerinin işçiden talep edilebilmesi, eğitimin işçinin kariyer gelişimine katkı sağlayan nitelikli bir eğitim olmasına bağlıdır. Ayrıca, eğitim giderlerine ilişkin geri ödeme kayıtlarının işçiye karşı ileri sürülebilmesi, iş sözleşmesinin hangi sebeple sona erdiğinin de araştırılmasını gerektirmektedir. İş sözleşmesi işçinin kusurundan kaynaklanan bir nedenle bağlanma süresi içinde sona ermiş ise bu kayıtlar işçiye karşı ileri sürülebilecektir. Buna karşılık, işçinin iradesinin ön planda olmadığı bir durumda işçinin eğitim giderlerinden sorumlu olmadığı kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin evlilik veya emeklilik nedeniyle feshedilmesi halinde işçinin iradesi ön planda olduğundan eğitim giderlerinden sorumlu tutulması mümkündür. Aynı sonuç, bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçi açısından da geçerlidir. Buna karşılık, zorunlu muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçinin sözleşmenin sona ermesi noktasında bir müdahalesi söz konusu olmadığından, işçiye eğitim giderlerinden sorumlu tutmak adil olmaz. Aynı yorum tarzı iş sözleşmesinin sağlık nedenleriyle veya zorlayıcı nedenlerle feshinde de geçerli olmalıdır. İşletmenin ekonomik riski işverene ait olduğundan, işçinin kusurunun bulunmadığı hallerden sorumlu tutulmaması gerekir. Aynı şekilde, iş sözleşmesi ikale yoluyla sona ermiş ise, ikale teklifinin kimden geldiği fark etmeksizin işçinin eğitim giderlerinden sorumlu tutulmaması gerekmektedir.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.06.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 08.09.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1358016>

Bu makaleye atıf için: KARADEMİR, Artür, “İş Hukuku Boyutuyla Eğitim Karşılığı Çalışma Taahhüdü, Eğitim Giderini İade Borcu ve Ceza Koşulu”, **İMİHFD**, C. 8, S. 2, 2023, s. 831-863

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Esenyurt Üniversitesi, Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü / İstanbul - Türkiye
E-posta: arturkarademir@esenyurt.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2933-4106>

Anahtar Kelimeler:

Eğitim Giderleri, Ceza koşulu, Askerlik, Evlilik, Emeklilik.

Abstract:

In order to meet the need for more qualified personnel, the employer is likely to subject its workers to vocational training in the country or abroad or to cover the training expenses. The agreements, which include the commitment of the employee regarding the obligation to work for a certain period in exchange for the training that is provided by the employer and the obligation to reimburse the training expenses if the employee breaches that commitment, are in principle valid. The entitlement to demand the training expenses depends on the training being a qualified one that contributes to the career development of the employee. Additionally, the validity of the contractual provisions related to the reimbursement of the training expenses require investigating the reason of the termination of the employment contract. These provisions entitle the employer to recover the training expenses if the employment contract is terminated within the agreed period for a reason arising from the fault of the employee. On the other hand, an employee should not be liable for the reimbursement of the training expenses, if the employment relationship ends within the agreed period for a reason which cannot be attributed to the employee. In case the employee terminates the employment contract due to marriage or retirement, it is possible to hold the employee liable for the training expenses, since the will of the employee takes a greater part in the termination. The same rule should apply in case of a termination on grounds of a paid military service. However, since the economic risk lies with the employer, it would not be fair to hold the employee liable for the termination of the employment contract due to compulsory military service, force majeure or health reasons when the employee is not at fault. The same rule should apply in terms of the mutual rescission, regardless of who offers to end the employment relationship.

Keywords:

Training Expenses, Contractual Penalty, Military Service, Marriage, Retirement.

GİRİŞ

İşverenlerin vasıflı personel ihtiyacını karşılamak için işçilerini meslekî eğitime tâbi tutmaları karşılığında işçiden belli bir süre çalışma taahhüdü almaları sık karşılaşılan bir olgudur¹. İşverenin, işçinin taahhüt ettiği mecburî hizmet süresi (bağlanma süresi²) karşılığında temin ettiği meslekî eğitim, işçinin kariyerinde ilerleme olasılığını arttırmakta; genel olarak işgücü piyasasında tercih edilen bir personel haline gelmesine katkı sağlamaktadır³. Bu açıdan meslekî eğitimin işçi-

¹ YILDIZ, Gaye Burcu, **İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 170; OZAN, Başak, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezaî Şart”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2010, C. 7, S. 25, s. 142; STRAUBE, Gunnar, “Inhaltskontrolle von Rückzahlungsklauseln für Ausbildungskosten”, **NZA-RR**, 2012, s. 505.

² Terim için bkz. ALP, Mustafa, “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezaî Şart ve İş Akdinin Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2010, S. 19, s. 31; YAYVAK NAMLI, İrem, **İş Hukuku’nda Cezaî Şart**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 570.

³ SÜZEK, Sarper, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, **Kamu-İş**, Y. 2002, C. 6, S. 4, s. 92; AYKAÇ, Hande Bahar, “Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezaî Şart”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2016, C. 13, S. 50, s. 725.

nin menfaatine olduğuna şüphe yoktur. Diğer yandan, işveren de işçinin mecburî hizmet süresine ilişkin taahhüdü vasıtasıyla işçiye yaptığı yatırımın karşılığını almaktadır. Bu bakımdan, işçiye meslekî eğitim verilmesi işçinin yararına olduğu kadar, işverenin de menfaatinin gerçekleştirilmesine imkân sağlamaktadır⁴.

Uygulamada işçinin meslekî eğitim karşılığı taahhüt ettiği bağlanma süresine riayet etmemesi veya genel olarak, bağlanma süresinden önce iş sözleşmesinin feshedilmesine sebep olması halinde eğitim giderlerinin işçiden tahsil edileceğine ilişkin kayıtlara rastlanmaktadır. Böylelikle, bir yandan işçinin bağlanma süresine uyması sağlanırken, diğer yandan sözleşmesel yükümlülüklerin ihlâli halinde işverenin işçiye yaptığı yatırım nedeniyle oluşan zararı karşılanmış olmaktadır. Bununla birlikte, bağlanma süresine uyulmadığı her durumda eğitim giderlerinin talep edilebileceği düşünülmemelidir. Bu noktada, Yargıtay'ın eğitim karşılığı bağlanma süresine aykırılık halinde eğitim giderlerinin iade borcuna ilişkin kapsamlı bir içtihat geliştirdiği ifade edilmelidir⁵.

Bu çalışmada konuya ilişkin Yargıtay uygulaması, öğretideki görüşlerle birlikte açıklanmaktadır. İlâveten, kıdem tazminatına hak kazandıran hâllerin eğitim giderlerini iade borcunu düzenleyen kayıtlar üzerindeki etkileri incelenmektedir. Ayrıca, özellikle bedelli askerlik ve “emeklilikte yaşa takılanların” iş sözleşmelerini feshetmeleri gibi yeni sayılabilecek toplumsal gelişmelerin eğitim giderini iade borcu karşısındaki durumları tartışılmaktadır.

I. EĞİTİM KARŞILIĞI ÇALIŞMA TAAHHÜDÜNÜN İHLÂLİNE BAĞLANAN YAPTIRIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE YAPTIRIMA İLİŞKİN SÖZLEŞMESEL KAYITLARIN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

İşçinin eğitim karşılığı bağlanma süresine aykırı davranması halinde tâbi olacağı yaptırım veya genel olarak, aykırılık halinde işverene belli bir miktar para ödenmesine ilişkin sözleşmesel kayıtlar çeşitli şekillerde formüle edilebilmektedir. İlk akla gelen olasılık, işçinin taahhüdüne aykırı davranması halinde salt eğitim giderlerinden sorumlu olacağı biçimindeki formülasyondur⁶. Ayrıca,

⁴ STRAUBE s. 506.

⁵ YAYVAK NAMLI, s. 556.

⁶ Bkz. “Taraflar arasındaki sözleşmenin eğitim başlıklı maddesinde sağlıkla ilgili teknik bilgi faaliyeti nedeni ile çalışanlara periyodik olarak eğitim verileceği, bu eğitimlerin maliyetlerinin olduğu belirtilmiş, eğitim bedeli başlıklı maddede ise işverenin şirket bünyesinde 7 yılını tamamlamadan ayrılan çalışandan ayrıldığı tarihten geriye doğru hesaplanan üç yıl içinde verilmiş eğitim masraflarını talep edebileceği düzenlemesine yer verilmiştir.” Yar. 9. HD, E. 2015/7075, K. 2017/51, 16.01.2017, (Legalbank). Ayrıca bkz. Yar. 7. HD, E. 2014/16884, K. 2014/22527, 11.12.2014; Yar. 9. HD, E. 2007/18761, K. 2008/12196,

işçinin eğitim giderleri karşılığında götürü olarak belirlenmiş bir miktar parayı işverene ödeyeceği de kararlaştırılmış olabilir⁷. Diğer yandan, işçi, eğitim giderlerinden bağımsız olarak, bağlanma süresine aykırı davranması halinde belli bir tutarı (ceza koşulunu) ödemekle yükümlü olacağını da taahhüt etmiş olabilir⁸. Son olarak, işçinin, bağlanma süresine ilişkin sözleşmesel yükümlülüğün ihlali halinde, hem eğitim giderinden bağımsız olarak kararlaştırılan ceza koşulundan, hem de eğitim giderlerinden veya eğitim giderleri karşılığı kararlaştırılan götürü tutardan sorumlu olacağına ilişkin bir anlaşma da ihtimal dahilindedir⁹.

A. Eğitim Giderlerine İlişkin Geri Ödeme Kayıtları

İşçinin bağlanma süresine aykırı davranması halinde eğitim giderlerinden sorumlu olacağına ilişkin kayıtların hukukî niteliği tereddüt yaratabilecek niteliktedir. Gerçekten, bir yandan, bu giderlere ilişkin geri ödeme kayıtlarının yalnızca somut giderlerle sınırlı olarak geçerlilik kazandığı; yani bu kayıtların işverenin zararını tazmine yöneldiği ifade edilebilecek iken, diğer yandan, geri ödeme kayıtları vasıtasıyla işçinin bağlanma süresine aykırı davranmasının önlenmesi amaçlanmakta ve “ceza koşulu”ndaki caydırıcılık unsuru ön plana çıkmaktadır. Nitekim öğretide ileri sürülen bir görüşe göre işçinin bağlanma süresine aykırı davranması halinde eğitim giderlerinden sorumlu olacağına ilişkin

12.05.2008; Yar. 9. HD, E. 2015/28879, K. 2019/2299, 24.01.2019, (Legalbank). Muhtemel eğitim giderinin miktarı ile kaynağının yeterli derecede somutlaştırılması gerektiği yönünde bkz. YAYVAK NAMLI, s. 583-584, 591. Alman hukuku açısından, BGB §307 Abs.1 S. 2’de düzenlenen şeffaflık kuralı uyarınca, genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşmesel kayıtlar söz konusu olduğunda eğitim giderlerinin miktarı ile kaynağının makul ölçüler dahilinde belirtilmiş olması gerekmektedir. Bu şartı yerine getirebilmek için toplam eğitim giderinin oluştuğu masraf kalemlerinin türü ve hesaplama esaslarının açıklanmış olması yeterlidir. Açıklama için bkz. SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina / HENSSLER, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 5, 9. Auflage, C. H. Beck, 2021, BGB §628 Rn. 50; MÜLLER-GLÖGE, Rudi / PREIS, Ulrich / SCHMIDT, Ingrid / PREIS, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 23. Auflage, C. H. Beck 2023, BGB §611a Rn. 653. Ayrıca bkz. DORTH, Florian, “Gestaltungsgrenzen bei Aus- und Fortbildungskosten betreffenden Rückzahlungsklauseln”, **RdA**, Heft 5, s. 297. Yazar, geri ödeme kayıtlarının götürü bir tutar içermek zorunda olup olmadığı sorusuna ilişkin Alman Federal İş Mahkemesi’nin bu konuda bir kanaat ortaya koymadığını; öte yandan şeffaflık kuralından hareketle, işçinin aydınlatılmamış olduğu genel işlem koşullarının geçersizlikle karşı karşıya kalabileceğini ifade etmektedir. Bu nedenle yazara göre “bu kayıtların hangi eğitimlerin temin edileceğini, eğitim nedeniyle ne tür harcamaların söz konusu olabileceğini ve işçinin hangi tutara kadar bu harcamalardan sorumlu olacağını içermesi gerekmektedir.”

⁷ Bkz. “Dosyada mevcut davacının imzasını içeren eğitim giderine yönelik taahhütnamede, davacının eğitim giderinin 1400,00 TL olup 3 yıl şirkette çalışma şartı olduğu aksi halde bedelin ödeneceğinin kararlaştırıldığı, görülmüştür.” Yar. 9. HD, E. 2015/35228, K. 2019/264, 08.01.2019, (Legalbank). Ayrıca bkz. Yar. 9. HD, E. 2015/14641, K. 2017/16590, 25.10.2017; Yar. 9. HD, E. 2010/9176, K. 2012/17225, 16.05.2012, (Legalbank).

⁸ Yar. 9. HD, E. 2015/12335, K. 2015/19834, 01.06.2015; Yar. 9. HD, E. 2007/15988, K. 2007/23031, 10.07.2007; Yar. 22. HD, E. 2012/19985, K. 2013/7969, 16.04.2013, (Legalbank).

⁹ Yar. 9. HD, E. 2010/39640, K. 2013/2355, 22.01.2013; Yar. 9. HD, E. 2014/15622, K. 2015/28981, 19.10.2015; Yar. 9. HD, E. 2015/1484, K. 2016/12412, 25.05.2016, (Legalbank).

kayıtlar ceza koşulu olarak nitelendirilebilirler. Zira bu halde işverenin başlıca amacı eğitim nedeniyle oluşan zararını karşılamak değil, işçinin bağlanma süresi boyunca iş ilişkisini sürdürmesini sağlamaktır. Başka bir anlatımla, eğitim giderini iade borcu, Türk Borçlar Kanunu¹⁰ (TBK) m.179 vd. maddelerinde düzenlenen ceza koşulunda olduğu gibi, işçinin (borçlunun) sözleşmesel yükümlülüklerinin ifasını garanti altına almaya yönelik bir işlev üstlenmektedir¹¹.

Gerçekleştirilecek eğitimin ne kadarlık bir masrafa sebebiyet vereceği tam olarak öngörülemez olduğu için, öğretide, götürü biçimde bir üst sınır belirlenmesinin faydalı olacağı da belirtilmektedir¹². Nitekim uygulamada, bağlanma süresine aykırılık nedeniyle eğitim giderinin iadesine ilişkin tutar içermeyen geri ödeme kayıtlarının yanı sıra, bu kayıtların götürü bir tutar belirtilmek suretiyle hazırlandığı da görülmektedir¹³. Bu kayıtlar, bazı Yargıtay kararlarında¹⁴ ve öğretide¹⁵ eğitim (giderleri) karşılığı ceza koşulu olarak adlandırılmaktadırlar¹⁶.

¹⁰ RG. 04.02.2011, S. 27836.

¹¹ Bkz. SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s. 94; EKMEKÇİ, Ömer, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS, 2001, s. 66; KARAGÖZ, Veli, “İşçinin Mesleki Eğitime Tabi Tutulması Durumunda Eğitim Giderlerinin Geri Ödenmesi (Karar İncelemesi)”, dn. 4, (Çevirimiçi) <http://www.e-akademi.org/makaleler/vkaragoz-1.htm>, E.T. 15.04.2023.

¹² Bkz. YAYVAK NAMLI, s. 584.

¹³ Örneğin bkz. “Somut uyumsuzlukta, taraflar arasındaki 20.03.2013 tarihli taahhütname ile davalı işçi, iş sözleşmesini 20.03.2015 tarihine kadar istifa etmek suretiyle sonlandırmayacağını, bu tarihe kadar, gerek istifa gerekse 4857 sayılı İş Kanunu’nun maddelerine göre haklı sebeple sözleşmenin feshedilmesi hallerinde, başlangıçta aldığı ve gideri tümüyle şirket tarafından karşılanan eğitim, ulaşım, konaklama, yemek, organizasyon masraflarına istinaden 10.000,00 TL eğitim gideri karşılığını ödemeyi taahhüt etmiştir.” Yar. 9. HD, E. 2015/14641, K. 2017/16590, 25.10.2017, (Legalbank). Ayrıca bkz. Yar. 9. HD, E. 2000/507, K. 2000/4100, 29.03.2000. Kararı kural olarak isabetli bulan incelemesi için bkz. SOYER, Polat, “Cezai Şart (Karar İncelemesi)”, **Çimento İşveren Dergisi**, Y. 2000, C. 14, S. 5, s. 30 vd.

¹⁴ Bkz. “İş hukukunda kararlaştırılan cezai şartın genellikle iş sözleşmesinin belirli bir süre boyunca haklı neden olmaksızın feshini önlemek, eğitim verilen işçinin asgari çalışma şartına uyulmaması hâlinde eğitim giderlerini geri talep edebilmek [...] amacıyla getirildiği görülmektedir. Tüm bu hâllerde taraflar sözleşmeden doğan bir yükümlülük yüklenmekte ve cezai şart ile söz konusu taahhütlerin etkinliği sağlanmaktadır.” Yar. 9. HD, E. 2022/5194, K. 2022/6860, 31.05.2022, (Legalbank). Eğitim giderlerini ödeme borcunun ceza koşulu olarak adlandırıldığı aynı yöndeki kararlar için bkz. Yar. 7. HD, E. 2014/17967, K. 2015/12808, 22.06.2015; Yar. 9. HD, E. 2012/16267, K. 2014/20334, 18.06.2014; Yar. 9. HD, E. 2015/13969 K. 2017/16218, 19.10.2017, (Legalbank).

¹⁵ ALP, s. 28 vd.; KESER, Hakan, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2016, S. 35, s. 32 vd.; ÖZDEMİR, Erdem, “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Y. 2005, C. 1, S. 4, s. 143 vd.; CANBOLAT, Talat / ERENER, Ebru, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart”, **İş ve Hayat Dergisi**, Y. 2017, C. 3, S. 5, s. 229.

¹⁶ Bu kayıtların hukuki nitelikleri itibarıyla teknik anlamda ceza koşulu olarak nitelendirilmeyecekleri; kendine özgü bir alacak talebini konu edindiklerine ilişkin karşı. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2008/9-430, K. 2008/438, 18.06.2008; Yar. 22. HD, E. 2014/20611, K. 2015/33213, 01.12.2015; Yar. 9. HD, E. 2004/30569, K. 2005/21529, 16.06.2005, (Legalbank).

Hemen belirtelim ki, ilgili kayıtlar yaygın uygulamaya paralel biçimde ceza koşulu olarak adlandırılırsalar da bazı yazarlar haklı olarak, eğitim gideri karşılığı öngörülen ödeme borcunun teknik anlamda ceza koşulu olarak nitelendirilemeyeceğini; bu halde daha ziyade eğitim giderlerinin işverene iade edilmesi veya ödenmesinden söz edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler¹⁷. Zira ceza koşulu, zararın varlığından veya ispatından bağımsız olarak talep edilebilmektedir (TBK m.180/1). Oysa eğitim giderleri karşılığı “ceza koşulu”nda ise işveren sadece ilgili işçiye özgü olarak yaptığı ve ispatlayabildiği eğitim giderini talep edebilmektedir¹⁸.

Eğitim giderleri karşılığı iade borcunun ceza koşulu olarak adlandırılması- na ilişkin açıklamalarda bulunan diğer bazı yazarlara göre de meselenin iş hukukunun sosyal karakterinden hareketle ele alınması gerekmektedir. Buna göre, iş hukukunun işçiyi koruyucu yapısı, klasik ceza koşulu düşüncesinin iş hukukuna uyarlanması sonucunu doğurmuştur¹⁹. Sonuçta, borçlar hukuku kuralları iş hukukunun sosyal karakterine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Bu açıdan, taraflarca kararlaştırılan ceza koşulunun, ispatlanabilen eğitim gideri oranında talep edilebilir olmasına ilişkin yargı uygulaması isabetlidir²⁰.

B. Eğitim Giderleri Karşılığı Ceza Koşulu

Yukarıda da ifade edildiği üzere, eğitim giderlerini geri ödeme kayıtları klasik borçlar hukuku bağlamındaki ceza koşulundan farklılık arz etmektedir. Öte yandan, bu çalışmada, eğitim giderlerini geri ödeme kayıtlarını karşılamak üzere yaygın kullanıma paralel olarak eğitim giderleri karşılığı “ceza koşulu” terimi tercih edilmiştir.

Yargıtay uygulaması itibarıyla, iş sözleşmesinin bağlanma süresi içinde sona ermesi nedeniyle işverence yapılan eğitim giderlerinin, işçiden talep edilebilmesi, taraflar arasında bu giderlerin istenebileceğine ilişkin bir anlaşmanın mevcut olmasına bağlıdır²¹. Bu yönde bir anlaşmanın eğitimin verilmesinden

¹⁷ ALP, s. 29. Aynı yönde bkz. ALPAGUT, Gülsevil, “İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süresi Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezaı Şart”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 2007, S. 8, s. 19; KESER, s. 33; AYKAÇ, s. 741; YAYVAK NAMLI, s. 602.

¹⁸ Bkz. “İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir”, Yar. 9. HD, E. 2009/17402, K. 2011/19618, 30.06.2011, (Legalbank). Ayrıca bkz. Yar. 7. HD, E. 2014/17967, K. 2015/12808, 22.06.2015; Yar. 9. HD, E. 2012/16267, K. 2014/20334, 18.06.2014, (Legalbank).

¹⁹ CANBOLAT / ERENER, s. 229 vd.

²⁰ ÖZDEMİR, s. 151; OZAN, s. 152.

²¹ Bkz. Yar. 9. HD, E. 2011/6563, K. 2013/14692, 15.05.2013; Yar. 22. HD, E. 2017/4684, K. 2017/13996, 13.06.2017, (Legalbank). Aynı yönde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 925; YILDIZ, s. 173; YAY-

önce veya sonra yapılması mümkündür²². Bu bağlamda, iş sözleşmesinde veya sözleşmenin eki niteliğindeki bir taahhütname ile işçinin eğitim giderleri karşılığı ceza koşulundan sorumlu olacağı kararlaştırılabilir²³. İşçinin taahhüt ettiği mecburî hizmet süresinden önce iş ilişkisinin sona ermesine sebebiyet vermesi halinde eğitim giderleri karşılığı ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmaların karşılıklılık şartını (TBK m.420) yerine getirmediği düşünülmelidir. Bu halde işçi, işveren lehine kararlaştırılan ceza koşulunun karşılığını eğitim vasıtasıyla almış olmaktadır. İşçi lehine ceza koşulu kararlaştırılmamış olsa dahi işçinin eğitim giderleri karşılığı ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin kayıtlar geçerlidir²⁴.

Öte yandan, işçi her hâlükârda eğitim giderlerinin veya gider karşılığı kararlaştırılan ceza koşulunun tamamından sorumlu değildir. Eğitim giderleri karşılığı ceza koşulu fiilen yapılan eğitim harcamalarıyla sınırlı olarak geçerlidir. Belirtelim ki, hangi masraf kalemlerinin eğitim gideri olarak değerlendirileceği konusunda öğretide görüş birliği mevcut değildir. Eğitim kurumlarına veya eğitmenlere ödenen paraların, eğitim malzemeleri için harcanan tutarların, eğitim için gereken konaklama veya ulaşım harcamalarının işverence talep edilebilir eğitim giderlerinin kapsamına girdikleri açıktır²⁵. Buna karşılık, eğitim sırasında işçiye ödenen ücretlerin de eğitim gideri sayılarak iade borcuna

VAK NAMLI, s. 603. Aksi yönde bkz. DEMİR, Fevzi / DEMİR, Gönenç, “İş Sözleşmelerinde Yer Alan Eğitim Karşılığında Çalışma Şartı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 2010, S. 17, s. 116. Yazar, eğitim karşılığı belli bir süre çalışmayı taahhüt eden işçi aleyhine eğitim giderlerini ödeme konusunda sözleşmesel bir yükümlülük getirilmemiş olsa dahi, iş sözleşmesini bağlanma süresi içinde haklı neden olmaksızın fesheden işçinin eğitim giderlerinden sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca sorumlu tutulabileceği kanaatindedir.

²² Yar. 9. HD, E. 2014/32276, K. 2016/4274, 29.02.2013; Yar. 9. HD, E. 2017/13360, K. 2019/7080, 28.03.2019, (Legalbank). Buna karşılık, işçinin eğitimden sonra asgari ölçüde de olsa hangi çalışma şartlarına göre iş göreceğinin belirlenmiş olması gerektiği yönünde bkz. YAYVAK NAMLI, s. 592.

²³ Bkz. Yar. 9. HD, E. 2011/31486, K. 2013/25984, 21.10.2013; Yar. 9. HD, E. 2015/28879, K. 2019/2299, 24.01.2019, (Legalbank). Hatta iş ilişkisinin fiilen başlamasından evvel kararlaştırılan ve tarafların eğitim giderlerinin iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın feshi halinde ödeneceği yönünde anlaştıkları bir olayda işçinin bu giderleri ödemekle yükümlü tutulduğu bir olay için ayrıca bkz. Yar. 9. HD, E. 2008/1781, K. 2009/13520, 14.05.2009, (Legalbank).

²⁴ SOYER, Polat “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, s. 368-369; AKYİĞİT, Ercan, *İş Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 339; DOĞAN YENİSEY, Kübra, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 40; YAYVAK NAMLI, s. 556. Yargıtay’ın geçmiş tarihli uygulamasının aksi yönde olduğuna, fakat daha sonra içtihat değişikliğine gidildiğine ilişkin bkz. SOYER, Karar İncelemesi, s. 30; SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s. 92-93; CANBOLAT / ERENER, s. 234-235.

²⁵ Eğitim giderlerinin kapsamı için bkz. DEMİR / DEMİR, s. 115, ÖZDEMİR, s. 149; KESER, s. 35-36; AYKAÇ, s. 737; YAYVAK NAMLI, s. 582-583; ERSEVEN YILDIZ, İlknur, *İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Cezai Şart*, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 77.

konu olup olamayacağı hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. İleri sürülen bir görüşe göre meselenin bir ayırım yapılarak incelenmesi gerekmektedir. İşçi eğitim süresince aynı zamanda iş görme borcunu da yerine getiriyorsa, bu sırada ödenen ücretlerin bağlanma süresine aykırılık nedeniyle iadesi talep edilememelidir. İşçi eğitim süresince iş görme borcunu yerine getirmemişse, bir iş karşılığı olmaksızın ödenmiş olan ücretlerin de eğitim gideri olarak iadesi talep edilebilmelidir²⁶. Zira ücret işveren lehine üretim süreci içinde ödenen iş görme borcunun karşılığıdır. Oysa eğitim sırasında işçi işverenin yararına değil, kendi yararına bir eylemde bulunmaktadır²⁷. Katıldığımız diğer görüş uyarınca eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun kapsamı eğitim için doğrudan veya dolaylı olarak yapılan ödemelerdir²⁸. Eğitim sırasında işçiye ödenen ücretlerin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir²⁹. Eğitim sırasında yapılan ücret ödemeleri, eğitim “nedeniyle” yapılan ödemeleri değil, işverenin iş sözleşmesindeki temel borcu kapsamında yapılan ödemeleri ifade etmektedir³⁰. Kaldı ki, işçi eğitim aldığı sırada dahi işverenin otoritesi altındadır. İşveren, kendi talimatıyla eğitime katılan işçinin eğitim gördüğü sırada iş görme borcunu yerine getirmemesini kabul etmiş sayılmaktadır. Bu sırada işçinin geçimini sürdürebilmesi için yapılan ödemelerin bağlanma süresinin ihlali nedeniyle iadesi talep edilememelidir³¹. Yargıtay da eğitim sırasında işçiye ödenen ücretlerin eğitim giderlerine eklenerek iadesinin talep edilemeyeceğine karar vermiştir³². Yüksek mahkemenin uygulaması isabetlidir. Eğitim sırasında işveren lehine bir üretim gerçekleştirilmediğinden eğitim süresince ödenen ücretlerin bir iş karşılığı olmadığı görüşüne katılmıyoruz. Zira eğitim sadece işçi lehine sonuçlar doğurmamaktadır. İşçinin eğitim sayesinde bilgi ve performansını arttırması işverenin de lehinedir³³. İşçinin iş görme edimini belli bir sonucu gerçekleştirme yükümlülüğü biçiminde anlama-

²⁶ DEMİR / DEMİR, s. 115; SOYER, Karar İncelemesi, s. 31; AKYIĞIT, s. 338-339;

²⁷ DEMİR / DEMİR, s. 115.

²⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 928. Reklam giderleri gibi eğitime yönelik olmayan kalemlerin ise iade borcunun kapsamına alınamayacağına ilişkin bkz. Yar. 9. HD, E. 2010/46829, K. 2013/7668, 05.03.2013. Kararı isabetli bulması itibarıyla bkz. DOĞAN YENİSEY, s. 71-72.

²⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 928.

³⁰ KESER, s. 36.

³¹ YILDIZ, s. 172; OZAN, s. 143.

³² Yar. 9. HD, E. 2009/4244, K. 2011/3347, 14.02.2011; Yar. 9. HD, E. 2008/18992, K. 2010/4977, 25.02.2010, (Legalbank). Yargıtay'ın bu yöndeki uygulaması için ayrıca bkz. YAYVAK NAMLI, s. 575.

³³ KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, “Eğitim Amaçlı Düzenlenen Toplantıların Fazla Çalışma Olarak Kabul Edilmemesi, Fazla Çalışma Süresinin Hesaplanması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 2009, S. 13, s. 124; KARADEMİR, Artür, “İsviçre ve Amerikan Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Yolda ve Eğitimde Geçen Sürelerin Çalışma Süresiyle İlişkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2022, S. 162, s. 359.

mak gerekmektedir. İşçinin ifayla yükümlü olduğu edim “belli bir amaca yönelik belirli bir eylemi gösterme yükümü” olarak tezahür etmektedir. Buradaki amaç sadece “üretim” biçiminde yorumlanamaz. Nitekim işverene sağlanacak fayda fiili üretimden başka şekillerde de ortaya çıkabilir³⁴.

İşçi, taraflarca kararlaştırılan götürü eğitim giderinin aksine, sadece ispatlanabilen eğitim giderlerinden sorumludur. Bu konudaki ispat yükü işverenin üzerindedir³⁵. Yargıtay’a göre eğitime ilişkin harcamaların yazılı delille ispatlanması gerekmektedir³⁶. Kuşkusuz, eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun talep edilebilmesi için işçiye eğitim verildiği de ispatlanmalıdır. Bu konuda işçinin imzasını taşıyan katılımcı çizelgelerinden yararlanılabilir³⁷. İşveren kayıtları da eğitimin verildiği konusunda destekleyici olabilir³⁸. Bununla birlikte, tek başına işverence sunulan listelere dayanarak işçinin eğitim giderleri karşılığı ceza koşulundan sorumlu olduğuna karar verilemez. İlgili listede belirtilen gider kalemleri ile tutarlara dayanak oluşturan belgelerin de incelenmesi gerekmektedir³⁹. Yurtdışında gerçekleştirilen eğitime ilişkin olarak, işçinin yurtdışına çıkış kayıtları tek başına eğitimin verilmiş olduğunu ispatlamaya yeterli değildir⁴⁰.

İşveren, sadece işçiye özgü olarak gerçekleştirilen giderleri talep edebilir. Eğitim toplu olarak verildiyse, münferit işçiye düşen tutar tespit edilmek suretiyle işçinin sorumluluğu belirlenmelidir. İşçinin eğitim karşılığı taahhüt ettiği bağlanma süresine riayet etmeksizin iş ilişkisinin erken sona ermesine sebep olması halinde, ceza koşulunun çalışılmayan (bakiye) süreye oranlanmak suretiyle tahsili talep edilebilir⁴¹. Ceza koşulunun bakiye süreye göre oranlanması

³⁴ KÖSEOĞLU, s. 123; KARADEMİR, s. 360. Ayrıca, eğitimin günlük normal çalışma süresi içerisinde gerçekleştirilmesi durumunda, eğitimde geçen sürenin çalışma süresinden sayılması gerektiği yönünde bkz. EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra, **Bireysel İş Hukuku Derleri**, Güncellenmiş 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 439.

³⁵ YAYVAK NAMLI, s. 584; OZAN, s. 144; ERSEVEN YILDIZ, s. 94.

³⁶ Yar. 9. HD, E. 2015/14641, K. 2017/16590, 25.10.2017; Yar. 22. HD, E. 2012/28152, K. 2013/19597, 24.09.2013, (Legalbank).

³⁷ Yar. 9. HD, E. 2009/17330, K. 2011/19554, 30.06.2011, (Legalbank). Devam belgelerinde işçinin imzası bulunmadığından eğitim verildiğinin ispatlanmadığı bir olay için ayrıca bkz. Yar. 9. HD, E. 2010/45385, K. 2013/5329, 12.02.2013, (Legalbank).

³⁸ Bkz. Yar. 22. HD, E. 2012/28152, K. 2013/19597, 24.09.2013, (Legalbank).

³⁹ Yar. 9. HD, E. 2011/42212, K. 2011/33492, 26.09.2011; Yar. 22. HD, E. 2013/37154, K. 2014/1142, 30.01.2014, (Legalbank). Kararlara konu olan olaylarda, eğitim giderlerinin işveren nezdinde tutulan belgelerle ispatlanamaması nedeniyle emsal eğitim ücreti araştırmasına başvurulmuştur.

⁴⁰ Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi, 9. HD, E. 2018/275, K. 2019/54, 15.01.2019, (Legalbank).

⁴¹ Yar. 9. HD, E. 2017/26506, K. 2018/321, 16.01.2018; Yar. 9. HD, E. 2022/3704, K. 2022/4891, 20.04.2022; Yar. 9. HD, E. 2011/23295, K. 2013/20777, 08.07.2013, (Legalbank).

ceza koşulu tutarının aşırı olmasına bağlı değildir⁴². Oranlanma neticesinde ceza koşulu yine de aşırı olabilir. Bu halde, bazı yazarlar, hakim in ceza koşulunu TBK m.182/3 uyarınca indirmesinde bir engelin bulunmadığını kabul etmektedirler⁴³.

Eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun geçerliliği işçiye temin edilen eğitimin niteliğiyle de bağlantılıdır. Salt işverenin menfaatine olan; işçiye parayla ölçülebilecek şekilde meslekî kazanım sağlamayan eğitimlerin giderlerine ilişkin kararlaştırılan geri ödeme kayıtları veya ceza koşulu geçersizdir⁴⁴. Bağlanma süresine riayet edilmemesi halinde işçinin eğitim giderlerinden sorumlu olacağına ilişkin kayıtların geçerliliği denetlenirken, temin edilen eğitim sayesinde işçinin iş gücü piyasasında daha fazla tercih edilen bir çalışan haline gelip gelmediği bir ölçüt olarak dikkate alınmalıdır⁴⁵. İşçinin zaten bildiği bilgilerin tekrarlanmasından ibaret olan veya işçinin sadece mevcut işyerinde gördüğü işe yönelik işverenin menfaatlerini temin edecek nitelikteki eğitimlerin ceza koşulunu geçerli kılacak nitelikte olmadığı kabul edilmelidir⁴⁶. Nitekim Yargıtay'ın işverenin eğitim giderlerini talep edemeyeceğine karar verdiği bir olayda, “söz konusu eğitimin davacıyla yapılan sözleşme gereği davalı işçinin yapacağı iş nedeniyle aldırılması zorunlu olan eğitim olduğu anlaşılmaktadır⁴⁷” biçimindeki ifadeleri dikkat çekicidir⁴⁸. Yüksek mahkeme diğer bir kararında da haklı olarak, “mahkemece yapılacak iş; öncelikle davacı-karşı davalıya ilişkin yapılan eğitimlerin muhteviyatının netleştirilmesi ve davacı-karşı davalının meslekî gelişimi için mi yoksa bankanın işinin yürütümü için mi olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Yapılan eğitim meslekî gelişim için yapılan bir eğitim

⁴² ALP, s. 29; ÖZDEMİR, s. 151; CANBOLAT / ERENER, s. 240.

⁴³ ÖZDEMİR, s. 151; EKMEKÇİ, s. 67; DOĞAN YENİSEY, s. 141-142; OZAN, s. 144.

⁴⁴ KESER, s. 34; YAYVAK NAMLI, s. 566. Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. MüKoBGB/HENSSLER, BGB §628 Rn. 48; STRAUBE, s. 506; ErfK/PREIS, BGB §611a Rn. 655. Ayrıca bkz. DORTH, s. 292-293. Aynı yönde görüş bildiren yazar, eğitim alma teklifinin işçiden gelmesi halinde bağlanma süresinin kural olarak meşruiyet kazanacağını ifade etmektedir.

⁴⁵ SOYER, Hizmet Akdi, s. 374; YAYVAK NAMLI, s. 566; AYKAÇ, s. 727.

⁴⁶ Aynı yönde bkz. SOYER, Hizmet Akdi, s. 373-374; DOĞAN YENİSEY, s. 40; KESER, s. 34; MOL-LAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 927; YAYVAK NAMLI, s. 567-568; ErfK/PREIS, BGB §611a Rn. 656; KÜTTNER, Wolfdieter / RÖLLER, Jürgen / POECHE, **Personalsbuch 2023**, 30. Auflage, C. H. Beck, 2023, Rückzahlungsklausel, Rn. 9.

⁴⁷ Yar. 9. HD, E. 2011/6563, K. 2013/14692, 15.05.2013, (Legalbank).

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Yar. 9. HD, E. 2011/50107, K. 2011/50232, 29.12.2011, (Legalbank). Yargıtay, “davacı şirketin satın aldığı oracle bilgisayar sisteminin kurulması için davalıya aldirdığı eğitimin işletmede yürütülen projeler/satın alınan programlar sebebiyle verilen eğitim niteliğinde olup esas itibariyle davacı işverenin menfaatlerini gerçekleştirmeye yönelik olduğu için eğitim gideri talebinin reddi gerektiği” yönünde hüküm kurmuştur.

ise buna ilişkin giderlerin istenebileceği, ancak bankadaki işin yürütümüne ilişkin ise istenemeyeceği açıktır⁴⁹ biçiminde hüküm kurmuştur⁵⁰. Buna karşılık, yüksek mahkeme, tıbbî mümessil olarak çalışmaya başlayan işçiye verilen “tıbbî tanıtım ve satış temsilciliği” kursundan dolayı ortaya çıkan eğitim giderlerinin talep edilebileceğine karar vermiştir⁵¹. Aynı şekilde, dava dilekçesi uyarınca işçinin “ilaç tanıtımlarını gereği gibi yapabilmesi için, gerekli tıbbi formatik bilgilerle donatılması ihtiyacı nedeniyle işe alınırken [...] akademisyenlerin de katkısı ile 60 gün süren eğitim seminerleri verildiği” bir olayda, eğitim giderlerinin talep edilebilir giderlerden olduğu biçiminde hüküm kurulmuştur⁵².

Eğitim karşılığı taahhüt edilen mecburî hizmet süresinin ihlâline bağlanan eğitim giderlerini ödeme kayıtlarının veya eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun geçerliliği denetlenirken, eğitimin niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekmektedir, işçinin eğitim karşılığı çalışmayı taahhüt ettiği süre de makul biçimde belirlenmiş olmalıdır⁵³. Sonuçta işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı eğitim giderlerini iade borcu nedeniyle sınırlanmış olmaktadır⁵⁴. Bu bağlamda, işçinin ve işverenin menfaatlerinin uygun bir dengeye kavuşturulması gerekmektedir. Uygun denge, verilen eğitim ile bağlanma süresinin ölçülür bir ilişki içerisinde olmasını şart koşmaktadır. İşçiye temin edilen eğitim vasıtasıyla işçinin elde ettiği az bir kazanıma nazaran çok uzun bir süre mecburî hizmet taahhüt edilmesi işçinin fesih hakkının ölçüsüz biçimde sınırlandırılması anlamına gelir. Nitekim Yargıtay da 2017 yılında verdiği bir kararında eğitim karşılığında 7 yıllık çalışma taahhüdünün çok uzun bir süre olduğunu ve hakkaniyete uygun olmadığını vurgulamıştır⁵⁵. Karar uyarınca “sözleşmedeki sürenin uzunluğu ve verilen eğitimin niteliği nedeni ile bu yöndeki hüküm geçerli değildir⁵⁶.”

⁴⁹ Yar. 22. HD, E. 2017/26761, K. 2020/518, 16.01.2020, (Legalbank).

⁵⁰ Ayrıca bkz. Yar. 9. HD, E. 2011/31128, K. 2013/25108, 07.10.2013, (Legalbank). Karardaki, “davacıya 26/01/2009-04/02/2009 tarihleri arasında verilen 10 günlük eğitimin 2 gününün oryantasyona yönelik olduğu...” ifadeleri dikkat çekicidir. Eğitimin işçiye gerçek anlamda meslekî bir yarar sağlaması gerektiği yukarıda belirtilmiştir. Bu açıdan, işyerindeki oryantasyon eğitimine ilişkin giderlerin işçiden talep edilemeyeceği açıktır.

⁵¹ Yar. 9. HD, E. 2022/3704, K. 2022/4891, 20.04.2022, (Legalbank).

⁵² Yar. 9. HD, E. 2019/3343, K. 2019/9193, 18.04.2019, (Legalbank).

⁵³ ÖZDEMİR, s. 151; ALP, s. 31; YAYVAK NAMLI, s. 570.

⁵⁴ SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s. 9 vd.; KESER, s. 34; ALP, s. 29; YAYVAK NAMLI, s. 554.

⁵⁵ Yar. 9. HD, E. 2015/7075, K. 2017/51, 16.01.2017, (Legalbank).

⁵⁶ Bu karara konu olayda, işçiye verilen eğitimin işçinin yararından çok işverenin yararına olduğu anlaşılma ile birlikte, bağlanma süresinin orantısız biçimde kararlaştırılması halinde hakimin sözleşmesel kaydı tümüyle geçersiz saymak yerine, bağlanma süresinin makul bir seviyeye çekmesi gerektiği yönünde bkz. KESER, s. 34.

Diğer bir kararda da yaklaşık bir haftalık eğitim karşılığında 5 yıl mecburî hizmet taahhüt edilmesinin “oranlılık ilkesine uygun düşmediği” ve “işçinin fesih hakkını amacını aşar şekilde sınırladığı” tespitlerinde bulunulmuştur⁵⁷. Belirtilim ki, bağlanma süresinin makul olup olmadığı konusunda önceden kesin bir ölçüt getirmek mümkün değildir. Bu sürenin uygunluğu her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir⁵⁸. Örneğin, 7 aylık bir eğitim karşılığında 3 yıllık çalışma taahhüdü makul sayılabilir⁵⁹. Kısacası, eğitimin niteliği, pahalı olup olmadığı ve uzunluğu bağlanma süresinin geçerliliğinin tespitinde ölçüt olarak kullanılabilir⁶⁰. Bu husus, Yargıtay tarafından eğitim karşılığında taahhüt edilen çalışma süresinin eğitimin türü ve masrafları ile uyumlu olması gerektiği biçiminde açıklanmaktadır⁶¹.

C. Salt Asgari Hizmet Süresine Bağlanan Ceza Koşulu

Eğitim karşılığı belli bir süre çalışma taahhüdü ve taahhüt edilen süreye aykırılık halinde ortaya çıkan yaptırıma ilişkin ilk iki olasılık yukarıda incelenmiştir. Üçüncü olasılık, ceza koşulunun eğitim giderlerinden bağımsız olarak kararlaştırılmasına ilişkindir. Bu durumda, işverence temin edilen meslekî eğitim karşılığında işçi tarafından belli bir süre çalışma taahhüdünde bulunulmakta; fakat bağlanma süresine aykırılık halinde eğitim giderlerinden bağımsız olan bir ceza koşulunun ödeneceği kararlaştırılmaktadır⁶².

⁵⁷ Yar. 9. HD, E. 2011/31128, K. 2013/25108, 07.10.2013, (Legalbank).

⁵⁸ ÖZDEMİR, s. 152; YAYVAK NAMLI, s. 572.

⁵⁹ Nitekim bkz. Yar. 9. HD, E. 2014/17210, K. 2015/31725, 10.11.2015, (Legalbank).

⁶⁰ SOYER, Hizmet Akdi, s. 375; ÖZDEMİR, s. 152; KESER, s. 34; KARAGÖZ, dn. 27; YAYVAK NAMLI, s. 572.

⁶¹ Yar. 9. HD, E. 2021/77, K. 2021/7378, 01.04.2021; Yar. 9. HD, E. 2017/13360, K. 2019/7080, 28.03.2019, (Legalbank). Alman hukuku açısından, hakim bağlanma süresinin makul olup olmadığını denetlerken ölçüt olarak önceden belirlenmiş bazı süreleri dikkate alabileceği belirtilmektedir. Buna göre, 1 aya kadar süren eğitimlerde 6 aylık, 2 aya kadar eğitimlerde 1 yıllık, 3-4 ay süren eğitimlerde 2 yıllık, 6-12 ay süren eğitimlerde 3 yıllık, 2 yıldan fazla süren eğitimlerde de 5 yıllık bir bağlanma süresi makul kabul edilebilecektir. Öte yandan, burada belirtilen sürelendirme hakim somut olayın özelliğini dikkate almayacağı anlamına gelmemektedir. Anılan süreler hakim kullanabileceği birer ölçüt olmakla, somut olayda, kısa süren bir eğitime rağmen işçinin çok büyük bir kazanım elde etmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda yukarıda belirtilen sürelelendirmeden farklı yöndeki esaslar benimsenebilir. Bu yönde açıklamalar ve yargı uygulaması için bkz. MüKoBGB/HENSSLER, BGB §628 Rn. 49; STRAUPE, s. 506; ASCHEID, Reiner / PREIS, Ulrich / SCHMIDT, Ingrid / ROLFS, **Kündigungrecht**, 6. Auflage, C. H. Beck, 2021, BGB §628 Rn. 26; DORTH, s. 294.

⁶² Örneğin bkz. “Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin “Mecburi Hizmet ve Süresi” başlıklı 3. maddesinde; “Personel, Bankacılık okulunda eğitimini tamamlamadan veya tamamladıktan sonra Bankanın görev vereceği birimler ve şubelerde 3 yıl mecburi hizmet yapacaktır. [...] Personel tarafından ise haklı nedenler haricinde, öğrenim süresi ve 3 yıllık mecburi hizmet süresi içinde iş bu sözleşme feshedilemez. Sözleşmenin haklı nedenler dışında feshedilmesi halinde, personel tarafından Bankaya 10.000,00 TL tutarında cezai şart ödenir.” Yar. 9. HD, E. 2020/2679, K. 2020/10344, 01.10.2020, (Legalbank).

Bu olasılıkta, ceza koşulunun tutarı eğitim giderlerinin iadesine yönelmediği için, bu giderlerin hesaplanmasına ihtiyaç yoktur. Bu halde, ceza koşulunun, işçinin bağlanma süresine aykırı davranarak iş ilişkisinin kararlaştırılan asgari süre içinde sona ermesine sebebiyet vermesi nedeniyle ortaya çıkan bakiye süre için kararlaştırılmış olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, ceza koşulunun çalışılmayan bakiye süreye karşılık gelen tutarı talep edilebilecektir⁶³. Ceza koşulunun eğitim giderine endekslenmiş olması da sonucu değiştirmemektedir. Başka bir anlatımla, bakiye süre için kararlaştırılan ceza koşulu tutarının eğitim giderinin birkaç katı olarak belirlenmiş olması, ceza koşulunun, eğitim giderlerinin ispatına ihtiyaç gösteren “eğitim giderleri karşılığı ceza koşulu” olarak nitelendirilmesine sebep olmamaktadır⁶⁴.

Bağlanma süresinden arta kalan bakiye süre için kararlaştırılan ceza koşulunun geçerli olabilmesi “karşılıklı” düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Denklik⁶⁵ olarak da adlandırılan karşılıklılık gereğince sadece işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu geçersizdir (TBK m.420)⁶⁶. Ceza koşulunun karşılıklılığı denetlenirken, bu koşulun miktarı ile hangi hallerde muacceliyet kazanacağını işçi ve işveren açısından birbirine denk biçimde kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı araştırılmalıdır. Örneğin, asgari süreli iş sözleşmesinin taahhüt edilen çalışma süresi içinde feshedilmesi halinde ceza koşulu ödeneceğinin kararlaştırıldığı bir olayda, işveren tarafından sözleşmenin haklı veya geçerli nedenler haricinde; işçi tarafından ise sadece haklı nedenler haricinde feshedilemeyeceği düzenlenmiştir. Yargıtay’a göre, somut olaydaki ceza koşulu birbirine denk biçimde düzenlenmediğinden geçersizdir⁶⁷. Aynı şekilde, bağlanma süresi içinde iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız olarak feshedilmesi veya işveren tarafından haklı nedenle feshedilmesi halinde işverene ceza koşulu ödeneceğinin kararlaştırıldığı bir olayda, sözleşmenin işverence haksız olarak feshedilmesi halinde işçi tara-

⁶³ Bkz. “Somut olayda, davalının 3 yıllık zorunlu hizmetine karşılık olarak 10.000,00 TL cezai şart ödemesi kararlaştırılmış olup, davalının, davacı yanından 2 yıl 10 ay 28 gün çalıştığı sabittir. Bu durumda cezai şart tutarının da hizmet süresine oranlanarak tespiti gerekirken tamamının kabulü hatalı olup karar bozulmalıdır.” Yar. 7. HD, E. 2015/28857, K. 2015/14633, 14.09.2015, (Legalbank).

⁶⁴ Bkz. “Taraflarca düzenlenen 23.07.1997 tarihinde imzalanan sözleşmede 8. maddesindeki düzenleme cezai şart niteliğinde olup, işçi aleyhine tek taraflı olarak düzenlenmiştir. Dairemizin uygulamalarına göre, bu tip cezai şart düzenlemeleri geçersizdir. Maddede eğitim giderlerinin ölçü alınması ve bunun %50 fazlasının ödeneceğinin kararlaştırılması, düzenlemenin cezai şart olgusunu değiştirecek nitelikte değildir.” Yar. 9. HD, E. 2006/1586, K. 2006/20763, 12.07.2006, (Legalbank). Ayrıca bkz. Yar. 9. HD, E. 2007/15988, K. 2007/23031, 10.07.2007, (Legalbank).

⁶⁵ Yar. 9. HD, E. 2020/2679, K. 2020/10344, 01.10.2020; Yar. 9. HD, E. 2009/11658, K. 2011/13417, 04.05.2011; Yar. 9. HD, E. 2009/17762, K. 2011/19801, 30.06.2011, (Legalbank).

⁶⁶ TBK hükümlerinin İş Kanunlarında hüküm bulunmadığı hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği yönünde bkz. Yar. 9. HD, E. 2022/5194, K. 2022/6860, 31.05.2022, (Legalbank).

⁶⁷ Yar. 9. HD, E. 2014/9699, K. 2015/25665, 15.09.2015; Yar. 9. HD, E. 2014/4189, K. 2015/17512, 12.05.2015; Yar. 9. HD, E. 2012/32760, K. 2014/26402, 11.09.2014, (Legalbank).

findan ceza koşulu talep edilebileceği düzenlenmiştir. İlgili sözleşmesel kayıt, işçiye haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi halinde ceza koşulu talep etme hakkı vermediği için “denklik ve karşılıklılık ilkesi”ne uymadığından ötürü geçersiz sayılmıştır⁶⁸. Öte yandan, işçinin sorumlu olduğu ceza koşulunun miktarı işverenin sorumlu olduğu ceza koşulunun miktarını aşıyorsa, ceza koşulu tümüyle geçersiz sayılmamaktadır. Bu halde, işçinin sorumluluğu işverenin sorumluluğunu aşmayacak şekilde belirlenmektedir⁶⁹.

D. Bağlanma Süresine İlişkin Karma Nitelikli Ödeme Kayıtları

Dördüncü olasılıkta, bağlanma süresinin ihlâline karşılık gelen yaptırım karma bir hal almaktadır. Bu durumda, işçinin bağlanma süresine aykırı davranması nedeniyle hem eğitim giderleri karşılığı ceza koşulundan, hem de eğitim giderinden bağımsız olarak, asgari çalışma süresinin ihlâline bağlanan ceza koşulundan sorumlu olacağı kararlaştırılmaktadır. Bu tür bir sözleşmesel kaydın varlığı halinde, öngörülen yaptırımların her biri tâbi oldukları hukuki rejime göre ayrı ayrı değerlendirilmek durumundadır. Örneğin, işçinin eğitim giderlerinden sorumlu olacağına ilişkin kayıt geçerli iken, bakiye süreye bağlanan ceza koşulu karşılıklı düzenlenmediğinden ötürü geçersiz olabilmektedir⁷⁰. İşçinin hem eğitim giderlerinden hem de karşılıklı ve dolayısıyla geçerli şekilde düzenlenmiş ceza koşulundan sorumlu olması da mümkündür⁷¹.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHEDİLMESİ KARŞISINDA EĞİTİM GİDERLERİ KARŞILIĞI CEZA KOŞULUNUN HUKUKİ DURUMU

A. Genel Olarak

İşçinin eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunu ödeme borcunun hangi hallerde sona ereceğine ilişkin yasal bir düzenleme mevcut değildir. Sözleşmede

⁶⁸ Yar. 9. HD, E. 2009/17762, K. 2011/19801, 30.06.2011, (Legalbank).

⁶⁹ Yar. 9. HD, E. 2015/13969, K. 2017/16218, 19.10.2017; Yar. 9. HD, E. 2009/11658, K. 2011/13417, 04.05.2011, (Legalbank).

⁷⁰ Örneğin bkz. Yar. 9. HD, E. 2014/4189, K. 2015/17512, 12.05.2015, (Legalbank). Aynı yönde bkz. EKMEKÇİ, s. 68.

⁷¹ “Davalı işçinin iş akdinin feshine ilişkin 04.01.2010 tarihli istifa dilekçesinde hiçbir haklı nedene dayanmadığı ayrıca dosya kapsamından davacı banka tarafından yapılan görevlendirmelere de bir itirazda bulunmadığı anlaşılınca davalı işçinin istifasının haklı bir nedene dayanmadığı ve bu nedenle eğitim gideri ile karşılıklı cezai şarttan sorumlu olduğu gözetilmeden yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddi hatalıdır.” Yar. 9. HD, E. 2011/42949, K. 2013/29832, 19.11.2013, (Legalbank). Karma niteliği haiz bir sözleşmesel kaydın varlığı halinde, dava dilekçesinde ayrı ayrı belirtilmemiş olması nedeniyle, talep edilen tutarın ne kadarının ceza koşulu, ne kadarının eğitim gideri olduğunun açıklattırılması gerektiği konusunda ayrıca bkz. Yar. 9. HD, E. 2011/23295, K. 2013/20777, 08.07.2013, (Legalbank).

işçi lehine olacak şekilde aksine bir düzenleme yoksa, iş sözleşmesinin işçi tarafından süreli feshinde eğitim karşılığı ceza koşulunun işçiden talep edilebileceği açıktır. Öte yandan, iş ilişkisinin işverenin kusurlu davranışları nedeniyle işçi açısından çekilmez hale geldiği bir durumda, eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunu talep etmek hakkaniyete aykırı düşebilir. Sonuçta, her halde eğitim giderlerinin veya ceza koşulunun talep edilebileceğini savunmak işçinin fesih hakkının aşırı biçimde sınırlandırılması; haklı sebeplere dahi katlanmak zorunda bırakılması anlamına gelebilir⁷². Nitekim öğretilerde “hakkaniyet denetimi” kapsamında ileri sürülen bir görüşe göre, genel olarak kusur durumundan hareketle değerlendirme yapılabilir. İşçinin dürüstlük kuralı uyarınca üzerine düşeni yapmış olmasına rağmen kendisinin dışında gelişen olaylar nedeniyle veya işverenin kusurundan ötürü iş sözleşmesi sona ermiş ise eğitim giderleri veya buna bağlanan ceza koşulu işçiden talep edilememelidir⁷³. Öğretilerde ileri sürülen diğer görüşe göre iş ilişkisinin sona ermesinde işçinin “ağır kusuru” bulunmuyorsa, işçi eğitim giderlerini iade borcundan sorumlu tutulamaz⁷⁴. Yukarıda belirtilen iki görüş arasındaki farklılık, özellikle İş K. m.18’de belirtilen geçerli nedenlerin ortaya çıkması halinde kendisini göstermektedir⁷⁵. Diğer bir yazar ise eğitim giderlerini ödeme borcunun sona ereceği hallere ilişkin olarak, rekabet yasağının sona erdiği halleri düzenleyen mülga Borçlar Kanunu⁷⁶ m.352/2’den (TBK m.447/2) hareketle çözüme ulaşılabileceği kanaatinde. Buna göre, iş sözleşmesinin işçi tarafından işverenin sorumlu olduğu haklı bir nedenle feshedilmesi veya iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı neden olmaksızın feshedilmesi halinde eğitim giderlerinin ödenmesi talep edilemeyecektir⁷⁷. Yukarıda belirtilen öğretici görüşleri ve Yargıtay kararları çerçevesinde eğitim giderlerini geri ödeme kayıtlarının veya eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun hangi hallerde işçiye

⁷² Eğitim giderleri karşılığı ceza koşulu vasıtasıyla işçinin fesih hakkının sınırlandırıldığına ilişkin açıklamalar için bkz. SOYER, Karar İncelemesi, s. 30.

⁷³ ALP, s. 33.

⁷⁴ ÖZDEMİR, s. 156.

⁷⁵ Bu konuda bkz. aşağıda II. C. 2.

⁷⁶ RG. 29.04.1926, S. 359.

⁷⁷ SOYER, Hizmet Akdi, s. 377 vd.; SOYER, Karar İncelemesi, s. 32-33. Belirtelim ki, yazar, bahsi geçen “haklı neden” kavramı ile iş ilişkisinin mutlaka çekilmez hale getiren olguların anlaşılmasını gerektiğini, makul bir değerlendirme neticesinde işverene yüklenebilmesi koşuluyla işçinin iş ilişkisine devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği her nedenin işçiyi eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunu ödeme borcundan kurtaracağını ifade etmektedir. Mülga Borçlar Kanunu’nun 352/3. maddesinin muadili sayılabilecek TBK m.447/2 düzenlemesinin “işverenin feshi haklı gösteren kusuru” yerine “işverene yüklenebilen bir neden” ifadesini tercih etmesi nedeniyle işçi açısından daha elverişli bir düzenleme olduğu yönünde ayrıca bkz. ÖZKARACA, Ercüment, “Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebeple Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Y. 2013, C. 1, S. 36, s. 180.

karşı ileri sürülebileceği veya sürülemeyeceği her bir fesih nedeniyle bağlantılı olarak aşağıda incelenmektedir⁷⁸.

B. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshedilmesi

1. Haklı Nedenle Fesih

Eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun işçinin fesih hakkını sınırlandıran bir durum olduğuna yukarıda işaret edilmişti. Hangi hallerde ceza koşulu ödeme borcunun sona ereceğine ilişkin kanunda bir açıklık bulunmadığı da nazara alındığında, hakkaniyete uygun çözümlerin benimsenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi halinde eğitim giderleri karşılığı ceza koşulundan sorumlu olmayacağı sonucuna ulaşılmalıdır⁷⁹. Öğretide de işçinin fesihte haklı bir nedeninin bulunması halinde, “hangi sebeple olursa olsun” iş sözleşmesinin bağlanma süresi içerisinde feshedilmesi halinde işçinin ceza koşulunu ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin sözleşmesel kayıtların işçiye karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir⁸⁰. Başka bir anlatımla, aksi sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olsa dahi, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedilmesi halinde işçiden eğitim giderleri karşılığı ceza

⁷⁸ Belirtelim ki, iş sözleşmesinin feshinde olduğu gibi ikalenin varlığı halinde de konuyu çözüme kavuşturan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bazı yazarlar, ikale teklifinin işçiden gelmesi halinde eğitim giderlerinin iadesine ilişkin sözleşmesel kayıtların işçiye karşı ileri sürülebileceğini; teklifin işveren tarafından gelmesi halinde ise işverenin talepte bulunamayacağını ifade etmektedirler. Bu görüş için bkz. ALP, s. 33; YAYVAK NAMLI, s. 619. Buna karşılık, ikale sözleşmesinde veya başlangıçtaki mecburî hizmet süresi öngören sözleşmede ikalenin varlığı halinde işçinin eğitim giderini ödemekle yükümlü olduğu kararlaştırılmamışsa, ikale teklifinin kimden geldiğine bakılmaksızın işçinin geri ödeme borcundan sorumlu olmaması gerektiği yönünde bkz. ÖZKARACA, Ercüment, “Evlilik Nedeniyle Fesih ve Eğitim Giderinin Geri Ödenmesi Kayıtları (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Y. 2023, S. 152, s. 5. İkalenin nitelik itibarıyla bir sözleşme olması; işverenin işçiden gelen ikale teklifini kabul etmek zorunda olmaması, aksine, iş sözleşmesinin kimsenin kusuruna dayanmayan biçimde sona ermesinin ekonomik riskine işverenin katlanması gerektiği yönündeki gerekçelerle ikale teklifinin kimden geldiğine bakılmaksızın işçinin eğitim giderlerinden sorumlu olmaması gerektiği kanaatindeyiz. İ kale teklifinin kimden geldiğine fark etmeksizin, iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesi halinde eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun talep edilemeyeceği yönünde ayrıca bkz. AYKAÇ, s. 733; KARADEMİR, Artür / EKİNCİ, Hakan, **İşçilik Alacakları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 516.

⁷⁹ AKYİĞİT, s. 334; ÖZDEMİR, s. 154; KESER, s. 36; ALP, s. 34. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Nitekim bkz. Yar. 9. HD, E. 2014/24706, K. 2015/35225, 14.12.2015; Yar. 9. HD, E. 2010/39360, K. 2013/2071, 21.01.2013, (Legalbank). Aksi yönde olmak üzere bkz. “Her ne kadar davacı feshi haklı ise de davalı tarafından yapılan eğitim nedeniyle davacının deneyimi, bilgisi vs. artarak yetkinlik kazanmıştır. Söz konusu eğitim giderlerinin çalışılmayan süreye dönük kısmının kabul edilmesi gerekirken davacı feshinin haklı olduğu gerekçesiyle reddine karar verilmiş olması da bozma sebebidir.” Yar. 7. HD, E. 2014/16884, K. 2014/22527, 11.12.2014, (Legalbank).

⁸⁰ SOYER, Karar İncelemesi, s. 32; KESER, s. 28; YAYVAK NAMLI, s. 603; AYKAÇ, s. 729. Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. MüKoBGB/HENSSLER, BGB §628 Rn. 50; APS/ROLFS, BGB §628 Rn. 25; DORTH, s. 297.

koşulu talep edilemeyecektir⁸¹. Örneğin, işçinin işveren tarafından cinsel tacize uğraması halinde (İş K. m.24/2) veya işçinin işyerindeki çalışmasının sağlığını tehdit ettiği durumlarda (İş K. m.24/1), işçinin ceza koşulu tehdidi altında kalarak iş ilişkisine devam etmeye zorlanması işçinin kişilik hakkını da zedeleyen bir durumdur⁸².

Zorlayıcı sebepler (İş K. m.24/3) açısından da işçinin eğitim giderini iade borcundan sorumlu tutulmaması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür⁸³. Zorlayıcı sebepler, edim borçlusunun kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, borcun ihlâlüne kaçınılmaz bir şekilde yol açan ve öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü hallerdir⁸⁴. Bu durumun meydana gelmesinde işverenin kusuru bulunmamaktadır. Öte yandan, işletme riskinin işverenin üzerinde olduğu⁸⁵ göz önüne alındığında, iş sözleşmesinin işçinin de kusurunun bulunmadığı zorlayıcı sebeplerden ötürü feshedilmesine işverenin katlanması gerekmektedir.

2. Evlilik, Muvazzaf Askerlik veya Emeklilik Nedeniyle Fesih

a. Genel Olarak

1475 sayılı İş Kanunu'nun⁸⁶ 14. maddesi, iş sözleşmesinin işçi tarafından muvazzaf askerlik veya emeklilik nedeniyle feshedilmesini yahut kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini evlilik nedeniyle feshetmesini kıdem tazminatına hak kazandıran nedenler arasında saymıştır. Yargıtay uygulaması, burada belirtilen fesih nedenlerinin derhal feshe imkân sağladığı yönündedir⁸⁷. Yüksek mahkemenin uygulaması bazı yazarlar tarafın-

⁸¹ KARAGÖZ, dn. 29. Aynı yönde bkz. SOYER, Karar İncelemesi, s. 32; Yar. 9. HD, E. 2014/27413, K. 2016/679, 13.01.2016, (Legalbank). Karara konu olayda, taraflar arasında işçinin haklı nedeni bulunsa dahi iş sözleşmesini bağlanma süresi içinde feshetmesi halinde eğitim giderlerinden sorumlu olacağına ilişkin bir anlaşma mevcuttur. Buna karşılık, işçi aleyhine açılan eğitim gideri talepli icra takibi yerel mahkemece iptal edilmiştir. Yargıtay denetiminden geçen yerel mahkeme kararı kesinleşmiştir.

⁸² İş K. m.24/2 açısından aynı yönde bkz. ALP, s. 34.

⁸³ ÖZDEMİR, s. 154.

⁸⁴ KAYIRGAN, Hasan, **Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 12.

⁸⁵ İşletme riski teorisine ilişkin açıklamalar için bkz. ALPAGUT, Gülsevil, "Pandemi'nin İş Sözleşmesine Etkisi: Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden", **Pandemi Sürecinde İş Hukuku**, Ed. Gülsevil Alpogut, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 68 vd.; BAŞTERZİ, Süleyman, "Kısa Çalışma (Kovid 19 Pandemisinde Yeni Yaklaşımlar)", **Pandemi Sürecinde İş Hukuku**, Ed. Gülsevil Alpogut, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 9 vd.

⁸⁶ RG. 01.09.1971, S. 13943.

⁸⁷ Yar. 9. HD, E. 2015/13969, K. 2017/16218, 19.10.2017, (Legalbank). Yargıtay'ın bu yöndeki uygulaması için ayrıca bkz. OCAK, Saim, "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, C. 15, Özel S., s. 577 vd.; ASTARLI, Muhittin, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 358 vd.

dan haklı olarak eleştirilmiştir⁸⁸. Nitekim evlilik, askerlik veya emeklilik İş K. m.24'te sayılan haklı nedenler arasında sayılmamıştır. Gerçekten, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde sayılan bu nedenlerin, iş ilişkisini bildirim süresinden dahi vazgeçmeyi gerektirecek denli çekilmez hale getirdiği kabul edilemez. Şu durumda, eğitim giderleri karşılığı ceza koşulu ödeme borcunun, Yargıtay uygulaması itibarıyla iş sözleşmesinin derhal feshine imkân sağlayan evlilik, muvazzaf askerlik ve emeklilik nedenleri karşısındaki hukuki durumunun incelenmesinde fayda vardır.

b. İş Sözleşmesinin Evlilik Nedeniyle Feshinde Eğitim Giderlerini Ödeme Borcu

Yargıtay uygulaması bu bahiste belirtilen nedenlerin iş sözleşmesinin derhal feshine imkân sağladığı yönünde olsa da yüksek mahkeme, haklı olarak, iş sözleşmesinin işçi tarafından evlilik nedeniyle feshedilmesi halinde eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun işçiden talep edilebileceğine hükmetmektedir⁸⁹. Örneğin, iş sözleşmesinin evlilik nedeniyle feshedildiği bir olayda, yüksek mahkeme, “davalının evlilik nedeniyle işten ayrılması çalışma süresine göre kıdem tazminatı hakkı kazandırsa da davacının eğitim giderini istemesine engel değildir” biçiminde hüküm kurmuştur⁹⁰. Yargıtay'ın kıdem tazminatına hak kazanma ile eğitim giderlerini iade borcunu birbirinden ayırması isabetlidir. Aksi halde, eğitim giderlerini iade borcu açısından İş Kanunu'na⁹¹ tâbi olarak çalışan işçilerle Türk Borçlar Kanunu'na tâbi olarak çalışan işçiler arasında gereksiz bir ayırım yapılmış olacaktır. Ayrıca, Yargıtay tarafından güdülen bu ayırım evlilik nedeniyle fesih açısından sosyal güvenlik politikasıyla da uyum içerisindedir. Nitekim evlilik nedeniyle fesihte eğitim giderlerinden sorumlu olunacağına ilişkin uygulama, meselenin, İşsizlik Sigortası Kanunu'nda⁹² oldu-

⁸⁸ Eleştiriler için bkz. ALP, s. 35; SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 771; ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nursen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, 35. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 682-683; ÖZKARACA, s. 173-174; ÖZKARACA, Karar İncelemesi, s. 5; OCAK, s. 597 vd.; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, **Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 375. Aksi görüşte bkz. ASTARLI, s. 359-360; AKYİĞİT, s. 336.

⁸⁹ Yar. 9. HD, E. 2017/13360, K. 2019/7080, 28.03.2019; Yar. 9. HD, E. 2017/26506, K. 2018/321, 16.01.2018; Yar. 9. HD, E. 2014/17210, K. 2015/31725, 10.11.2015, (Legalbank). Bu yöndeki Yargıtay uygulaması için ayrıca bkz. ÖZKARACA, Karar İncelemesi, s. 6. Aksi yönde bkz. Yar. 7. HD, E. 2015/20408, K. 2015/13283, 30.06.2015; Yar. 9. HD, E. 2011/16944, K. 2013/19015, 19.06.2013, (Legalbank). Yargıtay, evliliği iş sözleşmesinin feshinde haklı neden olarak değerlendirerek eğitim giderlerinin iadesine yönelik talebin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bahsi geçen değerlendirmenin haklı eleştirisi için bkz. YAYVAK NAMLI, s. 610-611.

⁹⁰ Yar. 7. HD, E. 2015/4731, K. 2015/8273, 07.05.2015, (Legalbank).

⁹¹ RG. 10.06.2003, S. 25134.

⁹² RG. 08.09.1999, S. 23810.

ğu gibi, işçinin “iradesi dışında işsiz kalması⁹³” perspektifinden değerlendirildiğini göstermektedir. Sonuçta, iş sözleşmesinin evlilik nedeniyle feshinde işçinin iradesi ön plandadır⁹⁴. Bu nedenle, eğitim giderleri açısından feshin sonuçlarına da işçi katlanmalıdır.

c. İş Sözleşmesinin Askerlik Nedeniyle Feshinde Eğitim Giderlerini Ödeme Borcu

İş sözleşmesinin evlilik nedeniyle feshinde işçinin iradesinden hareket eden düşünce tarzının askerlik nedeniyle gerçekleştirilen fesihler açısından da takip edilmesi mümkündür. Bu sefer, mecburî hizmet olan zorunlu muvazzaf askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde eğitim giderlerinin veya buna bağlanan ceza koşulunun talep edilememesi gerekmektedir⁹⁵. Zira zorunlu muvazzaf askerlik hizmeti açısından işçinin iradesinden bahsedilememektedir. Yargıtay’ın 2004 yılında verdiği bir kararında geçen “davacı muvazzaf askerlik sebebiyle işten ayrılmak zorunda kalmıştır. Yasal zorunluluktan doğan bu ayrılma nedeniyle işverenin davacıdan eğitim gideri talep etmesi mümkün değildir⁹⁶” ifadeleri feshin işçinin iradesine bağlı olup olmadığı perspektifinden incelendiğini göstermesi açısından son derece isabetlidir. Bununla birlikte, kanaatimizce 7146 sayılı Kanun’da⁹⁷ düzenlenen bedelli askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde işçinin iradesi ön plandadır. Bu nedenle, bedelli askerlik kapsamında temel eğitim almak üzere iş sözleşmesini fesheden işçi eğitim giderlerini iade borcundan sorumlu tutulabilmelidir. Belirtelim ki, bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar, 7146 sayılı Kanun m.2/4’te düzenlenen “bu madde hükümlerinden yararlananlar temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları iş yeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar” hükmüyle, bedelli askerliğin işçi açısından kıdem tazminatına hak kazandıran bir fesih nedeni olmadığını anlatılmak istendiğini ifade etmektedirler⁹⁸. Öte yandan, öğretideki aksi görüş⁹⁹, yani işçinin 7146 sayılı Ka-

⁹³ İşsizlik Sigortası Kanunu’nun işçinin iradesi dışı işsiz kalması olgusuna ağırlık verdiğine yönelik açıklamalar için bkz. SARAÇ, Coşkun, “İşsizlik Sigortası Edim Koşulları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 13, S. 1, s. 11.

⁹⁴ Aynı yönde bkz. ÖZKARACA, Karar İncelemesi, s. 6.

⁹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 928.

⁹⁶ Yar. 9. HD, E. 2003/17487, K. 2004/6215, 29.03.2004, (Legalbank).

⁹⁷ RG. 03.08.2018, S. 30498.

⁹⁸ MANAV, Eda / GÖKTAŞ, Seracettin, “Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 2018, S. 40, s. 58.

nun'dan kaynaklanan bedelli askerlik hizmeti kapsamında temel eğitim almak için iş sözleşmesini feshederek işyerinden ayrılması nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanacağı kabul edilse dahi eğitim giderlerinden sorumluluk bağlamında sonuç değişmemektedir. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, kıdem tazminatına hak kazanma ile eğitim giderlerini iade borcunun birbirinden ayrı biçimde değerlendirilmesi gerekmektedir.

İşçinin iradesinin ön planda olduğu fesihlerde eğitim giderleri karşılığı ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin düşünce tarzı, tecil süresi dolmadan muvazaf askerlik hizmetini görmek için iş sözleşmesinin işçi tarafından (erken) feshedilmesi halinde de geçerlidir. Yargıtay'ın 2014 yılında verdiği bir karara konu olayda, eğitim karşılığında 5 yıl çalışma süresi taahhüt edilmiştir. İşçinin çalışma taahhüdünde bulunduğu sırada 5 yıl dolmadan muvazzaf askerlik hizmetini görmek üzere işyerinden ayrılmak zorunda kalacağı işverence bilinmektedir. İşçi, tecilini bozdurup muvazzaf askerlik nedeniyle bağlanma süresi içinde iş sözleşmesini (erken) feshetmiştir. Yüksek mahkeme, daha önce işverene sunulan askerlik durum belgesinde işçinin tecil süresinin ne zaman sona ereceğinin yazılı olduğunu, dolayısıyla 5 yıllık bağlanma süresinin kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. Bununla birlikte, Yargıtay haklı olarak, işçinin iş sözleşmesini (erken) feshettiği tarih ile normal şartlar altında tecilli olunan son tarih arasındaki süreyle orantılı olarak eğitim giderlerinin talep edilebileceğine hükmetmiştir¹⁰⁰.

d. İş Sözleşmesinin Emeklilik Nedeniyle Feshinde Eğitim Giderlerini Ödeme Borcu

Bağlanma süresi içinde iş sözleşmesinin işçi tarafından evlilik veya bedelli askerlik nedeniyle feshedilmesinde olduğu gibi emeklilik nedeniyle feshedilmesi halinde de işçiden eğitim gideri veya buna bağlanan ceza koşulu talep edilebilir¹⁰¹. 7438 sayılı Kanunla¹⁰² getirilen ve işçilerin emeklilik için yaş dışındaki şartları taşımaları halinde yaşlılık veya emekli aylığından yararlanacaklarına ilişkin düzenlemeden yararlanarak iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi

⁹⁹ ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 673; ARSLAN ERTÜRK, Arzu, "7146 Sayılı Kanunla Yapılan Yeni Bedelli Askerlik Düzenlemesi ve Düşündürdükleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2019, C. 25, S. 2, s. 793; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 1181.

¹⁰⁰ Yar. 7. HD, E. 2014/12137, K. 2014/21326, 20.11.2014, (Legalbank). Aynı şekilde, askerlik hizmetini erteleme imkânı varken bu yola başvurmayan işçinin özel olarak korunmaya ihtiyacı bulunmadığı yönünde bkz. ALP, s. 35.

¹⁰¹ Yar. 9. HD, E. 2014/37988, K. 2016/8823, 11.04.2016, (Legalbank). Aynı yönde bkz. ALP, s. 35; ÖZKARACA, s. 179.

¹⁰² RG. 03.03.2023, S. 32121.

de sonucu değiştirmemektedir. Başka bir deyişle, “emeklilikte yaşa takılanlar” olarak bilinen işçilerin iş sözleşmelerini emeklilik nedeniyle feshetmeleri halinde de eğitim giderlerinin ödenmesine ilişkin sözleşmesel kayıt işveren tarafından sözleşmelerini emeklilik nedeniyle fesheden bu işçilere karşı ileri sürülebilecektir. Sonuçta emeklilik işverene yüklenebilen bir neden olmadığı gibi, iş ilişkisinin devamını çekilmez hale de getirmemektedir. Aksine emeklilik nedeniyle fesih işçi açısından iradî bir durum oluşturmaktadır¹⁰³.

Öte yandan uygulamada, 7438 sayılı Kanun’un getirdiği imkândan yararlanmak için iş sözleşmelerini fesheden bazı işçilerin yeniden aynı işyerinde istihdam edildikleri de bilinmektedir. Nitekim anılan kanun uyarınca, işçiyi 30 gün içinde yeniden istihdam eden işveren sosyal güvenlik destek primi indiriminden yararlanmaktadır. Kanaatimizce, işçinin yeniden istihdam edilmesi halinde işçiyle işveren arasında yeni bir iş ilişkisi kurulmuş olmaktadır. 7438 sayılı Kanun’un işverene işçiyi yeniden istihdam etme mecburiyeti getirmemiş olması da bu görüşü desteklemektedir. Şu durumda, işçinin 7438 sayılı Kanun’dan kaynaklanan emeklilik imkânı nedeniyle işten ayrılış tarihinde eğitim giderlerinden sorumlu olacağına ilişkin bir düzenleme içermeyen iş sözleşmesi sona ermiş durumdadır. O halde, işçinin kısa bir süre sonra tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlaması halinde, işçinin, bu sefer, belli bir süre çalışmayı taahhüt etmesi ve bu taahhüdün ihlâli halinde eğitim giderlerinden sorumlu olacağına ilişkin yeni bir anlaşma yapılması mümkündür.

C. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi

1. Haklı Nedenle Fesih

İş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli veya haklı bir neden olmaksızın bağlanma süresi içinde feshedilmesi halinde eğitim giderleri karşılığı ceza koşulu talep edilemez¹⁰⁴. Zira bu halde işverenin eğitim giderlerini talep etmekte

¹⁰³ ÖZKARACA, s. 179-180.

¹⁰⁴ ÖZDEMİR, s. 156; KESER, s. 36. Karş. Yar. 9. HD, E. 2021/77, K. 2021/7348, 01.04.2021, (Legalbank). Karara konu olayda, işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın feshedilmiştir. Buna karşılık, işveren tarafından eğitim giderlerinin ödenmesi talep edilmiş, yerel mahkeme ve Bölge Adliye Mahkemesi işverenin talebini reddetmiştir. Yargıtay’a göre ise, “Ne var ki taraflar arasında imzalanan 02.03.2011 tarihli eğitim sözleşmesinin 9. maddesinde; II.pilot adayı olarak işe başlayan personelin göreceği tip eğitiminden sonra II. pilot olarak istihdam edileceği ve kendisine yapılan eğitime ilişkin her türlü giderin aylık ücretinden eşit miktarda olmak üzere kesilerek 5 yıl (60 ay)’lık periyotta geri alınacağı; 14.01.2014 tarihli ek sözleşmede ise ilave eğitim giderinin 02.03.2011 tarihli sözleşmede belirlenen usul ve esaslara göre işçiden tahsil edileceğinin hükme bağlandığı, bu hükümler uyarınca tarafların birleşen dava konusu eğitim masraflarını iş sözleşmesinden bağımsız olarak düzenledikleri”nden hareketle eğitim giderinin talep edilebileceğine karar verilmiştir.

korunması gereken haklı bir menfaati bulunmamaktadır. Buna karşılık, iş sözleşmesinin işveren tarafından İş K. m.25/2 uyarınca ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle bağlanma süresi içinde feshedilmesi halinde eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun talep edilebileceği açıktır¹⁰⁵. Buna karşılık, haklı nedenler ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırılıkla sınırlı değildir. İş K. m.25, “işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı” başlığı altında sağlık sebeplerini (İş K. m.25/1), zorlayıcı sebepleri (İş K. m.25/3) ve işçinin gözüne alınması veya tutuklanması nedeniyle meydana gelen devamsızlık hallerini (İş K. m.25/4) de saymaktadır¹⁰⁶.

İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olması ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuun Sağlık Kurulunca saptanması (İş K. m.25/1-b.) durumunda iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilir. Bununla birlikte, sağlık açısından ortaya çıkan sakıncanın meydana gelmesinde işçinin kusuru bulunmadığından, sözleşmenin bağlanma süresi içinde sona ermesi nedeniyle eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun işçiden talep edilemeyeceği kabul edilmelidir¹⁰⁷. Öte yandan, işçinin kasten, derli toplu olma-

¹⁰⁵ ÖZDEMİR, s. 155; KESER, s. 37; ALP, s. 35; ERSEVEN YILDIZ, s. 148.

¹⁰⁶ Bkz. YAYVAK NAMLI, s. 618. Yazar, Alman hukukunda benimsenen “etki alanı teorisi”nin Türk hukuku açısından da benimsenebileceğini; bu açıdan, meselenin fesih nedeninin kimin etki alanından kaynaklandığına göre çözümlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, İş K. m.25/1, 3, 4’e dayalı fesihlerde fesih nedeni işçinin etki alanından gerçekleştiğinden ötürü işverenin eğitim giderlerini talep edebilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁷ ÖZDEMİR, s. 155; ALP, s. 37. Ayrıca, “işçinin sağlık durumunun işin yapılmasını imkânsız/beklenemez kılması nedeniyle işçi tarafından gerçekleştirilen fesihler de geri ödeme yükümlülüğünün kapsamı dışındadır.” Açıklama için bkz. MüKoBGB/HENSSLER, BGB §628 Rn. 50. Alman Federal İş Mahkemesi’nin uygulaması da bu yöndedir. Bu konuda bkz. ErfK/PREIS, BGB §611a Rn. 660; APS/ROLFS, BGB §628 Rn. 25. Yüksek mahkemeye göre, “işçinin kusuru olmaksızın iş görme edimini sürekli olarak yerine getiremeyecek olması halinde işveren fesihden bağımsız olarak işçinin kalifikasyonundan zaten yararlanamayacaktır. Bu nedenle anlamsız hale gelen iş ilişkisinin sürdürülmesinde bir menfaat kalmamaktadır. İşverenin işçiyi eğitim temin etmek suretiyle yaptığı yatırımın karşılığını, işçinin iş görme edimini kusuruna dayanmayan bir nedenle ifa edememesi nedeniyle alamayacak olması işletme riski dahilinde kabul edilmelidir.” Karar için bkz. BAG, Urteil vom 25.01.2022-9 AZR 146/21, NZA 2022, 786, Rn. 24. Aynı yönde bkz. BAG, Urteil vom 11.12.2018-9 AZR 383/18, NZA 2019, 781, Rn. 25. Aksi görüş için bkz. YAYVAK NAMLI, s. 618. Yazar, işçinin kusuru bulunmasa dahi “etki alanı” teorisinden hareketle, hastalığın işçinin etki alanında ortaya çıkan bir neden olduğunu, dolayısıyla İş K. m.25/1 kapsamındaki fesihlerde işçinin eğitim giderlerinden sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedir. Yazarın görüşüne iştirak edemiyoruz. Nitekim TBK m.182/2 de kanaatimizi desteklemektedir. TBK m.182/2 uyarınca, aksi kararlaştırılmamışsa asıl borcun ifası borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle sonradan imkânsızlaşmış ise ceza koşulu talep edilemez. İşçinin çalışmasında sağlığı açısından sakınca bulunması hali, karşılıklı edimler arasındaki dengeyi olağanüstü derecede güçleştirmektedir. Kaldı ki, işçinin iş görme ediminin ötündeki engel aşılamaz niteliktedir. İşçinin bu engelin ortaya çıkmasında kusuru da bulunmamaktadır. Bu nedenle, sonraki subjektif imkânsızlıktan bahsedilmelidir. Bu halde, eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun hukuki niteliği itibarıyla teknik anlamda “ceza koşulu” sayılamayacağı da dikkate alınarak, TBK m.182/2’nin “kıyasen” uygulanması suretiyle eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun talep edilemeyeceği kabul edilmelidir. Sonraki imkânsızlık açısından, imkânsızlığın objektif veya subjektif olmasının fark yaratmayacağı, ayrıca, borçlunun edimin ifası için olağanüstü bir çaba sarf etmesi gerekliliğinin de kural

yan yaşayışı veya içkiye düşkünlüğü¹⁰⁸ nedeniyle hastalığa tutulmasından ötürü devamsızlık yapması ve iş sözleşmesinin bu nedenle feshedilmesi (İş K. m.25/1-a) halinde eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun akıbeti öğretide tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen ve katıldığımız görüşe göre İş K. m.25/1-a kapsamında gerçekleştirilen fesihlerde işçinin hastalanmakta; dolayısıyla devamsızlığın meydana gelmesinde kusurlu olduğundan bahisle eğitim karşılığı ceza koşulunun talep edilebileceği düşünülmelidir¹⁰⁹.

Öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre ise derli toplu yaşayış veya içkiye düşkünlük ifadeleri belirsizdir. Kaldı ki, bunlara ilişkin ispat güçlüğü ile bu hallerin kıdem tazminatına hak kazandırdığı dikkate alındığında, İş K. m.25/1-a bendi kapsamında iş sözleşmesi feshedilen işçinin eğitim giderleri karşılığı ceza koşulundan sorumlu tutulmaması gerekmektedir¹¹⁰. Belirtilen görüşün aksine, kanaatimizce işçinin İş K. m.25/1-a kapsamında gerçekleştirilen fesih nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanacak olması eğitim giderlerini iade borcu üzerinde doğrudan etkili olmamalıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, örneğin evlilik nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesinde olduğu gibi, işçinin kıdem tazminatına hak kazanacak olması, eğitim giderlerini iade borcunun sona ermesi açısından doğrudan doğruya haklı bir neden teşkil etmemektedir.

İş K. m.25/3 uyarınca işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde, işveren bir haftalık bekleme süresinden sonra iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İş K. m.25/3 kapsamındaki zorlayıcı sebep işverenin nezdinde değil, işçinin şahsında doğmaktadır. Bu halde, işçi yönünden zorlayıcı sebepten kaynaklanan bir ifa imkansızlığı meydana gelmektedir¹¹¹. Bu durumun meydana gelmesinde işçinin kusurunun bulunmadığı dikkate alınarak eğitim giderlerinin ödenmesine ilişkin sözleşmesel kaydın işçiye karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmelidir¹¹². Gerçekten, iş hukukunun sistematığı doğrultusunda, ortaya çıkan iş görememe olgusunun ekonomik riskine işveren katlanmalıdır. Nitekim İş K. m.25/3'te göste-

olarak (subjektif) imkânsızlık olarak nitelendirileceği yönünde bkz. FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 598 vd.

¹⁰⁸ Öğretide bağımlılık yapma etkileri olan uyuşturucu maddeler ya da ilaçlar gibi diğer zararlı maddelerin de bu kapsamda değerlendirildiğine ilişkin bkz. ERGİN, Hediye, **İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 112.

¹⁰⁹ ALP, s. 37.

¹¹⁰ ÖZDEMİR, s. 155. Aynı yönde bkz. KESER, s. 37; ERSEVEN YILDIZ, s. 149.

¹¹¹ KAYIRGAN, s. 105.

¹¹² KESER, s. 37; ÖZDEMİR, s. 155; ERSEVEN YILDIZ, s. 148.

rilen bekleme süresinde işçiye (yarım) ücret ödenmeye devam edileceği (İş K. m.40), aynı şekilde, işçinin iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işverenin hakkaniyete uygun bir ücret ödemek zorunda olması¹¹³ (TBK m.409), yukarıda vardığımız sonucu destekleyen bir risk dağılımı anlayışına işaret etmektedir.

İş K. m.25/4 uyarınca işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması nedeniyle ortaya çıkan devamsızlığın bildirim süresini aşması halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. İş sözleşmesinin İş K. m.25/4'te sayılan haller nedeniyle çalışma taahhüdünde belirtilen süreden önce işveren tarafından feshedilmesi ihtimal dahilindedir. Bu olasılığın eğitim giderleri veya ceza koşulu üzerindeki etkisine dair yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre İş K. m.25/4 kapsamındaki fesihlerde de eğitim giderlerinin işçiden talep edilememesi gerekmektedir¹¹⁴. Bu görüş uyarınca işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması ilk planda işçinin kusurundan kaynaklanan bir sebep olarak düşünülebilirse de işverenin iş sözleşmesini feshetmeyip sözleşmenin askıda kalmasını sağlayabileceği de dikkate alınmalıdır. Bu nedenle eğitim karşılığı ceza koşulunun talep edilemeyeceği ifade edilmektedir¹¹⁵.

Yukarıda belirtilen öğreti görüşüne sonucu itibarıyla katılmakla birlikte, gerekçesi açısından iştirak edemiyoruz. İş K. m.25'te düzenlenen haklı nedenle fesih halleri “derhal” feshine imkân sağlamaktadır. Haklı nedenlerin varlığı halinde iş ilişkisi o denli çekilmez hale gelmektedir ki işverenin bildirim süresi kadar kısa bir zaman dilimi dahi olsa iş ilişkisine devam etmesi beklenmemektedir¹¹⁶. Kanunda, işverenin iş sözleşmesini feshetmeyerek sözleşmenin askıda kalmasına sebebiyet vermesi gerektiğine ilişkin bir yükümlülük düzenlenmemiştir. İşverenin iş sözleşmesini İş K. m.25/4'e dayanarak haklı nedenle feshetmeyip sözleşmenin askıda kalmasını sağlayabileceğinin; aksi halde, doğacak olumsuz sonuçlara katlanması gerektiğinin benimsenmesi, Yargıtay kararlarıyla şekillenmiş olan iş güvencesinde son çare ilkesinin haklı nedene dayanan fesihlere de teşmil edilerek hukuki belirsizliklerin ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Kaldı ki, İş K. m.25/4 kapsamındaki haklı nedenle fesihlerde zaten gözaltı veya tutukluluk nedeniyle ortaya çıkan devamsızlık halinin bildirim süresini aşması aranmaktadır. Dolayısıyla

¹¹³ TBK m.409 düzenlemesinin, TBK m.136/2 c.2 bağlamında “hasarın alacaklıya yüklenmiş olması”na örnek teşkil ettiği yönünden bkz. FURRER / MULLER-CHEN / ÇETİNER, s. 605.

¹¹⁴ KESER, s. 37; ALP, s. 37; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 927-928.

¹¹⁵ ALP, s. 37.

¹¹⁶ KARADEMİR, Artür, **İş Güvencesinde Son Çare İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 128.

sıyla İş K. m.25/4 iş sözleşmesinin derhal feshedilmesinden evvel belli bir bekleme süresi öngörerek, devamsızlığa rağmen yine de işçiyi koruyucu bir mekanizma öngörmektedir. İşverenin İş K. m.25/4 kapsamında iş sözleşmesini feshetmesizin bekleyebileceğinin ileri sürülmesi kanunda öngörülmeyle ilave bir korumanın getirilmesi anlamına gelecektir. Bu durumun hukuki belirlilik ilkesini zedeleyeceği kanaatindeyiz. Öte yandan, işçinin salt gözüaltına alınması veya tutuklanması nedeniyle meydana gelen devamsızlığın doğrudan doğruya işçinin kusuruna dayandığı da kabul edilemez. Aksi düşünce, masumiyet karinesini zedeler. Bu durumda, doğrudan doğruya işçinin kusurundan söz edilmesi doğru olmadığından, iş sözleşmesinin İş K. m.25/4 kapsamında işveren tarafından bağlanma süresi içinde feshedilmesi halinde de eğitim giderlerinin işçiden kural olarak talep edilemeyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

2. Geçerli Nedenle Fesih

İş güvencesine tâbi işçinin iş sözleşmesi işverenin sözleşmeyle bağlı kalmasının makul ölçüler içinde beklenemeyeceği geçerli nedenlerle de feshedilmiş olabilir. Geçerli nedenler, işçiden veya işyerinden kaynaklanan fesih nedenleridir. İş K. m.18 uyarınca işçiden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri işçinin davranışları veya yetersizliği iken, işyerinden kaynaklanan geçerli nedenler işletmesel gereklerden kaynaklanan nedenlerdir.

Öğretide, işletmesel gereklerden kaynaklanan nedenlerin kapsamı İş K. m.6 ve İş K. m.29 hükümlerinden hareketle açıklanmaktadır. Buna göre, anılan nedenler ekonomik veya teknolojik gelişmeler ile yapısal (organizasyonel) değişikliklerin gerekli kıldığı fesih nedenlerine işaret etmektedir¹¹⁷. Bu nedenler dolayısıyla işçi açısından oluşan olumsuz duruma işverenin katlanması gerekmektedir. Zira işletmenin ekonomik riski işverenin üzerindedir¹¹⁸. Şu durumda, işverenin etki alanında meydana gelen işgücü fazlalığından ötürü iş sözleşmesinin bağlanma süresi içinde işveren tarafından feshedilmesi halinde de işçiden eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun talep edilemeyeceği kabul edilmelidir¹¹⁹.

¹¹⁷ EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim / BASKAN, Esra, **İş Hukuku**, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 205; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, II İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ed. Ender Demir ve Beste Gemici Filiz, 2017, s. 302-303.

¹¹⁸ YILDIZ, s. 90.

¹¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 928; ALP, s. 36; KESER, s. 36-37; ÖZDEMİR, s. 156; YAYVAK NAMLI, s. 618. Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. MüKoBGB/HENSSLER, BGB §628 Rn. 50; ErfK/PREIS, BGB §611a Rn. 660. İşletmesel gerekler açısından aksine anlaşmaların geçersiz olduğu yönünde bkz. Küttner/GRIESE, Umzugskosten Rn. 10; DORTH, s. 298.

Bir davranışın iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden teşkil edebilmesi, o davranışın çalışma barışını veya işin yürütümünü önemli ölçüde olumsuz etkilemesine bağlıdır¹²⁰. İşçinin davranışı nedeniyle iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından makul ölçüler içinde beklenemeyeceği hallerde fesihle geçerli nedenden bahsedilir¹²¹. İş sözleşmesinin eğitim karşılığı taahhüt edilen çalışma süresi içinde işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle işveren tarafından geçerli biçimde feshedilmesi ihtimal dahilindedir. Bu durumda eğitim giderlerinin veya eğitim karşılığı ceza koşulunun akıbetine ilişkin öğretide görüş ayrılığı mevcuttur. İleri sürülen bir görüşe göre, işçinin ağır kusurunun bulunmaması durumunda işçiden eğitim karşılığı ceza koşulu talep edilememelidir. Buna göre, işçinin davranışları haklı neden ağırlığına erişmiyorsa işçi eğitim giderinden sorumlu tutulamayacaktır¹²². Diğer bir yazara göre ise işçinin davranışları “iş ilişkisinin devamını çekilmez kılıyorsa” işçinin eğitim giderleri karşılığı ceza koşulundan sorumlu olacağı kabul edilmelidir¹²³. Öğretide bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle fesihle, işçi, iş sözleşmesinin bağlanma süresi içerisinde (erken) feshedilmesine kusuruyla sebebiyet verdiği için cezai şart koşulduğundan sorumlu tutulabilmelidir¹²⁴.

İş sözleşmesinin işçinin yetersizliği nedeniyle ve yine bağlanma süresi içerisinde işverence feshedilmesi halinde eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun talep edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak da öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. İleri sürülen bir görüşe göre işçinin yetersizliği biçiminde ortaya çıkan geçerli fesih nedenlerinin varlığı halinde işçinin ağır kusurunun bulunmadığından cezai şart koşulunun talep edilememesi gerekmektedir¹²⁵. Buna karşılık, katıldığımız diğer görüş uyarınca meselenin bir ayırım yapılarak incelenmesi gerekmektedir. Yetersizliğin işçinin kusurundan kaynaklanması mümkündür. İşçinin kusuru nedeniyle işi için gerekli olan sürücü belgesine el konulması

¹²⁰ CANIKLIOĞLU, Nurşen, “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, II İş Hukuku Uluslararası Kongresi, ed. Ender Demir ve Beste Gemici Filiz, 2017, s. 95; KESER, s. 199; GÜNAY, Cevdet İlhan, “İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2009, S. 14, s. 62.

¹²¹ CANIKLIOĞLU, s. 95; KESER, s. 198-199; GÜNAY, s. 68; MANAV, Eda, **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 81.

¹²² ÖZDEMİR, s. 156.

¹²³ KESER, s. 36-37.

¹²⁴ ALP, s. 36. Alman hukuku açısından aynı yönde olmak üzere, işçinin davranışlarından kaynaklanan olağan ve olağanüstü fesihlerde eğitim giderlerini geri ödeme kaydına dayanarak işçiden talepte bulunulabileceği yönünde bkz. DORTH, s. 298.

¹²⁵ ÖZDEMİR, Cezai Şart, s. 156.

böyledir. Bu durumda, iş sözleşmesinin çalışma taahhüdüne aykırı biçimde erken feshedilmesine sebebiyet veren işçiden eğitim karşılığı ceza koşulu talep edilebilmelidir¹²⁶. Buna karşılık, İş K. m.25/1-a bendi hariç olmak üzere, işçinin hastalanması nedeniyle ortaya çıkan yetersizliğin işçinin kusuruna dayanmadığının kabulü ile ceza koşulundan sorumlu tutulamaması gerekmektedir¹²⁷.

SONUÇ

İşveren tarafından sağlanan meslekî eğitim karşılığında işçinin bağlanma süresine riayet etmesini sağlamak için kararlaştırılan sözleşmesel kayıtlar çeşitli şekillerde formüle edilebilmektedir. Uygulamada, işçinin bağlanma süresine aykırı davranması halinde salt eğitim giderlerinden sorumlu olacağı kararlaştırıldığı gibi eğitim giderlerinin götürü bir tutar olarak kararlaştırılması da gündeme gelmektedir. Bununla birlikte, belirlenen götürü tutarın somut olarak harcanan eğitim gideriyle sınırlı olarak geçerlilik taşıdığını belirtmek gerekmektedir.

Eğitim giderinden bağımsız olarak kararlaştırılan ve işçinin meslekî eğitim karşılığı taahhüt ettiği asgari çalışma süresine riayet etmemesine bağlı olarak ortaya çıkan ceza koşulu ise eğitim giderlerinin hesaplanmasına ihtiyaç göstermemektedir. Öte yandan, bu durumda çalışılan ve çalışılmayan süreye göre bir orantı kurulması gerekmektedir.

Hem eğitim giderlerinden veya eğitim giderleri karşılığı götürü tutardan, hem de eğitim giderinden bağımsız olarak kararlaştırılan ve asgari çalışma süresine bağlanan ceza koşulundan sorumlu olunacağına ilişkin (karma) sözleşmesel kayıtların geçerliliği ise her bir ödeme borcunun niteliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmek durumundadır.

Bu çalışmada, iş hukuku boyutuyla eğitim giderlerini geri ödeme kayıtlarının klasik borçlar hukuku bağlamındaki ceza koşulundan farklılık arz ettiği vurgulanmıştır. Kimi zaman, uygulamada ve öğretide eğitim giderlerini geri ödeme kayıtlarının “ceza koşulu” olarak nitelendirildikleri görülmektedir. Oysa eğitim giderlerine ilişkin geri ödeme kayıtlarının sadece fiilen yapılan eğitim harcamalarıyla sınırlı olarak geçerli olması ve tahsil talebinin zararın ispatına bağlı olması bu kayıtların ceza koşulu olarak nitelendirilmelerini güçleştirmektedir. Öte yandan, bu çalışmada, yaygın kullanıma paralel olarak eğitim giderleri karşılığı “ceza koşulu” terimi tercih edilmiştir.

¹²⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 928; ALP, s. 37.

¹²⁷ ALP, s. 37.

Eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun karşılıklılık şartını taşıdığı kabul edilmelidir. Zira işçi ilgili sözleşmesel kaydın karşılığını giderleri işveren tarafından karşılanan eğitim suretiyle almış olmaktadır. Eğitim giderleri karşılığı ceza koşulu her koşulda geçerli değildir. Öncelikle işçinin eğitim aldığı ve bu eğitim için yapılan giderler işveren tarafından ispatlanmalı; fiilen yapılan giderleri aşan tutardaki ceza koşulu geçersiz sayılmalıdır. İlaveten, işçinin sorumlu olduğu tutarın işçinin bağlanma süresini ihlâl etmesi nedeniyle ortaya çıkan çalışılmayan süreye göre orantılı biçimde hesaplanması gerekmektedir.

İş sözleşmesinin sona ermesi halinde eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun akıbetine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, öğretide haklı olarak, bu kayıtların hakkaniyet denetimine tabi tutulması gerektiği ifade edilmektedir. Öğretide işçinin ağır kusurunun bulunmadığı hallerde eğitim giderlerinden sorumlu tutulamayacağı savunulduğu gibi, iş sözleşmesi açısından oluşan olumsuz durumun kimin etki alanından kaynaklandığına göre bir ayırım yapılması gerektiği de ileri sürülmüştür. Ayrıca, rekabet yasağı ile eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun benzerlik arz ettiği, bu nedenle rekabet yasağını sona erdiren hallerin eğitim giderlerini geri ödeme kayıtları açısından da uygulanabileceği ifade edilmiştir. İlaveten, işçinin eğitim giderlerinden sorumlu tutulamayacağı hallerin somut olaydaki kusurun kime yüklenebileceğinden hareketle çözümlenebileceği değerlendirilmelerinde de bulunulmuştur.

Bu çalışmada, genel bir ilke olarak, iş sözleşmesinin bağlanma süresi içinde sona ermesinde işçinin iradesinin ön planda olup olmadığına göre bir ayırım yapılması gerektiği savunulmuştur. Bu bağlamda, işçinin kusuruna dayanmayan sona erme hâlleri açısından eğitim giderleri karşılığı ceza koşulunun talep edilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu yaklaşım, iş hukukundaki risk dağılımına da uygundur. Nitekim, zorlayıcı nedenlerin varlığı halinde bekleme süresi içinde işçiye yarım ücret ödenmeye devam edileceğine ilişkin İş K. m.40 veya işçinin iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işverenin hakkaniyete uygun bir ücret ödemek zorunda olmasına ilişkin TBK m.409 düzenlemeleri de ekonomik riskin işveren aleyhine dağıtıldığını göstermektedir. Aynı şekilde, TBK m.182/2 uyarınca borçlunun (işçinin) kusurunun bulunmadığı bir nedenle asıl borcun sonraki imkânsızlık nedeniyle sona ermesi halinde ceza koşulunun da sona erecek olması, işçinin kusurunun bulunmadığı hallerde eğitim giderleri karşılığı ceza koşulundan sorumlu tutulamayacağı biçimindeki değerlendirmeyi desteklemektedir.

İşçinin eğitim giderleri karşılığı ceza koşulundan sorumluluğu, kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığından bağımsız biçimde değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin işçi tarafından evlilik, muvazzaf askerlik veya emeklilik nedeniyle feshedilmesinde işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Buna karşılık, bu hallerin varlığı halinde de işçinin iradesinin ön planda olup olmadığı araştırılmalıdır. Evlilik, bedelli askerlik veya emeklilik nedeniyle gerçekleştirilen fesihlerde olduğu gibi, işçinin zorunlu olmadığı bir nedenle iş sözleşmesinin feshetmesi halinde eğitim giderlerinden sorumlu olacağı kabul edilecekken, zorunlu muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle işçinin bağlanma süresi içinde iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalmasının riski işçiye yüklenmemelidir.

İşçinin iradesinin ön planda olup olmadığına göre yapılacak bir değerlendirme, ikalenin eğitim giderleri karşılığı ceza koşulu üzerindeki etkisini de tartışmaya açmaktadır. Belirtelim ki, ikale teklifinin kimden geldiği fark etmeksizin eğitim giderlerinin ödenmesine ilişkin kayıtların işçiye karşı ileri sürüleme-yeceği kabul edilmelidir. Zira ikale niteliği itibarıyla bir sözleşmedir. İşverenin işçinin ikale teklifini kabul etmek zorunda olmadığı dikkate alındığında, ikalenin varlığı halinde, tek başına işçinin iradesinin ön planda olduğundan söz edilemez.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

AKYİĞİT, Ercan, **İş Hukuku**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

ALP, Mustafa, “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart ve İş Akdinin Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2010, S. 19, s. 28-40.

ALPAGUT, Gülsevil, “Pandemi’nin İş Sözleşmesine Etkisi: Ücretsiz İzin, Fesih Yasası, Zorlayıcı Neden”, **Pandemi Sürecinde İş Hukuku**, Ed. Gülsevil Alpagut, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 61-98.

ALPAGUT, Gülsevil, “İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süresi Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2007, S. 8, s. 13-21.

ARSLAN ERTÜRK, Arzu, “7146 Sayılı Kanunla Yapılan Yeni Bedelli Askerlik Düzenlemesi ve Düşündürdükleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2019, C. 25, S. 2, s. 781-807.

ASCHEID, Reiner / PREIS, Ulrich / SCHMIDT, Ingrid, **Kündigungrecht**, 6. Auflage, C. H. Beck, 2021, (APS/YAZAR).

ASTARLI, Muhittin, “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

AYKAÇ, Hande Bahar, “Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2016, C. 13, S. 50, s. 699-762.

BAŞTERZİ, Süleyman, “Kısa Çalışma (Kovid 19 Pandemisinde Yeni Yaklaşımlar)”, **Pandemi Sürecinde İş Hukuku**, Ed. Gülsevil Alpagut, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, **Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklileri ile Fesih”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, II İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ed. Ender Demir ve Beste Gemici Filiz, 2017, s. 301-342.

CANBOLAT, Talat / ERENER, Ebru, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart”, **İş ve Hayat Dergisi**, Y. 2017, C. 3, S. 5, s. 228-255.

- CANIKLIOĞLU, Nurşen, “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, II İş Hukuku Uluslararası Kongresi, ed. Ender Demir ve Beste Gemici Filiz, 2017, s. 67-133.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, 35. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- DEMİR, Fevzi / DEMİR, Gönenç, “İş Sözleşmelerinde Yer Alan Eğitim Karşılığında Çalışma Şartı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2010, S. 17, s. 111-122.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 7-145.
- DORTH, Florian, “Gestaltungsgrenzen bei Aus- und Fortbildungskosten betreffenden Rückzahlungsklauseln”, **RdA**, Heft 5, s. 287-300.
- EKMEKÇİ, Ömer, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi**, MESS, 2001, s. 61-140.
- EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ERGİN, Hediye, **İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- ERSEVEN YILDIZ, İlnur, **İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Cezai Şart**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim / BASKAN, Esra, **İş Hukuku**, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- GÜNAY, Cevdet İlhan, “İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2009, S. 14, s. 60-76.
- KARADEMİR, Artür, “İsviçre ve Amerikan Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Yolda ve Eğitimde Geçen Sürelerin Çalışma Süresiyle İlişkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2022, S. 162, s. 329-365.
- KARADEMİR, Artür, **İş Güvencesinde Son Çare İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KARADEMİR, Artür / EKİNCİ, Hakan, **İşçilik Alacakları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KARAGÖZ, Veli, “İşçinin Mesleki Eğitime Tabi Tutulması Durumunda Eğitim Giderlerinin Geri Ödenmesi (Karar İncelemesi)”, (Çevirimiçi) <http://www.e-akademi.org/makaleler/vkaragöz-1.htm>, E.T. 15.04.2023.

- KAYIRGAN, Hasan, **Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- KESER, Hakan, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2016, S. 35, s. 17-42.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, “Eğitim Amaçlı Düzenlenen Toplantıların Fazla Çalışma Olarak Kabul Edilmemesi, Fazla Çalışma Süresinin Hesaplanması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2009, S. 13, s. 117-125.
- KÜTTNER, Wolfdieter / RÖLLER, Jürgen, **Personalbuch 2023**, 30. Auflage, C. H. Beck, 2023, (Küttner/YAZAR).
- MANAV, Eda, **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- MANAV, Eda / GÖKTAŞ, Seracettin, “Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2018, S. 40, s. 48-64.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: **İş Hukuku**, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2022.
- MÜLLER-GLÖGE, Rudi / PREIS, Ulrich / SCHMIDT, Ingrid, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 23. Auflage, C. H. Beck 2023, (ErfK/YAZAR).
- OCAK, Saim, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, C. 15, Özel S., s. 573-608.
- OZAN, Başak, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şart”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2010, C. 7, S. 25, s. 135-157.
- ÖZDEMİR, Erdem, “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Y. 2005, C. 1, S. 4, s. 143-156.
- ÖZKARACA, Ercüment, “Evlilik Nedeniyle Fesih ve Eğitim Giderinin Geri Ödenmesi Kayıtları (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Y. 2023, S. 152, s. 2-7, (Karar İncelemesi).
- ÖZKARACA, Ercüment, “Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebepyle Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Y. 2013, C. 1, S. 36, s. 149-186.
- SARAÇ, Coşkun, “İşsizlik Sigortası Edim Koşulları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, C. 13, S. 1, s. 1-26.
- SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 5, 9. Auflage, C. H. Beck, 2021, (MüKoBGB/YAZAR).
- SOYER, Polat, “Cezai Şart (Karar İncelemesi)”, **Çimento İşveren Dergisi**, Y. 2000, C. 14, S. 5, s. 30-33.

SOYER, Polat “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2000, s. 363-380.

STRAUBE, Gunnar, “Inhaltskontrolle von Rückzahlungsklauseln für Ausbildungskosten”, **NZA-RR**, 2012, s. 505-507.

SÜZEK, Sarper, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, **Kamu-İş**, Y. 2002, C. 6, S. 4, s. 73-94.

SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.

YAYVAK NAMLI, İrem, **İş Hukuku’nda Cezai Şart**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

YILDIZ, Gaye Burcu, **İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Borçtan Kurtulma Davasının Menfi Tespit Davasına Dönüşmesi^(*)

Conversion of the Action in Denial of Debt Into a Negative Declaratory Action

Ayşe KILINÇ^(**)

Öz:

İİK m.69/2 uyarınca, borçlunun, icra mahkemesince verilen itirazın geçici kaldırılması kararı üzerine borçtan kurtulma davası açabileceği kabul edilmiştir. Zira, itirazın geçici kaldırılması kararı, itirazın kesin kaldırılması kararının sonuçlarını doğurmaz. Diğer bir ifadeyle, itirazın geçici kaldırılması kararı, alacaklıya geçici haciz talep etme yetkisi verir. Dolayısıyla, itirazın geçici kaldırılması kararının ve geçici haczin kesinleşmesine engel olmak için borçlunun açabileceği dava, borçtan kurtulma davasıdır. Borçtan kurtulma davası esas itibarıyla, icra hukukuna özgü bir tür menfi tespit davasıdır. Ancak menfi tespit davasına göre birtakım farkları bulunmaktadır. Öncelikle, borçtan kurtulma davası, itirazın geçici kaldırılması kararının verilmesi üzerine açılabilir. Dolayısıyla, geçerli bir icra takibinin varlığını gerektirir. Buna göre, mevcut icra takibinin dayanağı bir adi senet olmalıdır. Ayrıca borçlunun, adi senet altındaki imzaya itiraz etmesi ve bu itiraz üzerine icra mahkemesi tarafından itirazın geçici kaldırılmasına karar verilmelidir. İkincisi, dava, yedi günlük hak düşürücü sürede açılmalıdır. Üçüncüsü ise borçtan kurtulma davasında teminatla ilgili olarak özel bir dava şartı kabul edilmiştir. Bu koşullar oluşmadan açılan borçtan kurtulma davasının reddedilmesi gerekir. Ancak borçtan kurtulma davasının, bir tür menfi tespit davası olduğu hususu dikkate alınarak, davayı reddetmek yerine menfi tespit davasına dönüşmesini kabul etmek yerinde olacaktır. Bu bağlamda, bu çalışmanın konusunu, koşulları oluşmadan açılan borçtan kurtulma davasının menfi tespit davasına dönüşmesi oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Borçtan Kurtulma Davası, Menfi Tespit Davası, İtirazın Geçici Kaldırılması, İcra Takibi, İcra Hukuku.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.02.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 01.08.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1357990>

Bu makaleye atf için; KILINÇ, Ayşe, “*Borçtan Kurtulma Davasının Menfi Tespit Davasına Dönüşmesi*”, **İMİFD**, C. 8, S. 2, 2023, s. 865-886

^(**) Doç. Dr., Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı / Afyon - Türkiye

E-posta: kilincayse1983@hotmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4420-0082>

Abstract:

Pursuant to Article of the Enforcement and Bankruptcy Law, it has accepted that the debtor can file an action in denial of debt upon the rule of the enforcement court for the temporary annulment of the objection. Because, the rule of temporary annulment of the objection does not have the consequences of the rule of the definitive annulment of the objection. In other words, the rule of temporary annulment of the objection authorizes the creditor to request a temporary attachment. Therefore, the action that the debtor can file in order to prevent the rule of temporary annulment of the objection and the temporary attachment to become definitive, is the action in denial of debt. The action in denial of debt is essentially type of negative declaratory action specific to enforcement law. However, there are some differences compared to negative declaratory action. First of all, the action in denial of debt can be filed upon the ruling of temporary annulment of the objection. Second, it must be filed within the seven-day period of prescription. Third, in the action in denial of debt, a special case condition has been accepted regarding the collateral. The action in denial of debt, filed without these conditions, should be dismissed. However, considering the fact that the action in denial of debt is a kind of negative declaratory action, it would be appropriate to accept that it convert into a negative declaratory action instead of dismissing it.

Keywords:

Action in Denial of Debt, Negative Declaratory Action, Temporary Annulment of the Objection, Enforcement Proceeding, Enforcement Law.

GİRİŞ

Genel haciz yolu ile takipte alacaklının alacağına adi bir senede dayanması durumunda, borçlunun senet altındaki imzaya itirazı (İİK m.68/a, 1) ile birlikte icra takibi durur (İİK m.66/1). İcra takibine devam etmek isteyen alacaklının ise başvurabileceği yollardan biri, İİK m.68a'da düzenlenen itirazın geçici kaldırılmasıdır¹. İtirazın geçici kaldırılması talebini inceleyen icra mahkemesi, alacaklıyı haklı bulur; diğer bir ifadeyle, yaptığı imza incelemesi sonucunda, adi senet altındaki imzanın borçluya ait olduğuna kanaat getirirse, itirazın geçici kaldırılmasına karar verir². İtirazın geçici kaldırılması kararı kesin kaldırmaya

¹ Bu durumda borçlunun genel mahkemelerde itirazın iptali davası açmasına da bir engel bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, **İcra ve İflas Hukuku**, Güncellenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 258; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **İcra ve İflas Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 165; KARSLI, Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 194; KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 314; MUŞUL, Timuçin, **İcra ve İflas Hukuku Cilt: I**, Güncellenmiş Genişletilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 377; PEKÇENİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 7343 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerle Güncellenmiş 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 132; YILDIRIM, Mehmet Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **İcra ve İflas Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 93; YILMAZ, Ejder, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 386.

² ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 258; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 169; s. 194, s. 203; KURU (El Kitabı), s. 314, s. 325; MUŞUL (İcra), s. 380; PEKÇENİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 135; POSTACIOĞLU, İlhan E., **İcra Hukuku Esasları**,

ilişkin sonuçları doğurmaz. Zira, geçici kaldırma kararına rağmen, borçlunun itirazı ile duran icra takibi, durmaya devam eder³. Ancak kanun koyucu, takipte menfaat dengesi sağlamak bakımından alacaklının geçici kaldırma kararı ile geçici haciz talep edebileceğini kabul etmiştir (İİK m.69/1). Bununla birlikte, geçici haciz kesinleşmediği sürece hacizli mallarının paraya çevrilmesi mümkün olmayacağından, alacaklı icra takibine devam edemeyecektir⁴. Buna göre, kanun koyucu, hem alacaklının geçici haciz dolayısıyla, alacağına geç kavuşmasının önüne geçmek⁵ hem de borçlunun geçici haczin kesinleşmesine ve alacaklının icra takibine devam etmesine engel olabilmesi bakımından İİK m.69/2 uyarınca borçtan kurtulma davasını düzenlemiştir. Ayrıca icra mahkemesinin itirazın geçici kaldırılması yargılamasında sınırlı bir inceleme yapması ve inceleme sonunda verdiği kararın maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi de borçtan kurtulma davasının kabul edilmesinin diğer gerekçelerindedir⁶.

İİK m.69/2’de düzenlenen borçtan kurtulma davası esas itibarıyla bir tür menfî tespit davasıdır. Zira, bu davada da borçlu, alacaklının takip konusu yaptığı alacağın borçlusu olmadığını iddia etmektedir⁷. Ancak borçlu bu davayı,

538 sayılı Kanun gözönünde tutularak yazılan üçüncü bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 205; ÜSTÜNDAĞ, Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, Baştan sona gözden geçirilmiş ve (4949 sayılı Kanun hükümleri gözönünde tutulmak suretiyle) yenilenmiş 8. bası, İstanbul, 2004, s. 124; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 96.

³ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 258; KURU (El Kitabı), s. 314; Ancak *Üstündağ*’a göre, alacaklı, itirazın geçici kaldırılması kararı üzerine takibe sınırlı olarak devam edilmesini isteyebilir. Zira, alacaklı ancak geçici haciz isteyebilir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 125; Aynı yönde bkz. KARSLI, s. 194; MUŞUL (İcra), s. 385.

⁴ ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk İcra ve İflâs Usulleri**, Beşinci Bası, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960, s. 57; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 265; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 168; KARSLI, s. 194; KURU (El Kitabı), s. 326; MUŞUL (İcra), s. 385; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 135; POSTACIOĞLU, s. 206; ÜSTÜNDAĞ, s. 125; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 96; YILMAZ, s. 402.

⁵ Zira, İİK m.69/2 uyarınca, borçlu itirazın geçici kaldırılmasına ilişkin kararın tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde borçtan kurtulma davası açmazsa, geçici haciz kesin hacze dönüşeceğinden, alacaklı icra takibine devam edebilecek ve hacizli malların satışı isteyebilecektir. Böylece, geçici haciz sebebiyle, takibe devam etmesinin önündeki engel de ortadan kalkacaktır.

⁶ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI s. 265; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 169; KARSLI, s. 204; KURU, Baki, Borçtan Kurtulma Davası, **Makaleler**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 689-701, s. 691; UYAR, Talih, “İcra Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası (İİK m.69/II, III, IV, V)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 58, 2005, s. 323-339; s. 323; KARSLI, s. 205; von KAENEL Adrian / LENZLINGER, Annette / CARCAGNI ROESLER, Romina, **Vertragsvorlagen**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021, s. 462; KURU (El Kitabı), s. 328; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 136; YILMAZ, s. 390, s. 402; İsviçre hukukunda da, borçtan kurtulma davasında mahkemenin itirazın geçici kaldırılması yargılaması ile bağlı olmadığı ve uyumsuzluk konularının farklı olması nedeniyle itirazın geçici kaldırılması kararının kesim hüküm etkisinin olmadığına ilişkin olarak bkz. VOCK, Dominik / MEISTER-MÜLLER, Danièle, **SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2018, s. 152.

⁷ Bu konuda bkz. aşağıda I başlıklı bölüm ve özellikle dn. 13.

itirazın geçici kaldırılması kararının verilmesi üzerine ve İİK m.69/2'deki koşulları sağlayarak açtığında, dava artık borçtan kurtulma davası niteliğini kazanır⁸. Her ne kadar, her iki davanın konusu da alacaklının iddia ettiği alacağın mevcut olup olmadığının tespiti ise de borçtan kurtulma davasının normal bir menfi tespit davasına göre birtakım farklılıkları vardır. Bu farklılıklar, hem davanın açılma zamanı, hem davanın açılması için gereken yargılama koşulları hem de davanın açılmasının mevcut icra takibine etkisi ile ilgilidir⁹. Buna göre, iki davadan birinin daha önce açılmış olması, diğerinin açılmasına derdestlik (HMK m.114/1, 1) sebebiyle engel olsa da¹⁰ daha önce açılmış olanın yargılama sırasında diğerine dönüşüp dönüşmeyeceği meselesi önem arz etmektedir. Özellikle, borçtan kurtulma davasının, menfi tespit davasının özel bir türü olduğu dikkate alındığında, İİK m.69/2'deki koşulları sağlamadan açılan bir borçtan kurtulma davasına, menfi tespit davası olarak devam edilip edilemeyeceği meselesini değerlendirmek gerekir. Bu çalışmanın konusunu ise İİK m 69/2'de belirtilen koşullar oluşmadan açılan bir borçtan kurtulma davasının, menfi tespit davasına dönüşüp dönüşmeyeceği oluşturmaktadır. Bu bağlamda, çalışmamızda öncelikle borçtan kurtulma davasının hukukî niteliği ve menfi tespit davasına göre olan farklılıkları üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise İİK m.69/2'de borçtan kurtulma davası açmak için gereken yargılama koşulları dikkate alınarak, her bir koşula göre ayrı bir değerlendirmenin yapılacağı bölümlere yer verilecektir.

I. BORÇTAN KURTULMA DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE MENFİ TESPİT DAVASI İLE İLİŞKİSİ

İİK m.72'de düzenlenen menfi tespit davası, sonucu ve etkileri bakımından icra hukukuna özgü olarak düzenlenen normal bir tespit davasının türüdür¹¹. Zira, İİK m.72/1'de de açıkça; Borçlunun, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabileceği belirtilmiştir-

⁸ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 266; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 169; KURU (El Kitabı), s. 328; MUŞUL, Timuçin, **İcra ve İflâs Hukukunda; Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 53; MUŞUL (İcra), s. 385; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 136.

⁹ Bu farklılıklara ilişkin ayrıntılı olarak bkz. I başlıklı bölüm.

¹⁰ VOCK, Dominik / AEPLI, Martina, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG**, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2017, s. 511; Devam eden bir borçtan kurtulma davası varken, alacak (eda) davası, SchKG m.85 uyarınca bir dava, m.85a uyarınca menfi tespit davası ve m.86 uyarınca istirdat davası açmanın caiz olmadığı hakkında bkz. VOCK / MEISTER-MÜLLER, s. 153.

¹¹ TÜRK, Ahmet, **Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 43, s. 44; YILMAZ, s. 414.

tir. Buna göre, İİK m.72/1 uyarınca açılan menfi tespit davasının konusunu, borçlunun, alacaklının iddia ettiği ve takip konusu yaptığı veya yapacağı alacağının borçlusu olmadığına tespiti oluşturur¹². Bu bakımdan, borçtan kurtulma davası ile menfi tespit davasının aynı amaca hizmet ettiğini ifade etmek gerekir. Nitekim, borçtan kurtulma davasında da borçlu, icra takibinin konusu olan borcun borçlusu olmadığına tespitini istemektedir¹³. İsviçre hukukunda, borçtan kurtulma davası ile borçlunun, icra takibinin başladığı sırada icra takibinin konusu olan alacağın varlığını, miktarını veya vadesini inkâr ettiği ileri sürülmektedir¹⁴. Diğer bir ifadeyle, hukukumuzdaki gibi, İsviçre hukukunda da davanın konusunu icra takibinin konusu olan borcun mevcut olmadığına tespiti oluşturmaktadır¹⁵.

Borçlunun icra takibinin konusu olan borcun borçlusu olmadığına tespiti amacıyla açtığı borçtan kurtulma davası, hukukî niteliği bakımından, icra hukukuna özgü bir tür menfi tespit davasıdır¹⁶. Ancak HMK m.106/2 uyarınca borçlunun, menfi tespit davası için aranan hukukî yarar koşulunu¹⁷ bu davada açıkça ortaya koymasına gerek yoktur. Zira, davacı borçlunun, mevcut icra takibinin borçlusu olması tespit talebi için gereken hukukî yarar koşulunu sağlamaktadır¹⁸.

Menfi tespit davasının bir türü olarak borçtan kurtulma davası, itirazın geçici kaldırılması kararı üzerine açılabilse de borçlu, bu davada icra takibinde ve

¹² ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 279; MUŞUL, Menfi Tespit, s. 77; TÜRK, s. 43; ÜSTÜNDAĞ, s. 131; YILMAZ, s. 420.

¹³ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 170; KURU, El Kitabı, s. 331; MUŞUL, Menfi Tespit, s. 53; VOCK / MEISTER-MÜLLER, s. 153; YILMAZ, s. 402.

¹⁴ VOCK / MEISTER-MÜLLER, s. 152.

¹⁵ KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta, **SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlässen**, 20., aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2020, s. 268; STUDER, Josef / ZÖBELI, Markus, **Schuldbetreibungs- und Konkursrecht**, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2020, s. 85; VOCK / AEPLI, s. 511.

¹⁶ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 169; KARSLI, s. 205; KURU, El Kitabı, s. 328; KURU, Makale, s. 692-693; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 136; TÜRK, s. 53-54; UYAR, s. 373; ÜSTÜNDAĞ, s. 126; YILMAZ, s. 402; İsviçre hukukunda borçtan kurtulma davasının maddî hukuk doğasında bir tür menfi tespit davası olduğu kabul edilmektedir. Bkz. KREN KOSTKIEWICZ, s. 268; VOCK / AEPLI, s. 511; VOCK / MEISTER-MÜLLER, s. 153; Türk hukuku bakımından bkz. ANSAY, s. 59.

¹⁷ Çeşitli ihtimallere göre borçlunun menfi tespit davası açmakta hukukî yararının olup olmadığı hakkında ayrıntılı olarak bkz. MUŞUL, Menfi Tespit, s. 169; HMK m.106/2'de kanunla belirtilen durumlar dışında tespit davası açan davacının, eda davası ve inşai davalardan farklı olarak dava açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunduğu hususunu açıkça ortaya koymasının bir şart olarak öngörüldüğüne ilişkin olarak bkz. HMK m.106/2'nin Hükümet Gerekçesi.

¹⁸ VOCK / AEPLI, s. 512; VOCK / MEISTER-MÜLLER, s. 153.

itirazın geçici kaldırılması yargılamasında ileri sürdüğü iddialarla bağlı olmadan¹⁹, borçlu olmadığına ilişkin tüm savunma sebeplerini ileri sürebilecektir²⁰. Zira, borçtan kurtulma davası, itirazın geçici kaldırılması kararına karşı başvurulabilen bir kanun yolu olmadığından, borçtan kurtulma davası ile itirazın geçici kaldırılması kararının kaldırılması istenemez²¹. Aksine, maddî hukuka ilişkin bir menfi tespit davası olarak borçtan kurtulma davası, icra takibinin konusu olan alacağın ödeme emrinin tebliği anında hukuken talep edilebilir olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir²².

Her iki dava da genel mahkemelerde genel hükümlere göre görülen davadır. Ancak borçtan kurtulma davasının, menfi tespit davasına nazaran çifte etkiye sahip olduğunun altını çizmek gerekir. Şöyle ki, her iki dava sonucunda da borçlunun maddî hukuk bakımından borçlu olmadığı maddî anlamda kesin hüküm teşkil eden bir kararla tespit edilecektir²³. Bununla birlikte, borçtan kurtulma davasının maddî hukuk bakımından etkisinin yanı sıra menfi tespit davasından farklı olarak, devam eden icra takibi bakımından da doğrudan etkisi bulunmaktadır²⁴. Buna göre, İİK m.69/3'te belirtildiği üzere, borçtan kurtulma davası süresinde açılmadığında veya reddedildiğinde, itirazın geçici kaldırılması kararı ve geçici haciz kesinleşecektir.

İİK m.69/2 uyarınca, *“İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir. Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun dava konusu alacağın yüzde on beşini ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo etmesi veya mahkemeye kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya banka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dava reddolunur.”*

¹⁹ Nitekim, borçlunun imzaya itirazı sonucunda icra mahkemesinden itirazın geçici kaldırılması talep edilebileceğinden, borçlunun borçtan kurtulma davasında, takipte itiraz ederken ileri sürdüğü imzaya itiraz dışındaki tüm savunma sebeplerini ileri sürmesi önemlidir.

²⁰ ANSAY, s. 59; KREN KOSTKIEWICZ, s. 268; KURU, El Kitabı, s. 333; MUŞUL, Menfi Tespit, s. 117; POSTACIOĞLU, s. 210; TÜRK, s. 54; UYAR, s. 330; ÜSTÜNDAĞ, s. 126.

²¹ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 170-171; KREN KOSTKIEWICZ, s. 268; KURU, El Kitabı, s. 333; VOCK / MEISTER-MÜLLER, s. 152; UYAR, s. 330.

²² KREN KOSTKIEWICZ, s. 268; KURU, El Kitabı, s. 333; UYAR, s. 330.

²³ TÜRK, s. 54.

²⁴ İsviçre hukukunda SchKG m.83/2'ye göre açılan borçtan kurtulma davasının, m.85a uyarınca açılan menfi tespit davası gibi ikili bir yapıya sahip olduğu, bir yandan geçici kaldırmaya ilişkin kararın sonuçlarını onaylayarak ya da kaldırarak devam eden icra takibine doğrudan etki ettiği, öte yandan da yalnızca icra takibi içerisindeki bir prosedür olmayıp; aynı zamanda maddî hukuka ilişkin bir tespit davası olduğuna ilişkin olarak bkz. KREN KOSTKIEWICZ, s. 268; Ayrıca bkz. aşağıda dn. 27.

Belirtilen hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, borçtan kurtulma davasının açılabilmesinin ilk koşulu, icra mahkemesince itirazın geçici kaldırılmasına karar verilmesidir. İkinci olarak, borçtan kurtulma davasının açılabilmesi için kanun koyucu süre yönünden bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, davanın itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde açılması gerekir. Üçüncü olarak ise dava konusu alacağın yüzde on beşi oranında teminatın ilk duruşma gününe kadar gösterilmesi gerektiğine ilişkin özel bir dava şartı kabul edilmiştir.

İİK m.69/2 hükmünden yola çıkarak, borçtan kurtulma davasının koşulları dikkate alındığında, borçtan kurtulma davası her ne kadar menfi tespit davasının bir türü olsa da, davanın gerek açılabilmesi gerekse dinlenilebilmesi bakımından menfi tespit davasından farkları bulunmaktadır. Şöyle ki; menfi tespit davasının açılabilmesi bakımından İİK’da bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, İİK m.72/1 uyarınca, menfi tespit davası icra takibinden önce de açılabilir, icra takibi başladıktan ve hatta kesinleştikten -takip konusu borç alacaklıya ödeninceye kadar (İİK m.72/6,7)- sonra da açılabilir. Belirtilen hükme göre, ortada henüz bir icra takibi bile yokken menfi tespit davası açılabilir²⁵. Ancak borçtan kurtulma davasının açılabilmesi için, mevcut bir icra takibinde imzaya itiraz sonucunda, icra mahkemesinin itirazın geçici kaldırılmasına karar vermiş olması gerekir. Yine borçtan kurtulma davasından farklı olarak, menfi tespit davasının dinlenebilmesi için kanun koyucu özel bir teminat şartı kabul etmemiştir. İİK m.72/2’de düzenlenen teminat gösterme yükümlülüğü, yalnızca icra takibinden önce açılan menfi tespit davasında ihtiyati tedbir kararı ile takibin durdurulması bakımından aranmaktadır²⁶.

²⁵ TÜRK, s. 54.

²⁶ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 168-169; TÜRK, s. 54; İİK m.72/3 uyarınca icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasının, ihtiyati tedbir kararı ile durdurulamayacağı kabul edilmiştir. Bu durumda yalnızca borçlu, gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir. Uygulamada bu hükümden yola çıkılarak, borçlunun takip konusu alacağın tamamını karşılayacak miktarda parayı nakit olarak icra veznesine yatırması ve ayrıca paranın alacaklıya ödenmemesi için yüzde on beş oranında bir teminat göstererek; diğer bir ifadeyle yüzde yüz on beş oranında bir para ve teminatla takibi durdurabileceği kabul edilmektedir. Bkz. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 282; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 144; Ayrıca 7445 sayılı Kanun’un m.36’da kabul edilen “*Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından sonra, başvuran taraf aleyhine uyumsuzluk konusuyla ilgili olarak icra takibi yapılması durumunda, başvuran tarafın bu takibe karşı son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde 2004 sayılı Kanunun 72 nci maddesi uyarınca menfi tespit davası açması ve talep etmesi halinde 2004 sayılı Kanunun 72 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü uygulanır.*” şeklindeki hüküm ile birlikte, dava şartı arabuluculuk kapsamındaki uyumsuzluklar için de borçlunun, icra takibinin başlamasından sonra açılan menfi tespit davasında takibi durdurabilmesine imkân tanınmıştır.

Borçtan kurtulma davası ile menfî tespit davası arasındaki esas farkın devam eden icra takibine etkisi bakımından olduğunu ifade etmemiz gerekir²⁷. Zira, İİK m.69/1 uyarınca alacaklının, itirazın geçici kaldırması kararı üzerine geçici haciz isteme hakkı söz konusudur. Ancak borçlunun süresinde borçtan kurtulma davası açmaması veya açtığı davanın reddedilmesi durumunda, itirazın geçici kaldırılması kararı kesin kaldırmaya ve geçici haciz de kesin hacze dönüşecektir (İİK m.69/3)²⁸. Buna göre, borçlunun, geçici kaldırma kararının ve geçici haczin kesinleşmesini engellemesinin tek yolu süresinde ve usûlüne uygun olarak borçtan kurtulma davası açmasıdır. Oysa, (İİK m.72 uyarınca açılacak) normal bir menfî tespit davasının borçluya bu imkanı sağlaması mümkün değildir. Dolayısıyla, her iki davada da nihai amaç, borçlunun maddî anlamda kesin hüküm teşkil edecek bir kararla borçlu olmadığına tespiti olsa da²⁹, borçtan kurtulma davasının açılması, devam eden icra takibine etkileri bakımından borçlu için oldukça avantajlıdır. Ancak esas mesele, İİK m.69/2’de belirtilen koşullar sağlanamadığı için borçtan kurtulma davasının usûlden reddedilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, menfî tespit davasının bir türü olması ve her iki davadan beklenen hukukî korumanın aynı amaca hizmet etmesi sebebiyle, davanın usûlden reddi yerine menfî tespit davası olarak devam edilip edilemeyeceğidir. Bu bağlamda, aşağıda ilerleyen bölümlerde, borçtan kurtulma davasının yukarıda belirttiğimiz her bir koşulu incelenecek ve görüşümüzün yer aldığı bir değerlendirme yapılacaktır.

II. BORÇTAN KURTULMA DAVASININ MENFİ TESPİT DAVASINA DÖNÜŞÜP DÖNÜŞEMEYECEĞİ MESELESİ

A. İtirazın Geçici Olarak Kaldırılmasına Karar Verilmiş Olması

İİK m.69/2 uyarınca, borçtan kurtulma davası açılabilmesi için icra mahkemesinin itirazın geçici kaldırılmasına karar vermiş olması gerekir³⁰. Diğer bir

²⁷ TÜRK, s. 54.

²⁸ TÜRK, s. 54-55.

²⁹ TÜRK, s. 54.

³⁰ KARSLI, s. 206; KURU, Makale, s. 691; von KAENEL / LENZLINGER / CARCAGNI ROESLER, s. 462; UYAR, s. 325; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 97; “... Bir davada hâkim sadece tarafların ileri sürdükleri maddî vakıalar ve netice-i taleplerle bağlı olup, dayandıkları kanun hükümleriyle ve onların hukuki nitelendirmeleriyle bağlı değildir. Mahkemece davacının iddiasının İİK’nun 69. maddesinde düzenlenen borçtan kurtulma davası niteliğinde olduğu, bu davanın da süresinde açılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa İİK’nun 69. maddesi uyarınca borçtan kurtulma davasının söz konusu olabilmesi için alacaklının adi senede dayanarak ilamsız takip yapması, borçlunun takip dayanağı belgedeki imzaya itiraz etmesi, alacaklının itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden

ifadeyle, alacaklının adi bir senede dayalı olarak icra takibi başlatmış olması, borçlunun bu senet altındaki imzaya itiraz etmesi ile takibin durması ve alacaklının bu itirazı hükümden düşürmek için icra mahkemesinden itirazın geçici kaldırılmasını talep etmiş ve nihayet icra mahkemesinin itirazın geçici kaldırılmasına karar vermiş olması gerekir. Buna göre, borçtan kurtulma davası ancak imzaya itiraz edildiği ve bu itiraz üzerine geçici kaldırma kararının verildiği bir icra takibinin mevcut olması halinde açılabilir. Davanın açılabilmesinin ön koşulu geçerli bir icra takibinin varlığı olduğundan, icra takibi herhangi bir şekilde sona ermişse, artık borçtan kurtulma davası açılmaz³¹. Bu bağlamda, borçlunun borca itirazı sonucu icra mahkemesince itirazın kesin kaldırılmasına karar verilmesi üzerine borçtan kurtulma davasının açılması mümkün değildir³².

Öğretide³³ bir görüş, itirazın kesin kaldırılması kararına rağmen, borçlunun borçtan kurtulma davası açması durumunda, İİK m.72'ye göre istirdat davası açma hakkı saklı olmak üzere, mahkemenin borçtan kurtulma davasının esasına girmeden usûlden reddetmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Diğer bir görüş³⁴ ise usûl ekonomisi gereği mahkemenin davayı reddetmeyip, menfî tespit davası olarak görmesinin yerinde olacağını savunmaktadır.

Borçlunun icra takibinde hem imzaya hem de borca itiraz etmiş olması sonucunda, icra mahkemesinin itirazın kaldırılmasına karar vermesi durumunda da borçtan kurtulma davasının imzaya itirazı izleyen bir dava olması sebebiyle açılabilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁵. Kanımızca; bu durumda borçtan

itibaren 7 gün içinde borçtan kurtulma davası açması gerekir..." Yar. 19. HD, E. 2009/1539, K. 2009/86778, 01.10.2009, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³¹ VOCK / AEPLI, s. 511.

³² KARSLI, s. 206; KURU, Makale, s. 691; UYAR, s. 325; "... icra takibine hiç itiraz etmemesi veya ettiği itirazın muvakkat olmayarak ref'ine karar verilmiş olması dolayısıyla hakkındaki icra takibi kesinleşmiş bulunan borçlunun ancak İcra ve İflas Kanununun yetmiş ikinci maddesi mucibince borcunu tamamen ödedikten sonra umumî hükümler dairesinde mahkemeye müracaat ederek paranın geriye alınması hakkında dava açabilip borçtan kurtulma davası açamayacağına çoğunlukla karar verildi." Yar. IBHGK, E. 1942/9 K. 1942/28, 16.12.1942, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³³ KURU, Makale, s. 691.

³⁴ KARSLI, s. 206.

³⁵ UYAR, s. 325-326; Yine *Uyar*'a göre, icra mahkemesinin "itirazın kesin kaldırılması" veya "itirazın kaldırılması" şeklinde verdiği karar, Yargıtay tarafından itirazın geçici kaldırılmasına karar verilmesi gerektiğinden bozulmuş ve icra mahkemesince bozmaya uyarak itirazın geçici kaldırılmasına karar verilmişse, bu karar üzerine borçtan kurtulma davası açılabilir. Bkz. UYAR, s. 326; "... Somut olayda, borçlular, alacaklıya borcun bulunmadığı ve takip ekindeki belgeler üzerindeki imzaların kendilerine ait olmadığını ileri sürerek icra dairesine itiraz etmişlerdir. İtiraz bu haliyle takip dayanağı belge altındaki imzaya itiraz niteliğinde olup imzaya ve borca itiraz olarak ayrı ayrı değerlendirilemez. Alacaklı İİK.nun 68/a maddesi uyarınca icra mahkemesinden itirazın geçici kaldırılmasını talep etmiş ve mahkemeye itirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verilmiştir..." Yar. 12 HD, E. 2025/6421, K. 2015/16366, 11.06.2015 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

kurtulma davasının açılmaması gerekir. Zira, İİK m.69/2'de açıkça, borçtan kurtulma davasının “*itirazın muvakkaten kaldırılması kararının*” üzerine açılabilceği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu, bu davanın yalnızca itirazın geçici kaldırılması kararı sonucunda açılmasına olanak tanımıştır. Nitekim, her zaman borçlunun itirazın kesin kaldırılması üzerine veya henüz icra takibi başlamadan da menfi tespit davası açabilmesi mümkündür. Ancak borçtan kurtulma davası borçlu bakımından, İİK m.69'da belirtilen itirazın geçici kaldırılması kararının sonuçlarının devam edebilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla, borçlunun itirazın kesin kaldırılması kararı üzerine açtığı davanın, borçtan kurtulma davası değil; İİK m.72 uyarınca bir menfi tespit davası olarak kabul edilmesi gerekir³⁶. Bununla birlikte, borçlu, imzaya itirazı ile çelişmeyen borca itiraz sebepleri de ileri sürmüşse, itirazın, imzaya itiraz olarak işlem görerek mahkemenin öncelikle imzaya itirazı inceleyip, itirazın geçici kaldırılmasına karar vermesi üzerine de borçtan kurtulma davasının açılabilceğini kabul etmek gerekir³⁷.

Yine alacaklının başlattığı kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte, borçlunun imzaya itiraz etmesi ile itirazı inceleyen icra mahkemesinin itirazın reddine karar vermesi sonucunda, borçlunun borçtan kurtulma davası açabilmesi mümkün değildir. Zira, bu durumda icra mahkemesi, itirazın geçici kaldırılmasına karar veremez (İİK m.170/3). Nitekim, İİK m.170/3'te, itirazın reddi üzerine borçlunun menfi tespit veya istirdat davası açabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte borçtan kurtulma davasının açılma imkânı bulunmamaktadır³⁸.

Borçlunun, bir taraftan İİK m.69/2 uyarınca süresi içerisinde borçtan kurtulma davası açması bir taraftan da icra mahkemesinin itirazın geçici kaldırılması kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurması mümkündür (İİK m.363/1). Ancak borçtan kurtulma davası devam ederken, bölge adliye mahkemesinin icra

³⁶ Ayrıca, borçlunun itirazın kesin kaldırılması kararı üzerine açılan borçtan kurtulma davasına menfi tespit davası olarak devam edilip edilmeyeceğine ilişkin değerlendirme aşağıda ayrıntılı olarak yapılacaktır. Bkz. aşağıda III başlıklı kısım.

³⁷ KURU, El Kitabı, s. 224-225; UYAR, s. 325-326.

³⁸ “... Davalı alacaklı kambiyo senetlerine özgü takibe geçmiş olup, borçlunun icra mahkemesinde yaptığı imzaya itiraz kural olarak takibi durdurmayacağından itirazın geçici kaldırılması söz konusu olmaz. Her ne kadar İİK'nun 170/b maddesinde İİK'nun 62 ila 72 maddelerinin bu arada 69. maddesinde kambiyo senetlerine özgü takip hakkında da uygulanacağı belirtilmişse de 69. maddenin uygulanabilmesi için kambiyo senetlerine özgü takiple ilgili hükümlerine aykırı olmaması gerekir. Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte itiraz icra mahkemesine yapıldığından ve itiraz kural olarak takibi durdurmadığından itirazın geçici kaldırılması ve borçtan kurtulma davasının olayda uygulama yeri bulunmamaktadır...” Yar. 19. HD, E. 2009/1539, K. 2009//86778, 01.10.2009, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

mahkemesinin kararını kaldırarak itirazın geçici kaldırılması talebinin reddine karar vermesinin, devam eden borçtan kurtulma davasını nasıl etkileyeceği meselesi önemlidir. Bu durumda öğretide³⁹, devam eden borçtan kurtulma davasının konusuz kalması sebebiyle, borçlunun, davaya menfi tespit davası olarak devam edilmesini isteyebileceği ileri sürülmüştür. Kanımızca da davaya menfi tespit davası olarak devam etmek yerinde olur. Zira, her ne kadar itirazın geçici kaldırılması talebinin reddine karar verilmiş olsa da, bu karar maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden, borçlunun borçlu olmadığına tespitine yönelik maddî anlamda kesin hüküm elde edebileceği menfi tespit davası açmakta hukukî yararı bulunmaktadır⁴⁰. Dolayısıyla, her iki dava da borçlunun borçlu olmadığına tespiti amacıyla açıldığına göre, borçtan kurtulma davasının menfi tespit davasına dönüşmesi borçlunun hukukî korunma talebine hizmet etmektedir.

B. Davanın Kanunda Belirtilen Sürede Açılmış Olması

İİK m.69/2’de borçlunun itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçtan kurtulma davasını açabileceği; üçüncü fıkrada ise belirtilen süre içinde dava açılmazsa, itirazın kaldırılması kararı ve varsa geçici haczin kesinleşeceği düzenlenmiştir. Kanun’da davanın açılması için kabul edilen sürenin hak düşürücü süre olduğunu kabul etmek gerekir⁴¹. Nitekim, davanın süresinde açılmamasının hukukî sonucu üçüncü fıkrada açıkça belirtilmiştir (İİK m.69/3). Borçtan kurtulma davasının açılması için kabul edilen sürenin başlangıcı konusunda da kanun koyucu açık bir düzenleme getirerek, tartışmaların önüne geçmiştir⁴². Buna göre, yedi günlük dava açma süresi, itirazın geçici kaldırılması kararının, eğer borçlu veya vekili duruşmada hazırsa, -karar duruşma tutanağına geçirilerek okunacağından- tefhim; borçlu veya vekili duruşmada hazır değilse, -karar yokluklarında verileceğinden- tebliğinden itibaren başlayacaktır⁴³. Bu bağlamda, karara karşı kanun yolu-

³⁹ UYAR, s. 324.

⁴⁰ İcra mahkemesinin verdiği karar maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, kendisini uzun süre icra tehdidi altında hissetmek istemeyen borçlunun menfi tespit davası açmakta hukukî yararının bulunduğu görüşünü ileri süren Atalı/Ermenek/Erdoğan için bkz. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 354-355; Aksi görüş için bkz. KURU, El Kitabı, s. 358.

⁴¹ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYZAZ / HANAĞASI, s. 267; KARSLI, s. 207; KURU, Makale, s. 696; KURU, El Kitabı, s. 330; MUŞUL, Menfi Tespit, s. 55; MUŞUL, İcra, s. 386; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 136; UYAR, s. 325; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 97.

⁴² KURU, Makale, s. 694-695.

⁴³ KARSLI, s. 207; KURU, Makale, s. 694; KURU, El Kitabı, s. 330; UYAR, s. 324.

na başvurulmuş olsa bile dava açma süresi itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren başlayacağından, dava açma süresinin başlayabilmesi için itirazın geçici kaldırılması kararının kesinleşmesine gerek yoktur⁴⁴. İsviçre hukukunda ise borçtan kurtulma davasını açma süresi itirazın geçici kaldırılması kararının verildiği tarihten itibaren yirmi gün olarak kabul edilmiştir (SchKG m.83/2)⁴⁵.

Bu kısımda üzerinde durulması gereken husus, borçtan kurtulma davasının Kanun'da belirtilen süre içerisinde açılmaması durumunda ne olacaktır. Diğer bir ifadeyle, borçlunun yedi günlük süre geçtikten sonra borçtan kurtulma davası açması durumunda, mahkeme tarafından nasıl karar verileceğidir. Esasen, İİK m.69/2'de belirtilen sürenin hak düşürücü olması sebebiyle, hâkim tarafından re'sen dikkate alınması⁴⁶ ve davanın süresinde açılmadığının tespit edilmesi halinde, davanın usûlden reddine karar verileceği kabul edilmektedir⁴⁷. Nitekim, HMK m.142'de hâkimin, ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, tahkikata başlamadan önce hak düşürücü süre ile ilgili karar vereceği açıkça düzenlenmiştir. Ancak öğretide⁴⁸, mahkemenin süresinden sonra açılan davayı reddetmeyip, bir ara karar ile davaya normal bir menfi tespit davası olarak devam edilmesi gerektiği; zira, dava açma süresi geçtikten sonra da borçlunun menfi

⁴⁴ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 267; KURU, Makale, s. 695; KURU, El Kitabı, s. 330; UYAR, s. 324.

⁴⁵ STUDER / ZÖBELI, s. 85; VOCK / AEPLI, s. 511; von KAENEL / LENZLINGER / CARCAGNI ROESLER, s. 462.

⁴⁶ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 267; ELGÜN TOĞRUL, Emel Şeyda, "Borçtan Kurtulma Davasında Teminat", *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 18, S. 53, 2022, s. 699-752, s. 704; KARSLI, s. 207; KREN KOSTKIEWICZ, s. 269; KURU, Makale, s. 696; KURU, El Kitabı, s. 330; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 136; UYAR, s. 325; ÜSTÜNDAĞ, s. 125.

⁴⁷ MUŞUL, Menfi Tespit, s. 55; MUŞUL, İcra, s. 386; "... Birleştirilen davalar borçtan kurtulma davası olup İİK'nın 69/2 maddesinde öngörülen 7 günlük süre içerisinde açılmamıştır. Buna göre birleştirilmekle birlikte bağımsızlığını koruyan birleştirilen davalar yönünden aynı yasanın 69/3. maddesi uyarınca hüküm kurulması gerekirken bu yön gözetilmenden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." Yar. 19. HD, E. 2013/9841, K. 2013/18147, 18.11.2013, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴⁸ KURU, El Kitabı, s. 330; Aynı yönde bkz. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 267; ELGÜN TOĞRUL, s. 705; KARSLI, s. 207; UYAR, s. 325; İsviçre hukukunda süresinden önce açılan davanın geçerli olduğu hakkında bkz. KREN KOSTKIEWICZ, s. 269; "... Davacının açtığı dava menfi tespit davası olup, icra mahkemesince imzaya itiraz üzerine yapılan inceleme icra mahkemesinin kararı kesin hüküm teşkil etmediğinden menfi tespit davasına bakan mahkemeyi bağlamaz. Esasen borçtan kurtulma davası da bir tür menfi tespit davası olup, 7 günlük sürede açılmayan borçtan kurtulma davası takip konusu borç henüz ödenmediğine göre menfi tespit davası olarak görülüp sonuçlandırılmalıdır. (11. HD. 30.3.1981, 1493/1373; 19. HD. 4.10.1995, 6717/7855) Mahkemece iddia ve savunma doğrultusunda toplanan tüm deliller değerlendirilerek gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken davanın borçtan kurtulma davası olduğu ve süresinde açılmadığı gerekçeleriyle usulden reddi isabetsizdir." Yar. 19. HD, E. 2009/1539, K. 2009//86778, 01.10.2009, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

tespit davası açmasının mümkün olduğu ve davanın hukukî nitelmesini yapmakla görevli mahkemenin, davayı menfi tespit davası olarak nitelendirmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşle aynı sonuca ulaşan diğer bir görüşe⁴⁹ göre ise hak düşürücü nitelikteki yedi günlük süreden sonra açılan dava, bir menfi tespit davası olup, icra takibini durdurmaz.

İİK m.69/3 uyarınca, süresinde açılmayan borçtan kurtulma davası sonucunda itirazın geçici kaldırılması kararı ve geçici haciz kesinleşecek ve böylece alacaklı takibe devam ederek, hacizli malların satışını isteyebilecektir⁵⁰.

C. Teminatın Gösterilmiş Olması

İİK m.69/2, c.2’de “*Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun dava konusu alacağın yüzde on beşini ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo etmesi veya mahkemece kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya banka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dava reddolunur.*” hükmü yer almaktadır. Buna göre, borçtan kurtulma davasında kanun koyucu genel dava şartlarının yanında özel bir dava şartı daha kabul etmiştir⁵¹. Nitekim hükümde geçen “*davanın dinlenebilmesi*” ibaresi ile teminatın gösterilmesi hususunun özel bir dava şartı olarak kabul edildiğine kuşku yoktur.

Burada teminatın ne zamana kadar gösterilebileceğinin üzerinde durmamızda fayda vardır. Buna göre, İİK m.69/2, c.2’de açıkça “*ilk duruşma gününe kadar*” teminatın yatırılması hükmüne yer verildiğinden, teminatın en geç ilk duruşma gününe kadar yatırılmış olması gerekir⁵². Bu bağlamda, Kanun’da “*ilk duruşma gününe kadar*” olarak düzenlenen süre, kesindir⁵³. Bununla birlikte, öğretide⁵⁴ HMK m.115/3 uyarınca, davanın esasına girilmeden fark edilmeyen dava şartı eksikliği, hüküm anında tamamlanmışsa, artık davanın usûlden reddine karar verilmeyeceğine ilişkin hüküm uyarınca, borçtan kurtulma davasında borçlunun ilk duruşma gününden sonra teminatı göstermesi durumunda, davanın usûlden

⁴⁹ YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 97.

⁵⁰ İsviçre hukukunda davanın kanunî süresinde açılıp açılmadığına davaya bakmakla yetkili mahkemenin karar vereceği; ancak yalnızca dava açma süresinin sona erdiğinin açıkça anlaşılır olması koşuluyla, icra dairesinin mahkemenin kararını beklemek zorunda olmadığına ilişkin olarak bkz. KREN KOSTKIEWICZ, s. 269.

⁵¹ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 268; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 170; KURU, El Kitabı, s. 331; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 137; ELGÜN TOĞRUL, s. 711; YILMAZ, s. 403.

⁵² ELGÜN TOĞRUL, s. 720; POSTACIOĞLU, s. 208; UYAR, s. 328.

⁵³ ELGÜN TOĞRUL, s. 720.

⁵⁴ ELGÜN TOĞRUL, s. 717-723.

reddine engel olup olmayacağı hususu üzerinde durulmuştur. Bu görüşe⁵⁵ göre, davada henüz hüküm aşamasına gelinmemişse, İİK m.69/2'de belirtilen süre kesin olduğundan ve kesin sürede teminat gösterilmemişse, işlemi yapmayan tarafın o işlemi yapma hakkı ortadan kalkacağından, ilk duruşma günü geçtikten sonra mahkemenin teminatın gösterilmediğini tespit etmesi halinde, kural olarak borçluya süre verememesi ve davayı usûlden reddetmesi gerekir. Kanımızca; İİK m.69/2'de ilk duruşma gününe kadar teminat gösterilmediğinde davanın dinlenmeyeceğine ilişkin olarak düzenlenen hüküm, genel dava şartlarının incelenmesinin düzenlendiği (HMK m.115/3) hükme göre özel hüküm niteliğinde olduğundan, öncelikle uygulanmalı ve böyle bir durumda davanın usûlden reddine karar verilebilmelidir. Yine aynı gerekçeyle HMK m.115/2'de belirtilen dava şartı eksikliğinin tamamlanması için hâkim tarafından kesin süre verilmesine ilişkin hükmün de uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Kanun'da belirtilen teminatın gösterilmiş olması özel bir dava şartı olarak kabul edildiğine göre, bu koşul karşılanmadığında mahkemenin davanın usûlden reddine karar vermesi gerekir (İİK m.69/2, c.2; HMK m.115/2). Ancak öğretilde⁵⁶, bu durumda davanın usûlden reddedilmemesi, mahkemenin bir ara kararı ile davaya normal bir menfi tespit davası olarak devam etmesi gerektiği; zira, borçtan kurtulma davasının zaten bir menfi tespit davası olduğu ve teminat gösterildiğinde davaya borçtan kurtulma davası olarak devam edildiği; teminat gösterilmediğinde menfi tespit davası olarak kalmakta devam edeceği ileri sürülmüştür. Diğer bir görüşe⁵⁷ göre ise borçtan kurtulma davasının bir menfi tespit davası olması sebebiyle davaya menfi tespit davası olarak devam edilmesinin yerinde olacağı; ancak Kanun'da ye alan hüküm uyarınca teminatın yatırılmaması halinde davanın usûlden reddedilmesi gerektiği; aksi takdirde Kanun'un açık hükmüne aykırılık olacağı belirtilmektedir.

İsviçre hukukunda da kanunî koşullar oluşmadan açılan borçtan kurtulma davasının, normal bir menfi tespit davası için gereken yargılama koşullarını sağlaması ve devam eden borçtan kurtulma davasındaki yargılama aşamasının

⁵⁵ ELGÜN TOĞRUL, s. 720-721, s. 723; Ancak yazara göre, mahkeme teminat koşulunun yerine getirilmemiş olduğunu gözden kaçırarak davanın esasına girmiş ve hüküm aşamasına gelmişse ve davacı da bu arada teminatı yatırmışsa, artık mahkemenin HMK m.115/3 uyarınca dava şartı yokluğundan davanın usûlden reddine karar vermemesi gerekir. Bkz. ELGÜN TOĞRUL, s. 723.

⁵⁶ KURU, El Kitabı, s. 331-332; Aynı yönde bkz. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 268 dn. 9; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 170; ELGÜN TOĞRUL, s. 721; UYAR, s. 329; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 98; Davanın usûlden reddedilmesi gerektiğine ilişkin aksi görüş için bkz. MUŞUL, İcra, s. 386; MUŞUL, Menfi Tespit, s. 56.

⁵⁷ KARSLI, s. 207.

davada değişiklik yapılmasına imkân tanınması durumunda, usûl ekonomisi sebebiyle davaya menfi tespit davası olarak devam edilebileceği belirtilmektedir⁵⁸.

III. GÖRÜŞÜMÜZ VE DEĞERLENDİRME

Borçtan kurtulma davasının hukukî niteliği itibariyle, esasında normal bir menfi tespit davası olduğundan bahsettik⁵⁹. Nitekim, her iki davada da amaç, borçlunun maddî hukuk bakımından borçlu olmadığına tespitine yönelik bir hüküm elde etmektir⁶⁰. Dolayısıyla, her iki davada aynı dava olduğundan, diğeri bakımından derdestlik oluşturmaktadır⁶¹. Bununa birlikte, cevaplanması gereken soru; her iki dava da aynı dava olduğuna; diğeri bir ifadeyle, borçtan kurtulma davası, normal bir menfi tespit davası olduğuna göre, kanun koyucunun neden ayrıca borçtan kurtulma davasını düzenlediğidir. Bu soruya verilecek cevap, her iki davanın açılma zamanı ve devam eden icra takibine etkisinin olup olmadığı ile ilgilidir. Zira, menfi tespit davası, bir icra takibinin varlığı gerekmeden açılabilen bir davadır. Diğeri bir ifadeyle, borçlu takip başlamadan önce de menfi tespit davası açabildiği gibi; takip başladıktan sonra -borç ödeninceye kadar- da menfi tespit davası açabilmektedir⁶². Buna rağmen, borçtan kurtulma davasının açılabilmesi, geçerli bir icra takibinin varlığını gerektirir⁶³. Zira, borçtan kurtulma davası, yalnızca itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliği üzerine açılır. İşte itirazın geçici kaldırılması kararı, icra takibinin devamı bakımından, itirazın kesin kaldırılmasından farklı birtakım hukukî sonuçlar ortaya çıkarır. Dolayısıyla, kanun koyucu bu sonuçların etkilerinin devam edip etmemesi için borçtan kurtulma davası adıyla, bir tür menfi tespit davası düzenlemiştir. Şöyle ki, itirazın geçici kaldırılması kararı, kesin kaldırılması kararından farklı olarak takibi kesinleştirerek, takibin devam etmesini sağlamaz. Ancak itiraz ile meydana gelen hukukî durumu da kısmen ortadan kaldırır⁶⁴. Zira, itira-

⁵⁸ VOCK / AEPLI, s. 511.

⁵⁹ Bkz. yukarıda I başlıklı bölüm, dn. 16.

⁶⁰ Bkz. yukarıda I başlıklı bölüm dn. 23.

⁶¹ Bkz. yukarıda dn. 10; "... Alacaklının itirazın geçici kaldırılması talebinin kabulü halinde borçlu genel mahkemede borçtan kurtulma davası açabilir. (İİK m.69). Bu davanın süresinde açılması halinde itirazın geçici kaldırılması kesin kaldırmaya dönüşmez. Borçtan kurtulma davası bir tür menfi tespit davası niteliğinde olduğundan ayrıca menfi tespit davası açmakta borçlunun hukuki yararı yoktur. Ancak borçlu borçtan kurtulma davasının şartı olan %15 teminatı yatırmamışsa veya süresinde borçtan kurtulma davası açmamışsa sahtelik nedenine dayanarak menfi tespit davası açabilir..." Yar. HGK, E. 2011/622, K. 2012/9, 18.1.2012 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁶² Bkz. yukarıda I başlıklı bölüm dn. 25.

⁶³ Bkz. yukarıda II, A başlıklı bölüm dn. 30.

⁶⁴ Bkz. yukarıda dn. 3.

zın geçici kaldırılması kararı ile alacaklı, borçlunun malvarlığına geçici haciz konulmasını isteyebilir (İİK m.69/1). Bununla birlikte, geçici haciz kesinleşmediği sürece hacizli malların paraya çevrilmesi mümkün değildir⁶⁵. Bu bağlamda, kanun koyucu, itirazın geçici kaldırılması kararı üzerine geçici haciz istenebilmesine imkân tanıyarak bir taraftan alacaklının menfaatini korumuş; ancak borçlunun borçtan kurtulma davası açması ile geçici haczin kesinleşmesine engel olmasını sağlayarak da borçlunun menfaatini korumuştur. Böylece, itirazın geçici kaldırılması kararının sonuçları bakımından alacaklı ile borçlu arasındaki denge korunmuştur. Şüphesiz ki, borçlu, itirazın geçici kaldırılması kararı verilmeden önce de borçlu olmadığı için bir menfi tespit davası açabilir. Ancak bu menfi tespit davası İİK m.72'deki koşulları sağlaması durumunda takibin durdurulmasını sağlar. Oysa İİK m.69/2 uyarınca, açılacak borçtan kurtulma davası, dava -reddedilerek- sonuçlanıncaya kadar takibi durdurarak, kesinleşmesine engel olacaktır. Bu sebeple öğretide⁶⁶ hâkim görüş, itirazın geçici kaldırılması kararından önce açılan menfi tespit davasının, itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliği üzerine, borçtan kurtulma davası için gereken teminat koşulunun yerine getirilmesiyle, borçtan kurtulma davasına dönüşeceği yönündedir. Hatta İsviçre hukukunda bu durumda derdest menfi tespit davasının kendiliğinden borçtan kurtulma davasına dönüşeceği kabul edilmektedir⁶⁷. Kanımızca; hem hukukumuzda hem de İsviçre hukukundaki görüşler yerindedir. Zira, devam etmekte olan bir menfi tespit davası varken, borçlunun ayrıca bir borçtan kurtulma davası açması -derdestlik sebebiyle- zaten mümkün değildir. Bununla birlikte, devam eden menfi tespit davası itirazın geçici kaldırılması kararının sonuçlarına engel olmadığından, devam eden menfi tespit davasının borçtan kurtulma davasına dönüşebilmesi gerekir. Ebetteki, devam eden menfi tespit davasının borçtan kurtulma davasına dönüşebilmesi, borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için gereken yargılama ve dava şartlarının yerine getirilmesi ile mümkün olacaktır.

Kanımızca; itirazın geçici kaldırılması kararından önce açılan menfi tespit davasının, borçtan kurtulma davasına dönüşmesi mümkün olduğuna göre, aksinin kabulü de mümkün olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, Kanun'da belirtilen koşullar oluşmadan açılan borçtan kurtulma davasına menfi tespit davası olarak de-

⁶⁵ Bkz. yukarıda dn. 4.

⁶⁶ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 266; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 170; KARSLI, s. 205-206; KURU, Makale, s. 692; KURU, El Kitabı, s. 329; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 136; UYAR, s. 327-328.

⁶⁷ KREN KOSTKIEWICZ, s. 268; VOCK / AEPLI, s. 511; VOCK / MEISTER-MÜLLER, s. 153.

vam edilebilmelidir. Ancak bu sonuca ulaşmak ilk ihtimaldeki kadar kolay değildir. Zira, İİK m.69/2, son cümlede “*Aksi takdirde dava reddolunur*” demek suretiyle, borçtan kurtulma davasının gereken koşullar oluşmadan açılması durumunda reddedilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Borçtan kurtulma davasının açılabilmesi için gereken koşulları incelediğimizde⁶⁸; öncelikle ortada bir itirazın geçici kaldırılması kararı olmalı, dava itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde açılmalı ve dava konusu alacağın yüzde on beşi oranında teminat gösterilmelidir. Özellikle teminatın özel bir dava şartı olması⁶⁹, davanın esasa girilmesine engel olan, usûlden reddedilmesini gerektiren bir koşuldur. Dava açma süresinin hak düşürücü süre olması⁷⁰ sebebiyle, süresinde açılmaması durumunda da davanın usûlden reddedileceği kabul edilmektedir. Nitekim, İİK m.69/2’de açıkça davanın, itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde açılabileceği düzenlenmiştir. Davanın itirazın geçici kaldırılması kararı üzerine açılması ise davanın açılmasının ön koşulu olarak yine davanın esastan incelenmesine engeldir. Dolayısıyla, Kanun’da belirtilen koşullar oluşmadan açılması durumunda davanın esasına girilemeyecek ve davanın usûlden reddi gerekecektir (İİK m.69/2). Davanın usûlden reddi durumunda ise borçlunun İİK m.72’ye göre menfî tespit davası açmasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde⁷¹ de haklı olarak belirtildiği gibi, borçlunun, borçtan kurtulma davasının usûlden reddi üzerine yeni bir menfî tespit davası açması usûl ekonomisine uygun değildir. Ayrıca davanın usûlden reddi, borçtan kurtulma davası zaten normal bir menfî tespit davası olduğuna göre, davacı borçlunun mahkemedен istediği hukukî korumayı elde etmesini de geciktirecektir. Yine, borçtan kurtulma davasının koşulları oluşmadan açılması durumunda reddedilmesinin kabulü ile kanun koyucunun amacı, geçici kaldırma kararının ve geçici haczin kesinleşmesini sağlamaktır. Dolayısıyla, davayı reddetmeyip, menfî tespit davası olarak devam etmekle de -artık dava bir borçtan kurtulma davası olmadığından- geçici kaldırma ve geçici haciz kesinleşeceğinden, aynı amaca ulaşılabilecektir. Üstelik davanın, menfî tespit davasına dönüşmesi davalı alacaklının da menfaatindedir. Nitekim, borçtan kurtulma davasının devamı süresince geçici haciz kesinleşmeyeceğinden, alacaklı hacizli malların paraya çevrilmesini talep edemeyecektir.

⁶⁸ Bkz. yukarıda II, A, B, C başlıklı bölümler.

⁶⁹ Bkz. yukarıda II, C, başlıklı bölüm, dn. 51.

⁷⁰ Bkz. yukarıda II, B başlıklı bölüm dn. 41, dn. 46, dn. 47.

⁷¹ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 268 dn. 9; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 170; ELGÜN TOĞRUL, s. 721; KARSLI, s. 207; UYAR, s. 329; Ayrıca bkz. yukarıda dn. 48 ve dn. 56.

Oysa, davaya menfi tespit davası olarak devam edilmesi durumunda, takip de kesinleşmiş olduğundan, ihtiyati tedbir yoluyla bile takibin durması mümkün olmayacaktır; yalnızca icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmesine engel olunabilecektir (İİK m.72/3). Ancak uygulamada, borçlunun yüzde yüz on beş oranında teminat göstererek takibi durdurabileceği kabul edilmektedir⁷². Buna göre, borçlu teminat göstererek takibi durduramazsa, satış bedeli alacaklıya ödenecektir. Dolayısıyla, bu durumda, borçtan kurtulma davasından menfi tespit davasına dönüşen davanın İİK m.72/6 uyarınca kendiliğinden istirdat davasına dönüştüğünü kabul etmek gerekecektir.

Kanımızca da davayı reddetmek yerine, normal bir menfi tespit davası olarak devam etmek hem davacı borçlunun hukukî koruma talebine ve davalı alacaklıının menfaatine hizmet edecek, hem de usûl ekonomisi ilkesinin uygulanmasını sağlayacaktır. Kanun'da belirtilen koşullar oluşmadan açılan borçtan kurtulma davasına, İİK m.72 uyarınca normal bir menfi tespit davası olarak devam edilmesi gerektiği kanaatine ulaştıktan sonra, yargılamada bunun nasıl gerçekleşeceği üzerinde durmak gerekir. Diğer bir ifadeyle, borçtan kurtulma davasının kendiliğinden mi menfi tespit davasına dönüşeceği; yoksa davacı borçlunun bu konuda talepte bulunmasının gerekip gerekmeyeceği önemlidir. Öğretide⁷³ hâkimin, tarafların hukukî nitelemesi ile bağlı olmadığı, davanın hukukî nitelemesini kendisinin yapmakla görevli olduğu hususu dikkate alınarak, hâkimin kendiliğinden bir ara kararla, davaya menfi tespit davası olarak devam etmesi gerektiği ifade edilmiştir. İsviçre hukukunda ise devam eden yargılamanın aşaması davada değişiklik yapılmasına izin veriyorsa, bunun mümkün olabileceği belirtilmektedir⁷⁴. Kanımızca; bu durumda, her iki davanın da konusu ve sebepleri aynı olduğundan davanın değişmesine gerek yoktur. Dolayısıyla, borçlunun ıslah ile davayı menfi tespit davasına dönüştürmesi söz konusu değildir. Nitekim, davacı dava konusunu değiştirmek istediğinde, -karşı tarafın açık muvafakati dışında- başvurabileceği yol, ıslahıdır (HMK m.141/2, m.176/1)⁷⁵. Ancak her ne kadar hâkim davanın hukukî nitelemesini kendisi yapmakla görevli olsa da (HMK m.33), borçtan kurtulma davasının aynı zamanda itirazın geçici kaldırılması kararının ve geçici haczin kesinleşmesini

⁷² Bkz. yukarıda I. başlıklı bölüm, dn. 26.

⁷³ KURU, El Kitabı, s. 330, s. 349.

⁷⁴ VOCK / AEPLI, s. 511.

⁷⁵ ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, **Medenî Usûl Hukuku**, Güncellenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 388-389, s. 394; YILMAZ, Ejder, **Medeni Yargılama Hukukunda Islah**, Kazancı Matbaacılık, Ankara, 1982, s. 157.

engellenmesi etkisi dikkate alınarak hareket edilmesi gerekir. Zira, HMK m.24 uyarınca, hâkimin davacı borçluya sormadan, davayı kendiliğinden menfi tespit davasına dönüştürmesi tasarruf ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla, mahkemenin tarafları duruşmaya davet edip, dinledikten ve özellikle davacı borçlunun açıkça bu konudaki talebini aldıktan sonra vereceği bir ara kararla, davaya menfi tespit davası olarak devam etmesi yerinde olacaktır.

SONUÇ

Genel haciz yoluyla takipte, borçlunun takip konusu adi senet altındaki imzaya itiraz etmesi sonucu duran takibe devam etmek isteyen alacaklı, icra mahkemesinden itirazın geçici kaldırılmasını talep edebilir. İcra mahkemesince yapılan incelemede imzanın borçluya ait olduğu tespit edilirse, borçlunun itirazının geçici kaldırılmasına karar verilir. Ancak itirazın geçici kaldırılması kararı, kesin kaldırılmasından farklı hukukî sonuçlar ortaya çıkarır. Zira, itirazın geçici kaldırılması kararı üzerine alacaklı yalnızca geçici haciz talep edebilir. Kanun koyucu ise borçluya itirazın geçici kaldırılması kararının ve konulmuşsa geçici haczin kesinleşmesine engel olabilmesi için borçtan kurtulma davası açma imkânı tanımıştır (İİK m.69/3).

Borçtan kurtulma davası, itirazın geçici kaldırılması kararının borçluya tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde, genel mahkemede açılan bir tür menfi tespit davasıdır. Diğer bir ifadeyle, borçtan kurtulma davası ile borçlu maddî hukuk bakımından borçlu olmadığı tespitini talep ettiği için, bu dava, hukukî niteliği bakımından icra hukukuna özgü bir tür menfi tespit davasıdır. Ancak İİK m.72 uyarınca açılan menfi tespit davasından hem davanın açılma zamanı hem de icra takibine etkisi bakımından farkları bulunmaktadır. Buna göre, borçtan kurtulma davasının, itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi günlük hak düşürücü sürede açılması, ilk duruşma gününe kadar dava konusu alacağın yüzde on beşi oranında teminatın gösterilmesi gerekir. Görüldüğü gibi, borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için kanun koyucu birtakım yargılama koşulları kabul etmiştir. Zira, öncelikle ortada geçerli bir icra takibi bulunmalıdır; ayrıca yedi günlük dava açma süresi hak düşürücü süredir ve nihayet dava konusu alacağı ilişkin teminatın gösterilmesi özel bir dava şartıdır. Dolayısıyla, bu koşullardan birinin yokluğu durumunda, davanın usûlden reddedilmesi gerekecektir. Ancak öğretide haklı olarak bu durumda davanın reddi yerine, davaya menfi tespit davası olarak devam edilmesinin yerinde olacağı ileri sürülmüştür. Ayrıca hem hukukumuzda hem de İsviçre hukukunda, itirazın geçici kaldırılması kararı verilmeden önce açılmış ve devam

etmekte olan bir menfi tespit davasının -borçtan kurtulma davasının koşulları sağlanarak- borçtan kurtulma davasına dönüşmesi gerektiği de kabul edilmektedir. Kanımızca da koşulları oluşmadan açılan borçtan kurtulma davasına menfi tespit davası olarak devam edilebilmelidir. Zira, borçtan kurtulma davası bir tür bir menfi tespit davasıdır ve her iki davanın amacı da borçlunun borçlu olmamasının maddî anlamda kesin hüküm teşkil eden bir kararla tespit edilmesidir. Bu sebeple, koşulları oluşmadan açılan borçtan kurtulma davasına, mahkemenin tarafları davet edip dinledikten ve özellikle borçlunun talebini aldıktan sonra vereceği bir ara kararla menfi tespit davası olarak devam edilmesinin yerinde olacağı kanısındayız.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk İcra ve İflâs Usulleri**, Beşinci Bası, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, **İcra ve İflâs Hukuku**, Güncellenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, **Medenî Usûl Hukuku**, Güncellenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ELGÜN TOĞRUL, Emel Şeyda, Borçtan Kurtulma Davasında Teminat, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, C. 18, S. 53, 2022, s. 699-752.
- KARSLI, Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2014.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta, **SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen**, 20., aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2020.
- KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (Kısaltma: KURU, El Kitabı).
- KURU, Baki, Borçtan Kurtulma Davası, **Makaleler**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006 (Kısaltma: KURU, Makale).
- MUŞUL, Timuçin, **İcra ve İflâs Hukuku Cilt: I**, Güncellenmiş Genişletilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (Kısaltma: MUŞUL, İcra).
- MUŞUL, Timuçin, **İcra ve İflâs Hukukunda; Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016 (Kısaltma: MUŞUL, Menfi Tespit).
- PEKCENITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 7343 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerle Güncellenmiş 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

- POSTACIOĞLU, İlhan E., **İcra Hukuku Esasları**, 538 sayılı Kanun gözönünde tutularak yazılan üçüncü bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.
- STUDER, Josef / ZÖBELI, Markus, **Schuldbetreibungs- und Konkursrecht**, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2020.
- TÜRK, Ahmet, **Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- UYAR, Talih, “İcra Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası (İİK m.69/II, III, IV, V)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 58, 2005, s. 323-339.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, Baştan sona gözden geçirilmiş ve (4949 sayılı Kanun hükümleri gözönünde tutulmak suretiyle) yenilenmiş 8. bası, İstanbul, 2004.
- VOCK, Dominik / MEISTER-MÜLLER, Danièle, **SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2018.
- VOCK, Dominik / AEPLI, Martina, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG**, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2017.
- von KAENEL, Adrian / LENZLINGER, Annette / CARCAGNI ROESLER, Romina, **Vertragsvorlagen**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021.
- YILDIRIM, Mehmet Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **İcra ve İflâs Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- YILMAZ, Ejder, **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- YILMAZ, Ejder, **Medeni Yargılama Hukukunda Islah**, Kazancı Matbaacılık, Ankara, 1982.
- Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

“Owners’ Responsibilities” Clause of GENCON 2022: An Assessment under the Hague / Visby Rules, GENCON 94 Charter Party and the Turkish Commercial Code^(*)

GENCON 2022 “Owners’ Responsibilities” Klozu:
Lahey / Visby Kuralları, GENCON 94 Çarter Partisi ve
Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme

Melda TAŞKIN^()**

Abstract:

The international nature of carriage of goods by sea has necessitated the establishment of uniform rules in progress of time. To address this need, standard contracts are developed by organizations engaged in maritime law. There is no obligation to use these standard forms in question, which are qualified as general terms and conditions and are drafted by international organizations operating in the field of maritime law. These standard forms are periodically updated in accordance with requirements of practice and considering the international character of maritime law and they are frequently employed by stakeholders who are reluctant to be subject to an unfamiliar legal system. Among these commonly used standard forms, the GENCON, prepared by BIMCO (“The Baltic and International Maritime Council”), holds a prominent position. GENCON charter party, containing the fundamentals of voyage charter agreements, was first introduced in 1922 and subsequently revised in response to practical needs in 1976, 1994, and most recently in 2022. With the revision in 2022, substantial alterations were made to certain clauses of GENCON 94 charter party. In this study, “Shipowner’s Responsibilities” Clause of GENCON 2022 charter party is intended to be evaluated, taking into consideration the corresponding clause of GENCON 94 and the relevant provisions of Turkish Commercial Code and the Hague - Visby Rules.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 31.07.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 29.08.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1358031>

Bu makaleye atf için: TAŞKIN, Melda, ““Owners’ Responsibilities” Clause of GENCON 2022: An Assessment under the Hague / Visby Rules, GENCON 94 Charter Party and the Turkish Commercial Code”, *İMİHFD*, C. 8, S. 2, 2023, s. 887-907

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: melda.taskin@istanbul.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4922-2451>

Keywords:

Voyage Charter, GENCON 94, GENCON 2022, Hague Visby Rules, Paramount clause.

Öz:

Deniz yolu eşya taşımacılığının uluslararası niteliği, zaman içerisinde bu alanda yeknesak kuralların oluşturulması ihtiyacını doğurmuştur. Bu ihtiyacı gidermek üzere, deniz hukuku alanında faaliyet gösteren bazı kuruluşlar tarafından uygulamada ilgililer tarafından arzu edildiği takdirde kullanılmak üzere bazı standart sözleşmeler oluşturulmaktadır. Genel işlem koşulu niteliğinde olan ve deniz ticareti hukuku alanında faaliyet gösteren uluslararası kuruluşlar tarafından kaleme alınan söz konusu standart sözleşmelerin kullanılması hususunda bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu standart formlar, uygulamadaki ihtiyaçlar dikkate alınarak belirli aralıklarla güncellenmekte ve deniz ticareti hukukunun uluslararası niteliği gözetildiğinde, âşına olmadıkları bir hukuk sistemine tâbi olmaktan çekinen ilgililerce sıklıkla tercih edilmektedir. Bu standart formların başında BIMCO (“The Baltic and International Maritime Council”) tarafından hazırlanan GENCON çarter partisi gelmektedir. Yolculuk çarteri sözleşmelerine ilişkin esasların yer aldığı ve ilk defa 1922 yılında kullanıma sunulan bu standart çarter parti, 1976 ve 1994 ve son olarak 2022 yılında uygulamadaki ihtiyaçlar doğrultusunda revize edilmiştir. 2022 yılında yapılan revizyon ile birlikte, GENCON standart çarter partisinde, GENCON 94 formunda yer alan ve sıklıkla eleştirilen bazı klozlarda önemli sayılabilecek değişiklikler yapılmıştır. Çalışmada, GENCON 2022 çarter partisinin “Owners’ Responsibilities” başlıklı klozunun, GENCON 94 çarter partisindeki ilgili kloz ve Türk Ticaret Kanunu ile Lahey / Visby Kurallarındaki ilgili düzenlemeler göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Yolculuk Çarteri Sözleşmesi, GENCON 94, GENCON 2022, Lahey Visby Kuralları, Paramount Klozu.

I. INTRODUCTION

Due to the international nature of maritime transportation, a significant portion of the disputes in practice involve an element of foreignness. In the face of this situation, in order to prevent unfair outcomes that would arise from applying different rules to similar cases, certain measures have been taken on the international stage. Within this framework, the first method employed is the establishment of uniform rules through international agreements in the field of maritime transportation. Indeed, in today’s context, some of these international agreements concerning maritime transportation are being accepted by certain states and/or certain rules from these international agreements are being incorporated into domestic law to achieve international uniformity. Another method used within maritime law to ensure uniformity at the international level involves the creation of standardized form contracts pertaining to specific matters. These standardized contracts, which hold the nature of general transactional conditions, are drafted by international organizations engaged in maritime law and are periodically updated in line with developments in practice. While there is no obligation to utilize these standardized contracts, due to the

presence of the foreign element in practice, parties unwilling to be subject to disparate legal systems often resort to these standardized forms, which provide solutions harmonious with international standards, for their legal controversy. At the forefront of standardized form contracts utilized in the practice of carriage by sea is the GENCON standard form, prepared by BIMCO. This particular form, which is periodically updated in accordance with developments in the field of maritime transportation, was last revised in the year 2022.

Within this framework, significant amendments have been introduced, particularly in the “Shipowner’s Responsibility” clause of the GENCON 94 standard form, wherein conditions that garnered criticism for excessively favoring the shipowner have been eliminated. Instead of the GENCON 94 standard form’s system that implied an extensive protection to the shipowner, a system has been adopted in line with the Hague-Visby Rules, where the shipowner is held accountable not only for their own acts but also for the actions of their servants. Furthermore, in the GENCON 2022 charter party, the need to add the Paramount Clause in the charter party has been obviated due to the explicit reference made to the Hague-Visby Rules. This adjustment facilitates a parallelism between the responsibility system in the still widely accepted Hague-Visby Rules globally.

Below, the principles introduced in the “Shipowner’s Responsibilities” clause of the GENCON 2022 charter party will be examined in comparison with the relevant clause of the GENCON 94 charter party, as well as the provisions of the Hague-Visby Rules and the Turkish Commercial Code, to provide an in-depth analysis.

II. GENERAL INFORMATION ABOUT GENCON STANDARD FORM AND GENCON 2022

Given the international character of maritime cargo transportation, certain organizations within the realm of maritime commercial law endeavor to establish standardized form contracts to prevent the application of disparate rules to analogous disputes. Parties, faced with disputes involving a foreign element, and unwilling to be subject to unfamiliar legal systems, frequently utilize these standardized forms in practice¹. Among the forms commonly

¹ For explanations, see LITINA, Eva, “Maritime Arbitration: Dilemmas, Prospects, and Challenges: Lessons from Contracts for the Carriage of Goods by Sea”, *Tulane Maritime Law Journal*, 2022, vol. 46, no. 3, p. 517 ff.; p. 522. See also, TETLEY, William, “Uniformity of International Private Maritime

preferred in practice, the GENCON standard contract, which governs the essentials of voyage charter contracts, holds a prominent position. As it is well known, in practice, freight contracts can be concluded in various forms. In the commonly preferred voyage charter contract, the carrier commits to allocate their vessel to the charterer for a specific voyage in return for freight to be paid on the basis of the cargo carried². The GENCON standard contract includes the fundamental principles of the voyage charter contract and stands among the oldest standardized contracts created by BIMCO³. Originally drafted in 1922, this standard form is characterized by BIMCO as a ‘flagship’ contract⁴. Due to its status as the most widely used standard contract globally in the domain of dry cargo transportation by sea, the GENCON standard form carries the significance of being revised in accordance with contemporary developments. Considering this aspect, bearing in mind the evolving needs of the industry, this standard contract, initially formulated in 1922, has undergone revisions in line with practical requirements in 1976 and 1994. Most recently, a updated version of this form has been released in the year 2022.

The revision carried out in the GENCON standard contract in the year 1994⁵, was undertaken with the objective of addressing certain uncertainties arising from the application of the General Strike Clause and certain other clauses included within⁶. This revision took into consideration certain judgments rendered by English courts. However, as emphasized explicitly by

Law - The Pros, Cons, and Alternatives to International Conventions - How to Adopt an International Convention”, **Tulane Maritime Law Journal**, Y. 2000, Vol. 24, No. 2, p. 782 ff. and p. 788 ff.

² ÜLGENER, Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri: Genel Hükümler, Sefer Çarteri Sözleşmesi**, İstanbul, 2010, p. 153; CAĞA, Tahir / KENDER, Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku Sözleşmeleri II: Navlun Sözleşmeleri**, İstanbul, 2009, p. 8; COOKE, Julian / YOUNG, Timothy / ASHCROFT, Michael / TAYLOR, Andrew / KIMBALL, John D. / MARTOWSKI, David / LAMBERT, Leroy / STURLEY, Michael, **Voyage Charters**, 4th Edition, Informa Law from Routledge, 2014, p. 3 ff.; VANDEVENTER, Braden, “Analysis of Basic Provisions of Voyage and Time Charter Parties”, **Tulane Law Review**, Y. 1974-1975, Vol. 49, No. 4, p. 806; ZOCK, Anthony N., “Charter Parties in Relation to Cargo”, **Tulane Law Review**, Y. 1970-1971, Vol. 45, No. 4, p. 734-736; AKINCI, Sami, **Deniz Hukuku: Navlun Mukaveleleri**, İstanbul 1968, p. 15 vd.; OKAY, Sami, **Deniz Ticareti Hukuku C.II/1**, İstanbul 1968, p. 18-19.

³ For explanations regarding the GENCON standard form, (On-line) <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/gencon-2022>, Date of Access: 9 August 2023.

⁴ (On-line) <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/gencon-2022>, Date of Access: 9 August 2023.

⁵ About GENCON 94, see ÜLGENER, **Çarter Sözleşmeleri**, p. 160 vd.; See also, ÜLGENER, Fehmi, “GENCON 94 Çarter Partisine Genel Bir Bakış”, **DHD**, Y. 1, Vol. 1, p. 23 ff; COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, p. 771.

⁶ (On-line) <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/gencon-2022>, Date of Access 9 August 2023.

BIMCO (Baltic and International Maritime Council), the intention behind this contemporaneous update was not a complete rewriting of the GENCON 76 standard form. Rather, the aim was to update specific provisions within the standard form as deemed necessary⁷. Nonetheless, it is noteworthy that from the year of this revision, 1994, up until the present time, the maritime industry has witnessed numerous significant developments.

In this manner, the maritime industry has grown increasingly intricate, subjecting both cargo owners and shipowners to obligations they had not previously contemplated. Consequently, the developments that have transpired over the course of the intervening 30 years have rendered a comprehensive revision of the aforementioned standard form inevitable. Faced with this situation, the parties involved opted not for a moderate revision of the GENCON 94 form, but rather chose to implement an exceedingly comprehensive alteration⁸. Pursuant to this objective, noteworthy adjustments were made to the GENCON 94 form’s laytime provisions and, within this framework, to the responsibility of the shipowner concerning notice of readiness and preparations for and during loading and unloading. Below, the “shipowner’s liability” clause, as modified by the GENCON 2022 standard contract, will be examined in comparison with the provisions of Turkish Commercial Code (TCC) and Hague Visby Rules⁹.

A. Owners’ Responsibilities Clause of GENCON 2022

1. In General

The shipowner’s liability is set forth in Clause 2 of GENCON 22. As per the initial paragraph of the said clause, “the Owners shall exercise due diligence to provide a Vessel that shall: at the commencement of loading Cargo at each loading port or place under this Charter Party be properly manned, equipped

⁷ See, (On-line) <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/gencon-2022>, Date of Access: 9 August 2023.

⁸ For explanations see, (On-line) <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/gencon-2022>, Date of Access: 9 August 2023.

⁹ At this juncture, as previously stated, although there have been certain modifications in subsequent versions of the GENCON 1922 standard charter party over the passage of time, in comparison to the 2022 revision, these alterations are emphasized to be of a more minor nature. On the other hand, the almost obsolete GENCON 1922 charter party, which is hardly used in practice anymore, is not even available on the website of BIMCO, the organization that prepares these standard forms. Therefore, in this study, the GENCON 2022 charter party has been solely compared with the provisions of the GENCON 1994 charter party.

and supplied for its loading and have holds, refrigerating and cool chambers and all other parts of the Vessel in which such Cargo is to be carried fit and safe for its reception, carriage and preservation”. Continuing along the same provision, a fundamental principle is introduced that the carrier must also provide the ship “seaworthy and properly manned, equipped and supplied” at the commencement of each cargo-carrying voyage. Thus, it is discerned from the stipulated provision that the shipowner’s responsibility, under Clauses 2(a) and (i) of GENCON 22 standard charter party is essentially delineated in connection with the obligation to provide sea- and cargoworthiness of the ship¹⁰. Another noteworthy aspect to be emphasized by the aforementioned regulation is that the limit of the shipowner’s obligation is established as the “commencement of the voyage.” Indeed, such conclusion can be derived from the expressions “at the commencement of each Cargo-carrying voyage” and “at the commencement of loading” within the provision¹¹.

In the second paragraph of Clause 2 concerning the shipowner’s liability in the GENCON 22 standard form, following the regulation of the shipowner’s obligation to maintain the vessel in a sea-and cargoworthy condition at the commencement of the voyage, the provision subsequently addresses the shipowner’s duty of due diligence to the cargo. Indeed, in accordance with Para. 2(a)(ii), “the Owners shall, from the time when it is loaded to the time when it is discharged, properly and carefully carry, keep and care for the Cargo.” Accordingly, the carrier is subject not only to the obligation of ensuring the vessel’s seaworthiness at the commencement of the voyage but also to the separate duty of exercising due diligence towards the cargo throughout the period from loading to discharge.

An important amendment incorporated within Clause 2 of GENCON 22 regarding the shipowner’s liability is the reference to the Hague-Visby Rules¹². According to this provision, “The Owners shall be entitled to rely on all rights, defenses, immunities, time bars, and limitations of liability that are available in any event to a ‘Carrier’ under the Hague-Visby Rules. Furthermore, unless the loss, damage, delay, or failure in performance in question has been caused by a breach of subclause (a)(i) above, the Owners shall also be entitled to rely on all

¹⁰ For further explanations, WEALE, John, “An Introduction to GENCON 2022”, *Lloyd’s Shipping & Trade Law*, Y. 2022, Vol. 22, No. 10, p. 1 ff; ÜLGENER, Fehmi, “GENCON 22 İlk İzlenimler”, *PRU-DHD*, Y. 2022, Vol. 1, No. 2, p. 346 ff.

¹¹ For further explanations regarding to this issue, see, ÜLGENER, *GENCON 22*, p. 347.

¹² For detailed information see also, WEALE, p. 1-2; ÜLGENER, *GENCON 22*, p. 347.

other rights, defenses, immunities, time bars, and limitations of liability that are available to a ‘Carrier’ under the Hague-Visby Rules.” Within the framework of this provision, due to the reference to the Hague-Visby Rules, it is important to highlight that similar to the Hague-Visby regime, exceptional regulations pertaining to the carrier’s liability shall not be applicable in the context of a breach of the obligation to provide the vessel in a sea-andcarcoworthy condition at the commencement of the voyage¹³.

2. Comparison with Owner’s Responsibilities Clause of GENCON 94

The principles regarding the liability of the shipowner are set forth in Clause 2 of GENCON 94¹⁴. Indeed, according to the this provision, “The owners are to be responsible for loss of or damage to the goods or for delay in the delivery of the goods only in case the loss, damage, or delay has been caused by a personal want of due diligence on the part of the owners or their manager to make the vessel in all respects seaworthy and to secure that she is properly manned, equipped, and supplied, or by the personal act or default of the owners or their manager. And the owners are not responsible for loss, damage, or delay arising from any other cause whatsoever, even from the neglect or default of the master or crew or some other person employed by the owners on board or ashore for whose acts they would, but for this clause, be responsible, or from unseaworthiness of the vessel on loading or the commencement of the voyage or at any time whatsoever.”¹⁵ In this regulation as well, similar to the provision in

¹³ The provision in HVR Art.III outlines the carrier’s obligations, while the provision in Art.IV addresses the carrier’s defenses; therefore, in Art.IV/1, the available defenses that the carrier can raise regarding liability arising from initial unseaworthiness are stipulated; Art.IV/2 and Art.III/2 regulate the defenses concerning the carrier’s breach of due diligence obligations as established in Art.III/II, and this provision directly relates to the initial unseaworthiness in Art.III/1; this differential listing in the provision can be justified in this manner.

See, TREITEL, Guenter H. / REYNOLDS, Francis M. B., **Carver on Bills of Lading**, 3rd edn, Sweet & Maxwell, 2011, p. 704. Similarly, the explanation in the same direction, see also, BOYD, Steward C./ BURROWS, Andrew S./ Foxtton, David, **Scrutton on Charterparties and Bills of Lading**, 20th edn, Sweet&Maxwell, 1996, p. 443; DERRINGTON, Sarah C., “Due Diligence, Causation and Article 4(2) of the Hague-Visby Rules”, **International Trade and Business Law Annual**, Y. 1997, Vol. 3, p. 176 ff. See also, ÜLGNER, **Fehmi, Sorumsuzluk Halleri**, İstanbul, 1991, p. 91.

¹⁴ ÜLGNER, **Çarter Sözleşmeleri**, p. 266 ff.; ÜLGNER, **GENCON 94 Çarter Partisine Genel Bir Bakış**, p. 23 ff.

¹⁵ The Owners’ Responsibilities Clause of GENCON 76 stipulates exactly that, “Owners are to be responsible for loss of or damage to the goods or for delay in delivery of the goods only in case the loss, damage or delay has been caused by the improper or negligent stowage of the goods (unless stowage performed by shippers/charterers or their stevedores or servants) or by personal want of due diligence on the part of the Owners or their manager to make the vessel in all respects seaworthy and to secure that sge is properly manned, equipped and supplied or by the personal act or default of the Owners or their Manager.” Accordingly, it can be observed that there is no significant or fundamental difference between

GENCON 22, it can be observed that the shipowner is held responsible not only for deficiencies existing at the commencement of the voyage but also for deficiencies arising during the course of the journey. However, a key distinction that should be highlighted regarding this clause, unlike the corresponding provision in GENCON 94, is that here the shipowner is held accountable solely for their own or their appointed manager's acts and omissions¹⁶. Accordingly, as expressly stated within this provision, the shipowner cannot be held liable for damages arising from the negligence of the captain or any other crew.

Within the framework of these explanations, undoubtedly, it appears plausible to assert that the most significant innovation introduced by GENCON 22 is the liability of the shipowner for the acts of the agents and servants. In this manner, it is discernible that the liability in GENCON 94, which confines the shipowner's liability solely to their own and the appointed manager's actions, has been notably expanded in GENCON 22. In practice, when one considers that the damages giving rise to the shipowner's liability often result more from the acts of the agents and servants and other individuals contributing their efforts to the performance of the charter party, rather than from the personal negligence of the shipowner, this amendment, at first glance, could be characterized as a profound alteration due to the apparent broadening of the shipowner's sphere of responsibility. However, despite the theoretical soundness of this explanation, it is evident that the provision which has been heavily criticized for excessively shielding the shipowner has been modified in practice. Another crucial point to emphasize here is that within the Hague-Visby system, where the carrier's liability is mandatorily regulated, any clauses altering these provisions to the detriment of the cargo interest would be considered invalid¹⁷. Considering that numerous countries have acceded to the 1924 Brussels Convention, in other words, Hague-Visby Rules, or have incorporated these rules into their domestic legal systems, it becomes apparent that this provision in GENCON 94 would often prove invalid in practice. Therefore, even though the alteration in GENCON 22 might theoretically be characterized as a profound change, it should be underscored that the provision in GENCON 94 is, due to the aforementioned reasons, inherently unenforceable¹⁸.

the Owners' Responsibilities clauses in GENCON 76 and GENCON 94. In the same vein, see also, ÜLGENER, *Çarter Sözleşmeleri*, p. 270.

¹⁶ ÜLGENER, *GENCON 22*, p. 348; WEALE, p. 1; ZOCK, p. 739.

¹⁷ ÜLGENER, *Çarter Sözleşmeleri*, p. 267.

¹⁸ ÜLGENER, *Çarter Sözleşmeleri*, p. 348-349.

Another significant innovation introduced by GENCON 22 regarding the shipowner’s liability clause is the provision stipulating that, within the second paragraph of the shipowner’s liability clause, the carrier shall benefit from the rights, defenses, and limits of liability accorded by the Hague-Visby Rules. In the GENCON 94 standard form, only the fundamental principle of the shipowner’s liability for damage incurred to the cargo was addressed, with no further provisions outlined. During this period, however, in practice, in order to fulfill the requirements of the shipowner’s P&I coverage, a Paramount clause incorporating the Hague-Visby Rules was commonly added to charter parties¹⁹.

Therefore, it can be argued that due to the explicit provision envisaged in GENCON 22 Clause 2, the necessity for incorporating the Hague-Visby Rules into the charter party has now been eliminated²⁰.

III. LIABILITY REGIME FOR VOYAGE CHARTER CONTRACTS UNDER HAGUE / VISBY RULES AND TURKISH LAW

A. Hague / Visby Rules

During the mid-19th century, maritime transportation witnessed a swift development, with significant technological advancements of the era enabling the carriage of substantial cargo over long distances. As maritime transportation became more prevalent, the number of disputes and the amounts of damages subject to dispute also increased. Consequently, the formulation of uniform

¹⁹ For further explanations, see, ÜLGENER, *Çarter Sözleşmeleri*, p. 266 ff; WEALE, p. 1; SELVIG, Erling, “The Paramount Clause”, *American Journal of Comparative Law*, Y. 1961, Vol. 10, No. 3, p. 210; See also, FISHER, Robert B. Jr. “The Warranty of Seaworthiness in Charter Parties: Legal Methods of Amelioration”, *Maritime Lawyer*, Y. 1975, Vol. 1, p. 21 ff.

See also, BIGGS, Helena “The GENCON 2022 Charterparty”, (On-line) <https://www.gard.no/web/articles?documentId=34463223>, Date of Access: 7 August 2023; Indeed, the Author also addresses a similar issue. As accurately articulated by the Author, “Although the intention was presumably to meet the requirements of the shipowner’s P&I cover by ensuring that the terms of the charterparty were no less favourable than the Hague-Visby Rules, importing the regime significantly reduced the practical benefit of Clause 2”.

²⁰ For further information regarding the Paramount Clause, see also, COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, p. 261 ff; VANDEVENTER, p. 817; LITINA, p. 524; SELVIG, p. 205 ff.; Fischer, p. 21 ff.

In practice, parties often amend standard form contracts by adding clauses subsequently. In this regard, see ÜLGENER, *Çarter Sözleşmeleri*, p. 156: As the Author also notes, the use of a standard contract without amendments in practice is quite rare. Also see, HETHERINGTON, Stuart, “Fixing or Unfixing a Charter Party”, *MLAANZ Journal*, Y. 1991, Vol. 8, No. 1, p. 13; BIGGS, Helena, “The GENCON 2022 Charterparty”, (On-line) <https://www.gard.no/web/articles?documentId=34463223>, Date of Access: 7 August 2023.

rules governing the carrier's liability in carriages by sea became inevitable²¹. In order to address this need²², after a series of meetings and ultimately through a conference convened in Brussels, the Hague Rules were adopted in 1924 under the title "International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading" albeit with minor modifications²³. As certain technical advancements emerged over time, since the Hague Rules became insufficient to meet the evolving needs of practice²⁴, a series of conferences and endeavors ensued. Consequently, the "Protocol to Amend the Brussels Convention of 25.08.1924 on the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading"²⁵ was adopted²⁶ by a conference convened²⁷ under the auspices of the

²¹ For detailed information, see, DUNLOP, C. R., "The Hague Rules, 1921", **Journal of Comparative Legislation and International Law**, Y. 1922, Vol. 4, No. Parts 1 and 4, p. 27; MANDELBAUM, Samuel Robert, "Creating Uniform Worldwide Liability Standards for Sea Carriage of Goods under the Hague, COGSA, Visby and Hamburg Conventions", **Transportation Law Journal**, Y. 1996, Vol. 23, No. 3, p. 471 ff; YANCEY, Benjamin W., "Carriage of Goods: Hague, Coga, Visby, and Hamburg", **Tulane Law Review**, Y. 1982-1983, Vol. 57, No. 5, p. 1241; STURLEY, Michael F., "The History of COGSA and the Hague Rules", **Journal of Maritime Law and Commerce**, Y. 1991, Vol. 22, No. 1, p. 5 ff.; see also MOORE, John C., "The Hamburg Rules", **Journal of Maritime Law and Commerce**, Vol. 10, no. 1, October 1978, p. 1.

²² RADISCH, Hans Joachim, **Die Beschränkung der Verfrachterhaftung beim Überseetransport von Containern: Eine rechtsgleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des anglo-amerikanischen Rechts**, Hamburg, 1986, p. 13; O'HARE, C. W. "Allocating Shipment Risks and the Uncitral Convention", **Monash University Law Review**, Y. 1977, Vol. 4, no. 2, p. 122.

²³ "The International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading," signed at Brussels on August 25, 1924; entered into force on June 2, 1931. The said International Convention was ratified by Turkey through Law No. 6469 dated February 14, 1955, and was published in the Official Gazette No. 8937 dated February 22, 1955. The Convention came into effect for Turkey on January 4, 1956. For more information about the Convention, see, YANCEY, p. 1242 ff; MANDELBAUM, p. 477; REYNOLDS, Francis, "The Hague Rules, the Hague-Visby Rules, and the Hamburg Rules", **Australian and New Zealand Maritime Law Journal**, 7, p. 16 ff.; RADISCH, p. 13 ff; O'HARE, C. C., "The Hague Rules Revised: Operational aspects", **Melbourne University Law Review**, 10(4), p. 531 ff; DUNLOP, p. 27 ff.; STURLEY, p. 20 ff; CYRIL, James, F., "Carriage of Goods by Sea--The Hague Rules", **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, Y. 1925-1926, Vol. 74, No. 7, p. 677-678; ÇAĞA / KENDER, p. 129 vd.; AKINCI, p. 72 vd.; OKAY, p. 154 vd.

²⁴ WERTH, Douglas A., "The Hamburg Rules Revisited - A Look at U.S. Options," **Journal of Maritime Law and Commerce**, Y. 1991, Vol. 22, No. 1, p. 62; MANDELBAUM, p. 480; STURLEY, p. 57; MOORE, p. 3-4.

²⁵ Protocol to amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, signed at Brussels on 25th August 1924, Brussels, 23 February 1968, Entry into force: 23 June 1977. Turkey has not ratified the said Protocol. For the list of states that have signed the Protocol, see (On-line), <https://diplomatie.belgium.be/sites/default/files/downloads/I-4b.pdf>, Date of Access: 3 July 2023.

²⁶ RADISCH, p. 17; see also, YAZICIOĞLU, Emine, **Hamburg Kuralları**, İstanbul, 2000, p. 3; For detailed explanations see also, DEGURSE, John L. Jr., "The Container Clause in Article 4(5) of the 1968 Protocol to the Hague Rules", **Journal of Maritime Law and Commerce**, Y. 1970, Vol. 2, No. 1, p. 131 ff.; MOORE, p. 4; WERTH, p. 62-63; YANCEY, p. 1246 ff; O'HARE, **The Hague Rules Revised**, p. 532 ff; O'HARE, **Allocating Shipment Risks**, p. 125.

Belgian Government from 19 to 23 February 1968. Known as the Hague-Visby Rules, this Protocol preserved the liability system established by the Hague Rules, just incorporated a set of adjustments necessitated by practical requirements (HVR Art.1/5(c))²⁸.

It should be particularly emphasized that the International Convention of 1924 has been ratified by numerous countries²⁹, including Turkey, while certain states not party to the Convention have incorporated its provisions, known as the Hague Rules, into their domestic legal systems³⁰. Therefore, in comparison to other international regulations concerning maritime cargo transportation, it is noteworthy that this international framework has achieved substantial participation. Consequently, examining the provisions regarding the carrier’s liability within this international framework holds significance.

The Hague Rules shall be applied “ex proprio vigore” to contracts of maritime carriage of goods by sea while a bill of lading or a similar document is issued (HR Art.1(b)). Accordingly, the carrier shall be held responsible for, except for exceptional provisions, not only the loading, stowage, transportation, preservation, care, and discharge of the goods (HR Art.2; Art.3/2), but also for exercising due diligence to have the vessel in a sea-and cargoworthy condition at the commencement of the voyage (HR Art.3/1). Furthermore, under these Rules, the carrier is generally liable for “faulty” acts of themselves and their agents; it is explicitly stipulated that the carrier shall not be held accountable for situations arising from the characteristics of the cargo, or in cases where the cause is attributable to the shipper and/or the consignor, except for cases where the carrier or their agents cause the loss or damage³¹ (HR Art.4).

²⁷ YAZICIOĞLU, p. 3; O’HARE, **Allocating Shipment Risks**, p. 125; WERTH, p. 62; MOORE, p. 3-4.

²⁸ For further information about Hague Visby Rules, see SPARKS, Arthur / COPPER, Frans, **Lloyd’s Practical Shipping Guides, Steel: Carriage by Sea**, 5th edn., Informa Law from Routledge, 2009, p. 173 ff; MANDELBAUM, p. 481 ff; DEGURSE, p. 131 ff; COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, p. 1001.

²⁹ In this regard, see, (On-line) <https://comitemaritime.org/publications-documents/status-of-conventions/>, Access date: 30 June 2023. See also, RADISCH, p. 14; STURLEY, p. 56; SPARKS / COPPER, p. 174; COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, p. 997.

³⁰ RADISCH, p. 14; COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, p. 997; SPARKS / COPPER, p. 173; JAMES, p. 678; MANDELBAUM, p. 477.

³¹ For further explanations, see, DUNLOP, p. 27 ff; JAMES, p. 678; O’HARE, **Allocating Shipment Risks**, p. 131 ff; O’HARE, **The Hague Rules Revised**, p. 545 ff; For detailed information pertaining to provisions in Hague Visby Rules, see also STURLEY, p. 23 ff.; NEGUS, Raymond E., “Hague Rules, 1921”, **Law Quarterly Review**, Y. 1922, Vol. 38, no. 3, p. 317 ff.

When viewed from this perspective, it appears possible to assert that the scope of the group of individuals for whose acts the carrier is responsible, as regulated in HVR Art.4, has been significantly expanded compared to that in the GENCON 94 standard form (where the carrier is held responsible only for their own acts and those of the ship manager appointed by themselves)³². Considering that a substantial portion of the tasks necessary for the performance of the charter party are carried out through carriers' "agents" on behalf of the them, foreseeing that the carrier shall not be accountable for the acts of these individuals, including ship crew members, implies that, unlike these individuals, shipowners, who are economically much more powerful, might not be held liable in many instances. Therefore, in legal doctrine, there is no doubt that the "shipowner's responsibility" clause within the GENCON 94 charter party, often criticized for excessively shielding the carrier, is neither accurate nor compatible with both the Hague-Visby Rules and the regulations in Turkish law. From this perspective, it can be argued that the provision in GENCON 22, which outlines that the shipowner's liability extends beyond personal responsibility to encompass the acts of their agents, is sound and compatible with the liability framework in the Turkish Commercial Code.

Another crucial aspect to be highlighted concerning the Hague-Visby Rules within the scope of our study is that the provisions pertaining to the carrier's liability, as included herein, are mandatorily regulated. Indeed, according to HVR Art.3/8, "Any clause, covenant, or agreement in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for loss or damage to, or in connection with, goods arising from negligence, fault, or failure in the duties and obligations provided in this Article or lessening such liability otherwise than as provided in this Convention, shall be null and void and of no effect. A benefit of insurance in favor of the carrier or similar clause shall be deemed to be a clause relieving the carrier from liability." Consequently, it should be especially emphasized that the provision in GENCON 94, which stipulates that the carrier shall only be accountable for personal fault and that of the appointed manager, while exempting ship crew members from liability, would be invalid in cases where there exists a paramount clause referencing the Hague-Visby Rules³³.

³² ÜLGENER, *Çarter Sözleşmeleri*, p. 266 ff.

³³ ÜLGENER, *Çarter Sözleşmeleri*, p. 272 ff.

B. Turkish Commercial Code

In drafting the provisions on “carrier’s liability” within the framework of Turkish Commercial Code numbered 6102, the Hague / Visby Rules have primarily been taken into account. These principles derived from the Hague / Visby Rules have been supplemented with certain provisions from the Hamburg Rules. In this manner, a liability system has been embraced through the identification of specific grounds of liability. Within this system, two fundamental grounds of liability have been stipulated, namely, the “liability to exercise due diligence to the cargo” and the duty to “have the vessel in a sea- and cargoworthy condition at the commencement of the voyage”³⁴. Indeed, in accordance with Article 1178 of the Turkish Commercial Code (TCC), the Carrier is held responsible for demonstrating the care and diligence of a prudent carrier, especially in the performance of the carriage contract, including the loading, stowing, handling, transportation, protection, custody and discharge of the goods. Furthermore, the provision also stipulates that the Carrier shall be liable for damages arising from the loss, damage, or delay in delivery of the goods, provided that such loss, damage, or delay occurred while the goods were under the control of the Carrier. In addition to the carrier’s responsibility arising from the obligation to exercise due diligence on the cargo, similar to the provisions of the Hague-Visby Rules, the Turkish Commercial Code also designates the obligation to have the vessel in a sea and cargoworthy condition as a separate ground of liability. According to Article 1141/1 of the Turkish

³⁴ However, the liability grounds stipulated in the Turkish Commercial Code No. 6102 are not limited to the aforementioned two fundamental cases of liability, as the Code also includes provisions regarding certain other liability grounds such as “unauthorized loading or transshipment onto another ship (TCC Art.1150),” “unauthorized carriage on deck (TCC Art.1151),” and “departure from the route without justifiable cause (TCC Art.1220).” For detailed explanations, YAZICIOĞLU, Emine, **Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku**, 16th edn, Filiz, 2020, p. 389. In this context, it is necessary to emphasize that the scope of the term “shipowner” used in the GENCON standard charter party is broad enough to encompass the party that falls within its purview. In this regard, see ÜLGENER, **Çarter Sözleşmeleri**, p. 166: Indeed, the Author also notes the broad scope of the term “owner” used in charter contracts, highlighting its capacity to encompass multiple meanings, and consequently, he/she prefers to use the term “carrier” instead, which can carry more precise connotations.

In the context of the provision found in HGB §485 concerning the obligation to provide the vessel in a seaworthy condition, it is established that the duty of diligence regarding seaworthiness of the vessel for the cargo lies with the carrier. It is clarified that this provision does not impose an obligation on the shipowner in this regard; rather, it underscores that the fundamental duty arising from the freight contract pertains to the carrier, regardless of whether the vessel used for transport is owned by the carrier or not. For more details, PÖTSCHKE, Jan Erik, “HGB§485”, **Münchener Kommentar zum HGB: Band 7, Transportrecht- viertes Buch, Handelsgeschäfte**, Eds. Karsten Schmidt and Rolf Herber, 5th Aufl. 2023, HGB §485 para. 1. Similarly, see GRAMM, Hans, **Das neue Deutsche Seefrachtrecht nach den Haager Regeln (Gesetz vom 10 August 1937 - RGBl. I Seite 891)**, Verlag von E.S. Mittler & Sohn, 1938, p. 93.

Commercial Code, which encompasses general provisions of the contract of affreightment, the carrier is obligated to ensure that the vessel is in a seaworthy and cargo-worthy condition in all types of contracts of affreightment. The provision further states that the carrier shall be liable for damages arising from the unseaworthiness and uncargoworthiness of the ship for the cargo. However, a diligent Carrier can eliminate this liability by proving that due care and diligence were exercised, and any deficiency in seaworthiness was not discoverable until the commencement of the voyage (TCC Art.1141/2).

On the other hand, the liability for the acts of the Carrier's servants and agents is also specifically addressed in the Turkish Commercial Code numbered 6102. Accordingly, the carrier is not liable for damage arising from causes not attributable to negligence of their servants and agents. The scope of "servants of the carrier" in terms of being held responsible for the carrier's acts is defined quite broadly compared to the provisions of the Hague/Visby Rules. Indeed, according to Article 1179/2 of the TCC, the term "servants and agents of the carrier" encompasses the crew of the vessel used in carriage, individuals employed in the carrier's carriage operation or authorized by the carrier to act on their behalf, and other individuals utilized in the performance of the carriage contract, even if they do not work in the carrier's carriage operation. In accordance with this provision, among the individuals for whom the carrier is liable for their acts, the category of "other individuals utilized in the performance of the carriage contract, even if they do not work in the carrier's carriage operation" is also mentioned. In this manner, apart from the crew members and individuals employed in the carrier's carriage operation, as well as those authorized by the carrier to act on their behalf, auxiliaries who are not directly part of the carrier's carriage operation but are employed in the execution of the carriage contract are also considered as servant of the carrier. As a significant consequence of considering these individuals as the servants of the carrier, the carrier will be held liable for faulty acts occurring during the performance of the carriage contract pursuant to an independent contractual relationship between the carrier and these individuals, which operates as a contract for services.

Another noteworthy aspect within the context of the carrier's liability under Turkish Commercial Code numbered 6102 is the imperative nature of provisions of the carrier's liability. According to Article 1243/1 of the Turkish Commercial Code, all clauses and conditions that directly or indirectly eliminate or restrict the obligations and liabilities arising from these provisions

regarding the carrier’s liability, as set forth in the Turkish Commercial Code, are invalid. In line with this provision, contractual clauses that alter the provisions of “Article 1141 regarding the carrier’s responsibility for the vessel’s unseaworthiness at the commencement of the journey”, “Article 1178 concerning the violation of the duty to take care of the goods”, and “Article 1179 regarding the liability for the actions of the carrier’s servants and agents in favor of the carrier” will be considered invalid.

Accordingly, there is no doubt that this provision in GENCON 94, which stipulates that the carrier shall only be liable for personal fault and the fault of the their manager, and exempts the carrier from liability for the acts of the crew, will be deemed invalid in cases where Turkish Law is applicable as the governing law. Therefore, the clause in GENCON 22, which establishes the carrier’s liability not only for personal fault but also for the actions of their servants, and aligns with the principles of the Hague-Visby system, can be considered consistent and appropriate in accordance with the provisions of the TCC that primarily embrace liability system of the Hague-Visby Rules.

IV. GENERAL ASSESSMENT

Due to the international nature of carriages by sea, in order to prevent the application of different rules to similar disputes, standard form contracts are being developed by organizations operating in the field of maritime law. Parties reluctant to be subject to unfamiliar legal systems in disputes includes an element of foreignness often opt to use these standard forms in practice. The GENCON charter party authored by BIMCO, is among the most commonly used standard contracts in practice. is prominent among them. As the provisions contained in this standard form, which establish the fundamental principles of voyage charter contracts, have become inadequate over time due to developments in maritime industry, the updated version of this standard form was released in the year 2022.

The GENCON 22 standard form has introduced several significant innovations concerning voyage charter party agreements. However, one of the most significant changes between the GENCON 22 and GENCON 94 forms has been made in Clause 2 regarding the owner’s liability. In this context, the liability clause of the shipowner has departed from the system in GENCON 94 that limits the shipowner’s liability to damages arising from personal negligence. As known, the GENCON 94 standard form adopted a system where the shipowner was liable only for damages arising from their own and the

manager appointed by them, while excluding liability for the acts of the captain and other crew members.

In practice, considering that the carrier often carries out many necessary operations for the performance of the contract of affreightment through their servants and agents, the liability system of GENCON 94 were criticized for making it nearly impossible to hold the carrier liable for cargo damages. However, this clause, criticized for excessively protecting the shipowner, was also in contradiction with the mandatory provisions of the Hague-Visby Rules, which had been accepted by many states or incorporated into their domestic laws. The application of this clause, often invalidated due to its non-compliance with mandatory provisions, was not feasible and provided the shipowner with only a “theoretical” protection. Therefore, in disputes where the Hague-Visby Rules were applicable or the Turkish Law were determined as the governing law, this provision was not applied, and instead, the relevant mandatory rules were enforced.

From this perspective, it is beyond doubt that in the Hague-Visby system and in cases governed by Turkish Law, this provision that is directly invalid due to its non-compliance with mandatory provisions has been abandoned in GENCON 22, which includes a more accurate and realistic clause instead of this. On the other hand, in terms of the carrier’s duty of due diligence, attention should be drawn to the fact that in GENCON 22 standard form, two fundamental time frames are ensured, namely “at the commencement of each cargo loading” and “at the commencement of each cargo-carrying voyage.”³⁵ The time frame within which the carrier is obliged to ensure the seaworthiness of the vessel is expressed as “before and at the beginning of the voyage” in the HVR. In this regard, it should be noted that in the GENCON 22 standard form, the time frame for the carrier to exercise due diligence in ensuring the vessel’s seaworthiness is narrower compared to the Hague-Visby Rules³⁶.

³⁵ See also, ÜLGENER, **GENCON 22**, p. 347: The Author exemplifies this situation as follows: “The vessel has loaded bagged cement from Port A to one hold and soybean meal to another hold from Port B. In this example, it is not necessary for both holds of the vessel to be seaworthy for loading at Port A. However, if the vessel has suffered a malfunction between Ports A and B, and departs from Port B without rectifying this malfunction, subsequently, concerning the damages that may arise in this manner, the cargo loaded at Port A is seaworthy, while the cargo loaded at Port B is unseaworthy.”

³⁶ For further explanations, see, ÜLGENER, **Çarter Sözleşmeleri**, p. 271: The Author evaluates this issue within the related clause of GENCON 94 and states that the requirement of seaworthiness sought in the TTK, Hague, and Hague-Visby regimes pertains not to the entire voyage but only to the commencement of the voyage. In GENCON 94, however, the carrier is obligated to ensure the vessel’s seaworthiness both at the commencement of the voyage and until the delivery of the cargo to the consignee. For explanations

Another significant innovation in the GENCON 22 standard form, Clause 2, is the reference made to the Hague-Visby Rules within the clause of shipowner’s liability. Through the provision in the second paragraph of this clause, the shipowner is enabled to benefit from the limitations of rights, defenses, and liabilities stipulated in the Hague-Visby Rules concerning the liability arising from loss, damage, or delayed delivery of the goods. As it is known, GENCON 94 does not contain such a provision. Therefore, shipowners aiming to fulfill P&I coverage requirements used to add a Paramount clause to the contract, explicitly incorporating the Hague-Visby Rules. With the inclusion of this explicit reference in GENCON 22, the necessity for adding a Paramount clause has been eliminated. Considering the liability systems of the Hague-Visby Rules and Turkish Law, it appears that with this addition, the liability regime in GENCON 22 has become largely compatible with the Hague-Visby Rules and Turkish maritime law.

In light of these explanations, when evaluated within this framework, the shipowner’s liability clause in GENCON 22, along with the elimination of the need for a paramount clause and the abandonment of the principle of “liability solely for personal fault of the carrier” due to its frequent impracticability in light of mandatory provisions³⁷, should be regarded as highly positive developments³⁸. Similarly, aside from aligning GENCON 22 provisions with the liability system of Turkish Law, it should be noted that the inclusion of provisions parallel to the widely accepted Hague-Visby Rules in the GENCON standard form should also be regarded as an innovation that ensures the unhesitant utilization of the GENCON form in practice.

Within the framework of these explanations, when considering the changes in Clause 2, it is realised that the new form, unlike GENCON 94, envisages the carrier’s liability for the actions of its servants and agents. Due to this, it might be perceived as unfavorable to the carrier and therefore, in practice, particularly

about the time period for which the carrier is under an obligation to exercise due diligence to ensure the seaworthiness of the ship see also, MERİÇ, Gülfer Kuyucu, “Lahey, Lahey - Visby ve Hamburg Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak Rotterdam Kuralları Bakımından Taşıyanın Sorumlu Tutulduğu Süre”, **DEHUKAMDER**, Y. 2018, Vol. 1, No. 1, p. 71 ff.

³⁷ See also, ÜLGENER, **Çarter Sözleşmeleri**, p. 266-267.

³⁸ In this regard, see Ülgener, **GENCON 22**, p. 345-346: The author states, “In GENCON 22, the essence of the GENCON charterparty as being ‘aimed at small and medium-sized shipowners; easily and frequently usable, hence not overly complex’ seems to have been overlooked, resulting in a document that doesn’t differ significantly from a time charterparty’s detailed and intricate structure. It is noted that despite potential difficulties in the practical application of this charterparty for entities outside of large and corporate shipowners, the new form still introduces significant rules in various aspects.”

by larger and stronger shipping companies, it might not be preferred. However, as previously mentioned, it is known that in practice, the clause in GENCON 94 stating that the carrier shall not be responsible for the acts of the master, crew and other servants is invalid due to its non-compliance with the mandatory provisions of the Hague-Visby Rules. Consequently, it cannot be said that due to this change, GENCON 2022 has become more unfavorable to the carrier after the revision, and it will not be preferred by strong shipping companies in practice. On the other hand, another crucial point to emphasize is that in GENCON 2022 charter party, significant changes have been made not only in the Owners' responsibilities clause but also in other clauses such as laytime provisions. In light of the explanations above, even though the new Owners' Responsibilities clause may appear to introduce a regulation against the carrier compared to the previous forms, considering the aforementioned practical situation, it seems to us that determining whether GENCON 2022 will be preferred or not in practice cannot be definitively assessed solely by examining this clause.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

BIBLIOGRAPHY

AKINCI, Sami, **Deniz Hukuku: Navlun Mukaveleleri**, İstanbul, 1968.

COOKE, Julian / YOUNG, Timothy / ASHCROFT, Michael / TAYLOR, Andrew / KIMBALL, John D. / MARTOWSKI, David / LAMBERT, Leroy / STURLEY, Michael, **Voyage Charters**, 4th Edition, Informa Law from Routledge, 2014.

ÇAĞA, Tahir / KENDER, **Rayegân Deniz Ticareti Hukuku Sözleşmeleri II: Navlun Sözleşmeleri**, İstanbul, 2009.

DEGURSE, John L. Jr., “The Container Clause in Article 4(5) of the 1968 Protocol to the Hague Rules”, **Journal of Maritime Law and Commerce**, Y. 1970, Vol. 2, No. 1, (p. 131-146).

DERRINGTON, Sarah C., “Due Diligence, Causation and Article 4(2) of the Hague-Visby Rules”, **International Trade and Business Law Annual**, Y. 1997, Vol. 3, (p. 175-186).

DUNLOP, C. R., “The Hague Rules, 1921”, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, Y. 1922, Vol. 4, No. Parts 1 and 4, (p. 24-34).

GRAMM, Hans, **Das neue Deutsche Seefrachtrecht nach den Haager Regeln (Gesetz vom 10 August 1937 - RGBl. I Seite 891)**, Verlag von E.S. Mittler & Sohn, 1938.

FISHER, Robert B. Jr. “The Warranty of Seaworthiness in Charter Parties: Legal Methods of Amelioration”, **Maritime Lawyer**, Y. 1975, Vol. 1, p. 21 ff., (p. 1-31).

HETHERINGTON, Stuart, “Fixing or Unfixing a Charter Party”, **MLAANZ Journal**, Y. 1991, Vol. 8, No. 1, (p. 12-28).

CYRIL, James, F., “Carriage of Goods by Sea--The Hague Rules”, **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, Y. 1925-1926, Vol. 74, No. 7, (p. 672-690).

MERİÇ, Gülfer Kuyucu, “Lahey, Lahey - Visby ve Hamburg Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak Rotterdam Kuralları Bakımından Taşıyanın Sorumlu Tutulduğu Süre”, **DEHUKAMDER**, Y. 2018, Vol. 1, No. 1, (p. 49-76).

- MANDELBAUM, Samuel Robert, “Creating Uniform Worldwide Liability Standards for Sea Carriage of Goods under the Hague, COGSA, Visby and Hamburg Conventions”, **Transportation Law Journal**, Y. 1996, Vol. 23, No. 3, (p. 471-502).
- MOORE, John C., “The Hamburg Rules”, **Journal of Maritime Law and Commerce**, Y. 1978, Vol. 10, No. 1, (p. 1-12).
- LITINA, Eva, “Maritime Arbitration: Dilemmas, Prospects, and Challenges: Lessons from Contracts for the Carriage of Goods by Sea”, **Tulane Maritime Law Journal**, Y. 2022, Vol. 46, No. 3, (p. 513-530).
- NEGUS, Raymond E., “Hague Rules, 1921”, **Law Quarterly Review**, Y. 1922, Vol. 38, no. 3, (p. 317-338).
- RADISCH, Hans Joachim, **Die Beschränkung der Verfrachterhaftung beim Überseetransport von Containern: Eine rechtsgleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des anglo-amerikanischen Rechts**, Hamburg, 1986.
- REYNOLDS, Francis, “The Hague Rules, the Hague-Visby Rules, and the Hamburg Rules”, **Australian and New Zealand Maritime Law Journal**, 7, (p. 16-34).
- O’HARE, C. W., “Allocating Shipment Risks and the Uncitral Convention”, **Monash University Law Review**, Y. 1977, Vol. 4, no. 2, (117-154) (Allocating Shipment Risks).
- O’HARE, C. C., “The Hague Rules Revised: Operational aspects”, **Melbourne University Law Review**, 10(4), (p. 527-563) (The Hague Rules Revised).
- OKAY, Sami, **Deniz Ticareti Hukuku C.II/1**, İstanbul, 1968.
- PÖTSCHKE, Jan Erik, ‘HGB§485’, **Münchener Kommentar zum HGB: Band 7, Transportrecht- viertes Buch, Handelsgeschäfte**, Eds. Karsten Schmidt and Rolf Herber, 5th Aufl. 2023.
- SELVIG, Erling, “The Paramount Clause”, **American Journal of Comparative Law**, Y. 1961, Vol. 10, No. 3, (p. 205-226).
- STURLEY, Michael F., “The History of COGSA and the Hague Rules”, **Journal of Maritime Law and Commerce**, Y. 1991, Vol. 22, No. 1, (p. 1-58).
- SPARKS, Arthur / COPPER, Frans, **Lloyd’s Practical Shipping Guides, Steel: Carriage by Sea**, 5th edn., Informa Law from Routhledge, 2009.
- TETLEY, William, “Uniformity of International Private Maritime Law - The Pros, Cons, and Alternatives to International Conventions - How to Adopt an International Convention”, **Tulane Maritime Law Journal**, Y. 2000, Vol. 24, No. 2, (p. 775-856).
- TREITEL, Guenter H. / REYNOLDS, Francis M. B., **Carver on Bills of Lading**, 3rd edn, Sweet & Maxwell, 2011.
- ÜLGENER, Fehmi, **Sorumsuzluk Halleri**, İstanbul, 1991.

ÜLGENER, Fehmi, “GENCON 94 Çarter Partisine Genel Bir Bakış”, **DHD**, Y. 1, Vol. 1, (p. 23-24) (GENCON 94 Çarter Partisine Genel Bir Bakış).

ÜLGENER, Fehmi, “GENCON 22 İlk İzlenimler”, **PRU-DHD**, Y. 2022, Vol. 1, No. 2, (p. 345-357) (GENCON 22).

ÜLGENER, Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri: Genel Hükümler, Sefer Çarteri Sözleşmesi**, İstanbul, 2010 (Çarter Sözleşmeleri).

VANDEVENTER, Braden, “Analysis of Basic Provisions of Voyage and Time Charter Parties”, **Tulane Law Review**, Y. 1974-1975, Vol. 49, No. 4, (p. 806-844).

WEALE, John, “An Introduction to GENCON 2022”, *Lloyd’s Shipping&Trade Law*, Y. 2022, Vol. 22, No. 10, (p. 1-3).

WERTH, Douglas A., “The Hamburg Rules Revisited - A Look at U.S. Options,” **Journal of Maritime Law and Commerce**, Y. 1991, Vol. 22, No. 1, (p. 59-80).

YANCEY, Benjamin W., “Carriage of Goods: Hague, Cogsa, Visby, and Hamburg”, **Tulane Law Review**, Y. 1982-1983, Vol. 57, No. 5, (p. 1238-1259).

YAZICIOĞLU, Emine, **Hamburg Kuralları**, İstanbul, 2000.

YAZICIOĞLU, Emine, **Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku**, 16th edn, Filiz, 2020.

ZOCK, Anthony N., “Charter Parties in Relation to Cargo”, **Tulane Law Review**, Y. 1970-1971, Vol. 45, No. 4, (p. 733-751).

<https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/gencon-2022>, Date of Access: 9 August 2023.

<https://comitemaritime.org/publications-documents/status-of-conventions/>, Date of Access: 30 June 2023.

Helena Biggs, “The GENCON 2022 Charterparty”, <https://www.gard.no/web/articles?documentId=34463223>, Date of Access: 7 August 2023.

<https://diplomatie.belgium.be/sites/default/files/downloads/I-4b.pdf>, Date of Access: 3 July 2023.

İsviçre Medenî Kanunu'ndaki Miras Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Türk Hukukuna Yansımalarının Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of the Reflections of the Amendments Related to Inheritance Law in the Swiss Civil Code to Turkish Law

Hüseyin TOKAT^(**)

Öz:

İsviçre'de son yüz on yılda aile yapısı ve sosyal yaşam koşulları temelden değişmiştir. Bu da miras hukukuna ilişkin hükümlerin, büyük ölçüde değişen demografik, ailevi ve sosyal yaşam gerçekliklerine uygun hâle getirilmesi amacıyla kapsamlı bir değişiklik yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Bu amaçla İsviçre'de miras hukuku alanındaki ilk değişiklik 18.12.2020 tarihli Federal Kanun ile yapılmıştır. Bu kapsamda İsviçre Medenî Kanunu'nun miras hukukuna ilişkin bazı hükümlerinde değişikliğe gidilmiş ve ayrıca bazı yeni hükümler öngörülmüştür. Bu değişiklikler, 1.1.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yapılan yenilik ve değişikliklerin odak noktasını mirasbırakanın tasarruf serbestisinin genişletilmesi oluşturmaktadır. Bu amaçla ana-babanın saklı payları kaldırılmış, altsoyun saklı payı azaltılmış ve boşanma davalarında eşin saklı payının kaybı düzenlenmiştir. Bununla birlikte İsviçre kanun koyucusu, öğretide tartışmalı olan bazı hususlara açıklık getirmeye çalışmıştır. Nitekim eşler arasında mal rejimi sözleşmesi ile yapılan artık değere katılma oranına ilişkin anlaşma sebebiyle ortaya çıkan artışın nasıl ve hangi sırada tenkis edileceği düzenlenmiştir. Ayrıca öğretide ve uygulamada var olan görüş ayrılıklarını gidermek amacıyla miras sözleşmesinin bağlayıcılığına ilişkin hüküm değiştirilmiştir. Bu çalışmada da miras hukuku alanında yapılmış yenilik ve değişikliklerin 1.1.2023 tarihinde yürürlüğe giren ilk aşamasının İsviçre Medenî Kanunu'nda meydana getirmiş olduğu farklılıklar, Türk Hukuku ile karşılaştırılabilir olarak ele alınmıştır. Bu sayede söz konusu farklılıkların Türk Hukuku bakımından olası bir kanun değişikliğine kaynaklık teşkil edip etmeyeceği hususu ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Miras Hukukunda Değişiklik, Miras Hukukunda Yenilik, Saklı Pay, Mirasbırakanın Tasarruf Serbestisi, Boşanma Davası Devam Ederken Eşin Saklı Payının Kaybı, Artık Değere Katılma ile İlgili Anlaşmalar, Miras Sözleşmesinin Bağlayıcı Etkisi, Tenkis.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.01.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 20.03.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1357986>

Bu makaleye atıf için: TOKAT, Hüseyin, "İsviçre Medenî Kanunu'ndaki Miras Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Türk Hukukuna Yansımalarının Değerlendirilmesi", **İMİHFD**, C. 8, S. 2, 2023, s. 909-952

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / Konya - Türkiye

E-posta: huseyintokat7861@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9814-8633>

Abstract:

In Switzerland, in the last 110 years, the family structure and social living conditions have changed fundamentally. This has led to the need for a comprehensive amendment of the provisions on inheritance law in order to adapt it to changing demographic, family and a social life realities. To this end, the first amendment in the field of inheritance law in Switzerland was made by the Federal Act of 18.12.2020. In this context some provisions of the Swiss Civil Code regarding inheritance law were amended and new provisions were envisaged. These entered into force on 1.1.2023. The focus of these is the expansion of the legator's freedom of disposal. To this end, the reserved portions of the parents were abolished, the reserved portions of the descendants were reduced and the loss of the spouse's reserved portion in the divorce proceedings was regulated. However, legislator tried to clarify some controversial issues. Thus, it is regulated how and in what order the increase resulting from the agreement between the spouses regarding the rate of participation in the surplus value made with the matrimonial property agreements will be reduced. Moreover, the provision regarding the binding nature of the inheritance contract has been amended in order to eliminate the differences in the doctrine and judicial practice. In this study, innovations and changes in the Swiss Civil Code are discussed in comparison to Turkish law. Through, it has been tried to reveal whether these will constitute a source for a law amendment in Turkish law.

Keywords:

Amendment in Inheritance Law, Innovation in Inheritance Law, Reserved Portion, The Legator's Freedom of Disposal, The Loss of Spouse's Reserved Portion in The Divorce Proceedings, Agreements Related to Join to Surplus Value, The Binding Effect of The Inheritance Contract, Reduction in Inheritance Law.

I. GİRİŞ

1912 yılında yürürlüğe giren İsviçre Medenî Kanunu'nun¹ miras hukukuna ilişkin hükümleri, o dönemin aile yapısına ve yaşam koşullarına uygun olarak düzenlenmiştir. Bu hükümler, aile hukuku gibi diğer hukuk dallarındaki hükümlere kıyasla büyük ölçüde değişmeden kalmıştır². Ancak İsviçre'de son yüz on yılda aile yapısı ve sosyal yaşam koşulları temelden değişmiştir. Beklenen yaşam süresindeki artış, evlilik dışı birlikteliklerin çoğalması, aile ve ilişki biçimlerinin büyük ölçüde değişime uğraması bunların başında gelmektedir³. Bu da miras hukukuna ilişkin hükümlerin, büyük ölçüde değişen demografik, ailevi ve

¹ AS 24 233, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de, E.T. 2.11.2022.

² FANKHAUSER, Roland / JUNGO, Alexandra, "Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick", *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)*, Y. 2019, S. 1, s. 1; HAIDMAYER, Barbara, "Die Revision des Erbrechts - Änderungen im Pflichtteilsrecht und Unterstützungsanspruch für Lebenspartner", *AJP/PJA*, Y. 2018, S. 12, s. 1544; HORAT, Felix, "Die Revision des Erbrechts/Motion Gutzwiller", *Blätter für Agrarrecht (BIAR)*, Y. 2017, S. 3, s. 249.

³ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29. August 2018, BBI 2018 5813, s. 5814. Gerekçe metni için bkz., <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2131/de>, E.T. 2.11.2022.

sosyal yaşam gerçekliklerine uygun hâle getirilmesini amaçlayan kapsamlı bir yenilik ve değişiklik ihtiyacını doğurmuştur⁴. Bu amaçla İsviçre miras hukukuna ilişkin yenilik ve değişiklik çalışmaları, esas olarak Eyaletler Konseyi üyesi olan Felix Gutzwiller tarafından 17.06.2010 tarihinde sunulan 10.3524 sayılı “modern bir miras yasası için”⁵ başlıklı önergeyle başlamıştır⁶.

Bu önerenin Eyaletler Konseyi tarafından 23.09.2010 tarihinde kabul edilmesinin ardından⁷, Ulusal Konsey, Hukuk İşleri Komisyonu'nun talebi üzerine 2.3.2011 tarihinde “*fiilî hayat ortaklığı şeklinde bir arada yaşayan çiftlerin (Konkubinatspaare) miras hukuku açısından evli çiftlerle aynı muameleye tâbi tutulmaması*”⁸ değişikliğiyle önergeyi kabul etmiştir⁹. Daha sonra Eyaletler

⁴ BOTSCHAFT, s. 5814; FANKHAUSER / JUNGO, s. 1; HAIDMAYER, s. 1544; HORAT, s. 239.

⁵ Gutzwiller önergesinde İsviçre miras hukukunun zamanın gereklerine uygun olmadığını ifade etmiştir. Bilhassa günümüz toplumunda tek tip yaşam modelinin olmaması hukukî anlamda aile kavramının giderek daha fazla sorgulanmasına yol açmış, bu da beraberinde miras hukukuna ilişkin yenilik ve değişiklik ihtiyacını doğurmuştur. Felix Gutzwiller tarafından sunulan 10.3524 sayılı önerge ve önerenin gerekçesi için bkz., <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20103524>, E.T. 2.11.2022.

⁶ BOTSCHAFT, s. 5821; EITEL, Paul, “Das neue Erbrecht (“politischer Teil”) vom 18.12.2020: Inkrafttreten am 1.1.2023”, **successio**, Y. 2021, S. 3, s. 186; EITEL, Paul, “Neues Erbrecht “ante portas” - Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis”, in: **Erbrecht und Grundbuch**, Hrsg. Beat Franz / Michel Mooser, Schulthess, Zürich, 2021, s. 39; FANKHAUSER / JUNGO, s. 1; HAIDMAYER, s. 1544; HORAT, s. 239; LUTZ SCIAMANNA, Louise, “Nachlassplanung im Vorfeld der Erbrechtsrevision(en)”, **AJP/PJA**, Y. 2021, S. 3, s. 326; WOLF, Stephan / DORJEE-GOOD, Andrea “Das neue Erbrecht - insbesondere Rechtsgeschäftsplanung und Aspekte aus der notariellen Praxis”, in: **Das neue Erbrecht - insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht**, Hrsg. Stephan Wolf, Stämpfli Verlag, Bern, 2022, s. 11; WOLF, Stephan, “Das neue Erbrecht - eine Übersicht über die auf den 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Änderungen”, **ZBJV**, Y. 2022, S. 9, s. 417; NAR, Ahmet, “İsviçre’deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları”, **ERÜHFD**, Y. 2019, C. 14, S. 2, s. 335.

⁷ Eyaletler Konseyi tarafından önerenin kabul edilmesi hakkında ayrıca bkz., <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=23483>, E.T. 3.11.2022.

⁸ Gutzwiller tarafından sunulan önergede fiilî hayat ortaklığı ilişkisi içerisindeki kimselerin miras hukuku bakımından evli eşler ile eşit hâle getirilmesine ilişkin talep, kanunlaşma sürecinin henüz erken sayılabilecek bir aşamasında Federal Konsey tarafından reddedilmiştir. Başka bir ifadeyle fiilî hayat ortaklıklarına yasal mirasçı statüsü verilmesi önerisi, yapılan değerlendirmeler sonucunda kabul edilmemiştir. Bu konuda bkz., FANKHAUSER / JUNGO, s. 1; HAIDMAYER, s. 1544, dn. 4. Bunun üzerine İsviçre miras hukukuna ilişkin yenilik ve değişiklik çalışmalarında, eşler ya da kayıtlı hayat ortakları ile eşit konuma getirmeden fiilî hayat ortaklarının durumlarının iyileştirilmesi, birlikte yaşadığı fiilî hayat ortağının ölümünden sonra muhtaç duruma düşmemeleri hedeflenmiştir. Bu kapsamda Kanuna ilişkin ön tasarıda fiilî hayat ortağının “*bakım mirası*” yoluyla; kanun tasarısında ise “*destek talebi*” ile mirasbırakan terakesinden istifade etmesi düzenlenmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz., FANKHAUSER / JUNGO, s. 9-11; NAR, s. 336-337, 341 vd. Fakat fiilî hayat ortakları için tasarıda “destek talebi” şeklinde ifade edilen bu düzenleme, 18.12.2020 tarihli Federal Kanun ile yasallaşmamıştır. Bkz., LUTZ SCIAMANNA, s. 327-328. Fiilî hayat ortaklarının kimler olacağı hususunda yaşanılabilecek güçlük de göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenlemenin yasallaşmaması isabetlidir. Ayrıca İsviçre miras hukukuna ilişkin değişikliklerle mirasbırakanın tasarruf serbestisi mevcut hükümlere nazaran artırıldığından, mirasbırakan dilerse fiilî hayat ortağını ya da ortaklarını tasarruf edilebilir kısım ölçüsünde koruyabilir. Türk Hukuku bakımından da halk arasında “imam nikâhıyla birliktelik” tabiri ile bilinen evlilik dışı birliktelikler geçerli kabul edilmemektedir. Bunun sonucu olarak evlilik dışı bir-

Konseyi, önerenin değiştirilen hâlini onaylamış ve önergeyi 7.6.2011 tarihinde Federal Konsey'e göndermiştir¹⁰. Bu önerge, bazı değişiklikler yapılarak 31.03.2011 tarihinde kabul edilmiştir¹¹.

Ayrıca Federal Konsey, 25.03.2015 tarihinde yayınladığı “Aile Hukukunun Modernleştirilmesi”¹² başlıklı raporunda, aile hukukunun mevcut normlarının toplumsal gerçekleri yeterince yansıtmadığına ve yaşanan toplumsal değişimin yaşam koşulları ile hukuk kuralları arasında bir uçuruma yol açtığına dikkat çekmiştir. Bu farkındalık ve miras hukukuna ilişkin kuralların günümüzün farklı yaşam şekillerine uygun olmaması gerekçesiyle, Federal Adalet Ofisi tarafından 4.03.2016 tarihinde İsviçre Medenî Kanunu'nda değişiklikleri içeren ön tasarı¹³ ve değişiklikleri açıklayıcı rapor¹⁴ yayımlanmıştır¹⁵.

likelik içerisinde bulunan kimselerin (fiilî hayat ortağı) evlilikleri yok hükmündedir ve bu kimseler yasal ve saklı paylı mirasçı değildir. Bu konuda bkz., AKINCI, Şahin, “Türkiye’de İmam Nikahı ve Köylerde Muhtarların Yaptıkları Evlenme Akitlerinin Geçerliliği”, *ATA Dergisi*, Y. 1994, S. 6, s. 49; ALTUNKAYA, Mehmet, “Türk Özel Hukukunda Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Durumu”, *SÜHFD*, Y. 2001, C. 9, S. 1, s. 389; ÇABRİ, Sezer, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574)*, C. 1, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 101; SAVAŞ, Abdurrahman, “Evlenmenin Yokluğu”, *SÜHFD*, Y. 2000, C. 8, S. 1-2, s. 121. Türk Hukuku bakımından evlilik dışı birliklere “destek talebi”ne benzer bir hukukî imkânın tanınması, genellikle “imam nikahıyla birlikelik” şeklinde ortaya çıkan bu ilişkilerin meşruiyet kazanması anlamına gelebilir. Bununla birlikte ölen kimsenin birden fazla fiilî hayat ortaklığı kurması hâlinde bu ortaklardan hangisi ya da hangilerinin destek talebinden yararlanabileceği meselesi de bir diğer güçlük olarak karşımıza çıkar. Ayrıca fiilî yaşam birliklerinin aynı cinsiyetteki kimseler arasında veya birden fazla kimseyle bir arada sürdürülmesi ihtimali de söz konusu kaygıları kuvvetlendirmektedir. Bu sebeple İsviçre miras hukukuna ilişkin yenilik ve değişiklik çalışmaları kapsamında önerilen ancak öğretileri sürülen eleştiriler sebebiyle yasalasmayan “destek talebi”ne benzer bir imkân Türkiye'nin sosyal ve aile yapısıyla uyumlu değildir. Her ne kadar yasal bir düzenleme olmasa bile mirasbırakanın, tasarruf edilebilir kısmı aşmamak kaydıyla evlilik dışı birlikelik içerisinde bulunduğu kimse ya da kimseler lehine serbestçe tasarrufta bulunabilmesi de mümkündür. Bu konu hakkında ayrıca bkz., NAR, s. 347.

⁹ BOTSCHAFT, s. 5821; EITEL, Erbrecht, s. 39; FANKHAUSER / JUNGO, s. 1; HORAT, s. 240; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 12; WOLF, s. 419. Bkz., <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=23465>, E.T. 3.11.2022.

¹⁰ BOTSCHAFT, s. 5821; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 12; WOLF, s. 419. Ayrıca bkz., <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=28316>, E.T. 3.11.2022.

¹¹ Bkz., https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2010/Kommissionsbericht_RK-S_10.3524_2011-03-31.pdf, E.T. 12.10.2022.

¹² Bkz., https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:00000000-7de3-c558-0000-000070d4619d/bericht_br_postulat_fehr.pdf, E.T. 3.11.2022.

¹³ Ön tasarı metni için bkz., <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf.download.pdf/vorentw-d.pdf>, E.T. 4.11.2022.

¹⁴ Bkz., <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf>, E.T. 4.11.2022.

¹⁵ Bkz., <https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-03-041.html>, E.T. 4.11.2022. Ayrıca bkz., BOTSCHAFT, s. 5825; EITEL, Erbrecht, s. 39; EITEL, politischer Teil, s. 186; FANKHAUSER / JUNGO, s. 2; LUTZ SCIAMANNA, s. 326; JAKOB, Dominique, “Draft revision of Swiss inheritance law: impact on estate planning via foundations and trusts”, *Trusts & Trustees*, Y. July 2017, C. 23, S. 6, s. 705-708; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 12; WOLF, s. 419; NAR, s. 335.

Ön tasarının görüşülme sürecinde ortaya atılan sorunların¹⁶ sayısı ve karmaşıklığı nedeniyle Federal Konsey 10.05.2017 tarihinde miras hukukunun aşama aşama yenilenmesine karar vermiştir¹⁷. Bunun üzerine, yenilik ve değişikliklerin ilk aşamasını konu alan tasarı¹⁸ ve İsviçre Medenî Kanunu'ndaki değişikliklere ilişkin gerekçe 29.08.2018 tarihinde yayımlanmıştır¹⁹. Nihai yenilik ve değişiklik tasarısı²⁰, 26.02.2020 tarihinde Federal Konsey tarafından kabul edilmiş ve onaylanmıştır. Söz konusu tasarıya ilişkin öneri ve eleştirilerin²¹ de dikkate alınması suretiyle bu Kanun²² 18.12.2020 tarihinde Federal Meclis tarafından kabul edilmiştir; referandum tarihi ise 10.04.2021 olarak kararlaştırılmıştır²³. Referandum süresi içerisinde Kanun'un referanduma sunulmamasının ardından Federal Konsey, 19.05.2021 tarihinde miras hukukuna ilişkin yenilik ve değişikliklerin ilk aşamasının 1.1.2023 tarihinde yürürlüğe girmesine karar vermiştir²⁴.

Bu çalışmada da miras hukuku alanındaki yenilik ve değişikliklerin 1.1.2023 tarihinde yürürlüğe giren ilk aşamasının İsviçre Medenî Kanunu'nda meydana getirmiş olduğu farklılıklar, Türk Hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmış ve söz konusu farklılıkların Türk Hukuku bakımından olası bir kanun değişikliğine kaynaklık edip etmeyeceği hususu genel hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır.

II. GERÇEKLEŞTİRİLEN YENİLİK VE DEĞİŞİKLİKLER

A. Genel Olarak

1.1.2023'te yürürlüğe giren 18.12.2020 tarihli Federal Kanun'un odak noktasını, mirasbırakanın tasarruf serbestisinin genişletilmesi oluşturmaktadır. Bu

¹⁶ Ön tasarının istişare sürecinde ortaya atılan sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., BOTSCHAFT, s. 5826; FANKHAUSER / JUNGO, s. 2.

¹⁷ BOTSCHAFT, s. 5826; EITEL, *Erbrecht*, s. 39; EITEL, *politischer Teil*, s. 186; FANKHAUSER / JUNGO, s. 2; HORAT, s. 245; LUTZ SCIAMANNA, s. 326; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 14; WOLF, s. 419; NAR, s. 335.

¹⁸ Tasarı metni için bkz., <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2132/de>, E.T. 5.11.2022.

¹⁹ BOTSCHAFT, s. 5813 vd.; EITEL, *Erbrecht*, s. 40; EITEL, *politischer Teil*, s. 186; FANKHAUSER / JUNGO, s. 2; HAIDMAYER, s. 1545; LUTZ SCIAMANNA, s. 327; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 14; WOLF, s. 419; NAR, s. 335.

²⁰ Tasarının içeriğinin özeti için bkz., BOTSCHAFT, s. 5814; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 14.

²¹ Bu konuda bkz., LUTZ SCIAMANNA, s. 327.

²² BBI 2020 9923.

²³ LUTZ SCIAMANNA, s. 327.

²⁴ EITEL, *politischer Teil*, s. 186; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 15-16; WOLF, s. 419-420. İsviçre miras hukukuna ilişkin yenilik ve değişiklik çalışmaları çerçevesinde yürütülen aşamalar ve bunlara ilişkin belgeler için ayrıca bkz., <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>, E.T. 5.11.2022.

amacı gerçekleştirilebilmek için, mirasbırakanın terekesi üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği kısma karşılık gelen saklı pay üzerinde mirasçı olabileceklerin sayısı ve bunların saklı pay oranları azaltılmıştır. Buna karşılık gerçekleşen yenilik ve değişiklik sonrasında, yasal mirasçı olabileceklerin çevresi ve yasal miras payları bakımından herhangi bir değişiklik söz konusu olmadığından²⁵, çalışmamızda bu hususlara ayrıca değinilmemiştir. Bununla beraber İsviçre kanun koyucusunun öğretilerde tartışmalı olan bazı hususlara ilişkin yaptığı değişiklikler üzerinde ayrıca durulmuştur.

²⁵ BOTSCHAFT, s. 5828-5829; BREITSCHMID, Peter, “Die Revision(en) des Erbrechts”, *Anwaltsrevue*, Y. 2021, S. 1, s. 22; HORAT, s. 240-241; LUTZ SCIAMANNA, s. 327; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 24; WOLF, s. 422-423; NAR, s. 336. Yasal mirasçı olabilecek kimseler, İsviçre Medeni Kanunu’nda gerçekleşen değişiklik öncesinde olduğu gibi *birinci zümre mirasçılar* (ZGB Art.457), *ikinci zümre mirasçılar* (ZGB Art.458), *üçüncü zümre mirasçılar* (ZGB Art.459), *sağ kalan eş veya kayıtlı hayat ortağı* (ZGB Art.462) ve sağ kalan eş ya da kayıtlı hayat ortağı ile birinci, ikinci ve üçüncü zümrelerde yasal mirasçının bulunmaması ve ayrıca mirasbırakan tarafından usulüne uygun olarak atanmış bir mirasçının olmaması durumunda *devletten* (ZGB Art.466) ibarettir. Bkz., BOTSCHAFT, s. 5828; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 24; WOLF, s. 422; NAR, s. 336. 18.06.2004 tarihinde kabul edilen ve 1.1.2007 tarihinde yürürlüğe giren “*Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare*” (Eşcinsel Çiftlerin Kayıtlı Hayat Ortaklıklarına İlişkin Federal Kanun) ile İsviçre’de kayıtlı hayat ortaklıkları yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Ayrıca kayıtlı hayat ortaklığı ilişkisi içerisindeki eşcinsel partnerlerden her birinin diğerinin yasal ve saklı paylı mirasçısı olduğu düzenlenmiştir (ZGB Art.462, 470 Abs.1). İsviçre’de kayıtlı hayat ortaklıklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., DURAL, Mustafa, “İsviçre’de Eşcinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Y. 2013, C. 8, s. 927-936. Benzer yönde bir düzenleme Alman Hukuku’nda da bulunmaktadır. Gerçekten Almanya’da *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften* (Eşcinsel Hayat Ortaklıklarında Ayrımcılığın Sona Erdirilmesine Dair Kanun: Hayat Ortaklıkları) isimli Kanun’a dayanılarak çıkarılan *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Kayıtlı Hayat Ortaklıklarına Dair Kanun)* ile eşcinsel kimselerin resmî anlamda birlikte yaşamaları, bu Kanun anlamında geçerli bir hayat ortaklığının varlığına bağlanmıştır. LpartG §10’da hayat ortaklığının miras hukukuna ilişkin hüküm ve sonuçları ele alınmış ve mirasın paylaşımı bakımından sağ kalan hayat ortağı, sağ kalan evli eş ile bir tutulmuş; başka bir anlam ile sağ kalan hayat ortağı ile sağ kalan evli eş arasında mirasın paylaşımı hususunda herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu konu hakkında bkz., DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 72-76; PÜRSELİM DOĞAN, Hatice Selin, “Almanya’da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya’da Bulunan Terekenin Paylaşılması”, *MHB*, Y. 2011, C. 31, S. 1, s. 245, 257. Türk Hukuku’nda, İsviçre ve Alman Hukuku’ndan farklı olarak, aynı cinsiyete sahip olan kimselerin bir arada yaşamalarına hukukî imkân sağlayacak kayıtlı hayat ortaklığına eş değer bir müessesе bulunmamaktadır. Bu nedenle aynı cinsiyete sahip olan kimselerin kanunda öngörülmeyen böyle bir ilişkiyi hukukten geçerli bir şekilde kurmaları mümkün değildir. Bkz., ÇAKIR, Aytuğ Ceyhan, *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 85; YASAN, Candan, “Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evliliği ve Evlilik Dışı Birliktelikler”, *GÜHFD, Atâ Sakmar’a Armağan*, Y. 2011, S. 1, s. 754; YASAN, Candan, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 71. Aynı cinsiyete sahip olan kişilerin evlenmesi Alman ve İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi Türk Hukuku’nda da mümkün değildir. Zira her ne kadar eşcinsellerin evlenmesi kanunda açıkça yasaklanmamış ise de TMK m.134 vd. hükümleri, evlenecek olan kimselerin aynı cinsiyete sahip olması esasına dayanmaktadır. Bu nedenle aynı cinsiyete sahip olan kimseler, evlenmeye yönelik iradelerini yetkili bir evlendirme memuru önünde açıklamış olsalar bile, bu evlilik yok hükmündedir. Böyle bir durumda aynı cinsiyete sahip taraflardan birinin sağ kalan diğer tarafa mirasçılık hakkı vermez. Bkz., DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 48, 49, 72.

B. Saklı Paylara İlişkin Değişiklikler: Ana-Babanın Saklı Paylarının Kaldırılması ve Altsoyun Saklı Payının Azaltılması (ZGB Art.470 Abs.1; Art.471)

Bazı mirasçılarının mirasbırakanın tasarruflarına karşı korunmasının gerekli olup olmadığı hususunda temel olarak iki yaklaşım tarzı bulunmaktadır²⁶. Mirasbırakanın iradesine üstünlük tanıyan ve günümüz Anglosakson Hukuk Sistemi'nde etkili olan birinci yaklaşım tarzına göre, mirasbırakan, terekesi üzerinde hem sağlığında hem de ölümünden sonra dilediği gibi tasarrufta bulunabilir²⁷. Bu yaklaşım tarzının kabul edilmesi hâlinde, mirasbırakan, en yakın mirasçısını dahi sağlararası bir işlemle yahut ölüme bağlı tasarruf ile tamamen ve herhangi bir sebep göstermesine gerek olmaksızın miras payından yoksun bırakabilir²⁸. Buna karşılık Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ni benimseyen ülkelerin çoğunda olduğu gibi İsviçre ve Türk Hukuku'nda da kabul edilen ikinci yaklaşım tarzına göre ise, kanunda tahdidi olarak öngörülmüş bazı yasal mirasçılarının miras paylarının bir bölümü, mirasbırakanın tasarruflarına karşı özel olarak korunur²⁹. Mirasbırakanın tasarruf serbestisine tâbi olmayan ve kural olarak saklı paylı mirasçılardan geri alınamayan kısmına ise saklı pay adı verilir³⁰. Saklı pay kurumuyla mirasbırakanın aile üyelerinin gerekli kaynaklara sahip olmaya devam etmesi, malvarlığının en azından bir kısmının nesiller boyunca aile içinde kalması, mirasçılara belirli bir ölçüde eşit muamele edilmesi ve aile ilişkilerinin korunması amaçlanır³¹.

Ne var ki, sosyo-ekonomik gelişmelerin ve demografik değişimin bir sonucu olarak, saklı payın özel olarak korunması karşısında ölüme bağlı tasarruf

²⁶ AYAN, Mehmet, "Saklı Pay Sahibi Mirasçılar ve Saklı Payları", *SÜHFD*, Y. 2002, C. 10, S. 1-2, s. 8; AYAN, Mehmet, *Miras Hukuku*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 199.

²⁷ AYAN, Miras, s. 199; AYAN, Saklı Pay, s. 8; ÇABRİ, s. 200; İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan, *Miras Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 328-329; KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Miras Hukuku*, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 196-197; YILMAZ, Süleyman, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 111.

²⁸ ÇABRİ, s. 200; DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 235; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 328-329; SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 180-181.

²⁹ ANTALYA, Osman Gökhan, *Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, Cilt III*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 319; AYAN, Miras, s. 200; AYAN, Saklı Pay, s. 8; ÇABRİ, s. 200; DURAL / ÖZ, s. 237; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 328-329; KILIÇOĞLU, s. 196; ÖZTAN, Bilge, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 74-75; SEROZAN / ENGİN, s. 181; YILMAZ, s. 111.

³⁰ AYAN, Saklı Pay, s. 8; AYAN, Miras, s. 199; ÇABRİ, s. 202; DURAL / ÖZ, s. 237; SEROZAN / ENGİN, s. 180.

³¹ BOTSCHAFT, s. 5829.

serbestisi giderek savunulmaya başlanmıştır³². Gerçekten ekonomik, sosyal alanda ve özellikle de aile yapısındaki değişimlerin bir sonucu olarak mirasbırakanın tasarruf serbestisinin genişletilmesi, günümüz miras hukukunun en önde gelen eğilimleri arasında yer alır³³. Benzer bir eğilim, Türk ve İsviçre miras hukukunda kardeşlerin saklı paylı mirasçı olmaktan çıkartılmasında da görülmüştür³⁴. Nitekim 18.12.2020 tarihli Federal Kanun'un gerekçesinde, İsviçre Hukuku'nda öngörülen saklı pay oranlarının nispeten diğer uluslararası hukuk sistemlerine³⁵ göre yüksek olduğu ve bunun da mirasbırakanın serbestçe tasarruf edilebileceği kısmı ciddi şekilde kısıtladığı ifade edilmiştir³⁶. Bu nedenle gerekçe, İsviçre miras hukukuna ilişkin yenilik ve değişikliklerin mirasbırakanın irade serbestisini ve dolayısıyla tasarruf serbestisini genişletmek amacına yönelik olduğu belirtilmiştir³⁷. Bu amaçla mirasbırakanın irade serbestisini güçlendirmeyi amaçlayan 18.12.2020 tarihli Federal Kanunla İsviçre Medenî Kanunu'nun saklı paya ilişkin hükümlerinde değişikliğe gidilmiştir³⁸.

³² SEROZAN, Rona, "Miras Hukukunun Gelişim Süreci" (Çev. M. S. Paksoy), **İÜHF**M, Y. 2015, C. 73, S. 1, s. 536.

³³ SEROZAN / ENGİN, s. 183.

³⁴ İsviçre Hukuku'nda 1988 yılında kardeşler saklı paylı mirasçı olmaktan çıkartılmıştır. Bkz., AS 1986, 122; STAEHELIN, Daniel, in: Thomas GEISER / Stephan WOLF (Hrsg.), **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchIT**, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, Art.471, N.7. Türk Hukuku'nda ise, 743 sayılı eski Medenî Kanun'da kardeşlerin saklı payı, yasal miras paylarının 1/4'ü olarak öngörülmüştü (eMK m.453/I, 3). Bu oran, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'yla 1/4'ten 1/8'e düşürülmüştü (TMK m.506/ 3). Bu değişiklik gerekçe "… kardeşler için miras payının dörtte bir(i) olarak öngörülen saklı payın sekizde bire indirilmesi uygun bulunmuştur. Yapılan bu değişiklik İsviçre Medenî Kanununun 471 inci maddesindeki ilk iki bent ile paralellik göstermektedir. İsviçre Medenî Kanununda kardeşler saklı paylı mirasçı olmaktan çıkartıldığı hâlde, Türk aile yapısı ve yakın aile bağları göz önünde tutularak kardeşlerin hiç olmazsa miras payının sekizde biri oranında saklı paylı olmaları kabul edilmiştir." şeklinde ifade edilmişti. Ancak öğretilerdeki eleştirilerin sonucu olarak, 10.05.2007 tarih ve 26518 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 5650 sayılı Kanun'la kardeşlerin saklı payı kaldırılmış ve kardeşler saklı paylı mirasçı olmaktan çıkartılmıştır. Bkz., AYAN, Miras, s. 206-207; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 330; NAR, s. 341; TÜZÜNER, Özlem, "Kardeşin Saklı Payının Kaldırılması Üzerine De Lege Lata Bilgiler ve De Lege Ferenda Düşünceler", **İBD**, Y. 2014, C. 79, S. 2, s. 124; YILMAZ, s. 112.

³⁵ Saklı pay hakkının diğer Avrupa ülkeleri ile karşılaştırılması hakkında detaylı bilgi için bkz., BOTSCHAFT, s. 5835 vd.

³⁶ BOTSCHAFT, s. 5829.

³⁷ BOTSCHAFT, s. 5814, 5830; WOLF, s. 423; NAR, s. 338.

³⁸ BOTSCHAFT, s. 5830. İsviçre miras hukukuna ilişkin değişiklik çalışmaları sırasında saklı payın tamamen kaldırılması fikri benimsenmemiştir. Genel adalet duygusu ile yakından ilişkili olan saklı pay kurumu, modern miras hukuku sistemlerinde kendisine yer bulmaktadır. Kıta Avrupası'ndaki hukuk sistemleri, kişisel veya ailevi ilişkiler temelinde zorunlu miras payını tanımaktadır. Saklı payların korunmadığı İngiltere ve ABD'de ise, altsoyun zorunlu miras payı anlamında korunmasının gerekli olduğu öğretilerde ifade edilmektedir. Bu konuda bkz., BOTSCHAFT, s. 5830.

Gerçekten İsviçre Medenî Kanunu'nda gerçekleşen değişiklik öncesi mevcut olan ZGB Art.470 Abs.1 hükmünde³⁹ altsoyun, ana-babanın, eşin ya da kayıtlı hayat ortağının⁴⁰ saklı paylı mirasçılarının kapsamına girdiği hüküm altına alınmıştır⁴¹. Hükmün yeni düzenlemesinde⁴² ise, altsoy, eş veya kayıtlı hayat ortağı saklı paylı mirasçı olarak kabul edilmiştir. Bu değişiklik ile ana-babanın saklı payı ortadan kaldırılarak saklı paylı mirasçılarının sayısı azaltılmış⁴³ ve bu sayede mirasbırakanın tasarruf serbestisinin genişletilmesi amaçlanmıştır⁴⁴.

Gereğede ana-babanın saklı payının ortadan kaldırılmasının sebebi olarak, ana-baba bakımından aile içinde dayanışma fikrine dayanan saklı payın artık çağdaş görülmemesi gösterilmiştir⁴⁵. Ayrıca gereğede, İsviçre Hukuku'nun ana-babanın saklı pay hakkının kaldırılması bakımından uluslararası eğilime ayak uydurduğu; zira İskandinav ülkelerinin yanı sıra Hollanda ve Fransa gibi birçok ülkede de ana-babanın saklı pay alma hakkının bulunmadığı belirtilmiştir⁴⁶.

İsviçre'de 1988 yılında kardeşin saklı payının kaldırılmasından sonra Türk kanun koyucusunun önce 4721 sayılı Medenî Kanun ile kardeşin saklı payını 1/8'e düşürmesi ve ardından 2007 yılında kardeşlerin saklı payını ta-

³⁹ Bu hükmün Türk miras hukukundaki karşılığı TMK m.505'te belirtilmiştir. Söz konusu hükümde saklı paylı mirasçılarının, mirasbırakanın altsoyu, ana-babası ve eşi olduğu düzenlenmiştir.

⁴⁰ İsviçre'de kayıtlı hayat ortağı 1.1.2007 tarihinden itibaren saklı paylı mirasçı olarak kabul edilmektedir. Bkz., AS 2005, 5685.

⁴¹ BOTSCHAFT, s. 5829; BÜRGI, Klaus, in: Jolanta KREN KOSTKIEWICZ / Stephan WOLF / Marc AMSTUTZ / Roland FANKHAUSER (Hrsg.), **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar**, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021, Art.470, N.1; GRÜNINGER, Harold, in: Andrea BÜCHLER / Dominique JAKOB (Hrsg.), **Kurzkomentar ZGB**, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, Art.470, N.1; HAIDMAYER, s. 1549; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.470, N.1; WILDISEN, Christoph, in: Peter BREITSCHMID / Alexandra JUNGO (Hrsg.), **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art.457-640 ZGB**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, Art.470, N.1.

⁴² ZGB Art.470 Abs.1: *Wer Nachkommen, den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner hinterlässt, kann bis zu deren Pflichtteil über sein Vermögen von Todes wegen verfügen.*

⁴³ BREITSCHMID, Revision, s. 22; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.470, N.8; FANKHAUSER / JUNGO, s. 2; HORAT, s. 241; LUTZ SCIAMANNA, s. 327; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.470, N.1a, Art.471, N.2a; NAR, s. 339.

⁴⁴ BREITSCHMID, Revision, s. 22; WOLF, s. 423. Ana-babanın saklı payının ortadan kaldırılması, mirasbırakanın altsoy bırakmaması durumunda önem taşır. Eğer birinci zümreden bir mirasçı var ise, ikinci zümre mirasçı olarak ana-babanın yasal miras hakkı bulunmaz. Öte yandan, mirasbırakanın altsoy bırakmadan ölmesi durumunda ana-baba yasal mirasçı olmaya devam ederse de (ZGB Art.458 Abs.1-2) onların saklı payları artık bulunmamaktadır. Bkz., BOTSCHAFT, s. 5831; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 25 vd.; WOLF, s. 423.

⁴⁵ BOTSCHAFT, s. 5831; HAIDMAYER, s. 1549.

⁴⁶ BOTSCHAFT, s. 5831-5832.

mamen kaldırması gerçeği karşısında, ana-babanın saklı payının kaldırılmasına ilişkin düzenlemenin de zaman içerisinde Türk miras hukukunu etkilemesi olasıdır. Fakat her ne kadar modern hukuk sistemleri ana-babanın saklı payını kaldırma eğiliminde olsa da Türk Hukuku bakımından aile dayanışması diğer ülkelere nazaran halen önem taşımaya devam etmektedir. Bu nedenle ana-babanın saklı payının tamamen kaldırılması yerine saklı pay oranının düşürülmesi, örneğin ana-babanın saklı payının yasal miras payının 1/4'ü yerine 1/8'i olacağına kararlaştırılması, Türk Hukuku bakımından daha isabetli görünmektedir⁴⁷. Böyle bir düzenlemeyle ana-babanın saklı pay oranının azaltılması, mirasbırakanın tasarruf serbestisinin genişletilmesine ilişkin genel eğilime uygun düşer hem de halen daha değer atfedilen aile kurumunun bir parçası olan ana-babanın aile dayanışması kapsamında korunması sağlanır. Ancak sosyal, ekonomik alandaki ve aile yapısındaki gelişmelerle mirasbırakanın tasarruf serbestisinin genişletilmesi yönündeki eğilimin giderek güçlendiği⁴⁸, bunun bir sonucu olarak öncelikle ana-babanın; ardından altsoyun saklı pay hakkının kaldırılacağı ve en nihayetinde saklı pay kurumuna bir gün son verileceği ifade edilmelidir⁴⁹.

Güncel yenilik ve değişiklik kapsamında gerçekleştirilen bir diğer husus, saklı paylı mirasçılarının saklı pay oranlarının eşitlenmesidir. Gerçekten değişiklik öncesi mevcut olan ZGB Art.471 hükmüne göre, altsoyun saklı payı yasal miras payının 3/4'ü; ana-babadan her birinin saklı payı yasal miras payının 1/2'si; sağ kalan eşin veya kayıtlı hayat ortağının saklı payı yasal miras payının 1/2'siydi⁵⁰. Hükmün yeni düzenlemesinde⁵¹ ise, saklı paylı mirasçılarının saklı pay oranlarının yasal miras paylarının 1/2'si olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu değişiklikte birlikte altsoyun saklı payı, yasal miras payının 3/4'ünden 1/2'sine düşürülmüştür⁵². Böylece, mirasbırakanın tasarruf nisabında bir artış söz konusu olur ve mirasbırakan ZGB Art.471 uyarınca malvarlığının yarısı üzerinde ser-

⁴⁷ Benzer yönde *Türk Hukuku öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre*, Türk toplumunda aileye verilen değerlerin geçmiş dönemlerdeki kadar olmasa da önemini koruması sebebiyle ana-babanın saklı payının sona erdirilmesine yönelik bir değişiklik Türk hukuku açısından isabetli olmayacaktır. Bkz., NAR, s. 341.

⁴⁸ SEROZAN, s. 546.

⁴⁹ TÜZÜNER, s. 130.

⁵⁰ BOTSCHAFT, s. 5829, 5831; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.471, N.2; GRÜNINGER, in: KUKO ZGB, Art.471, N.2-5; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.471, N.3-5; WILDISEN, in: CHK ZGB, Art.471, N.2, 4, 5.

⁵¹ ZGB Art.471: *Der Pflichtteil beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs.*

⁵² BREITSCHMID, Revision, s. 22; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.471, N.5; FANKHAUSER / JUNGO, s. 2; LUTZ SCIAMANNA, s. 327; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.471, N.2a; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 26; WOLF, s. 423; NAR, s. 340.

bestçe tasarrufta bulunabilir⁵³. Buna karşılık, eş veya kayıtlı hayat ortağının saklı payında ise herhangi bir değişiklik yapılmamıştır⁵⁴. Buna göre, eş veya kayıtlı hayat ortağının saklı payı tıpkı değişiklik öncesinde olduğu gibi (ZGB Art.471 Abs.1 Ziff.3) yasal miras payının yarısına tekabül etmektedir.

Gerekece, altsoyun saklı payının düşürülmesinin sebebi olarak, değişiklik öncesindeki yasa bakımından altsoyun saklı payının yasal miras payının 3/4'üne tekabül etmesinin somut duruma bağlı olarak terekenin önemli bir kısmının mirasbırakanın tasarruf serbestisinden çıkarılması sonucuna yol açması ve geçimi için mirasa bağımlı olabilecek sağ kalan eşin bundan olumsuz etkilenmesi gösterilmektedir⁵⁵. Değişikliğin bir diğer gerekçesini ise, İsviçre Hukuku'nda altsoyun saklı payının diğer uluslararası hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında yüksek olması oluşturmaktadır⁵⁶.

İsviçre Hukuku'nda altsoyun saklı payının yasal miras payının yarısına düşürülmesi, Türk Hukuku bakımından yenilik teşkil etmez. Zira 23.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun'la değiştirilen eMK m.453 hükmü gereğince altsoy için yasal miras payının 3/4'ü saklı payına karşılık gelirken; TMK m.506⁵⁷ hükmü-

⁵³ FANKHAUSER / JUNGO, s. 2; LUTZ SCIAMANNA, s. 328; WOLF, s. 424. Örneğin, mirasbırakanın ölümü hâlinde eşi ve iki çocuğu hayatta ise, İsviçre Hukuku'nda değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan hükümlere göre, her çocuk terekenin en az 3/16'sını (saklı pay) ve sağ kalan eş 1/4'ünü (saklı pay) alır. Değişiklik sonrası hükümlere göre ise, artık her çocuk terekenin en az 1/8'ini (saklı pay) alırken, eşin saklı payı aynı (1/4) kalmaktadır. Buna göre, somut olay bakımından mirasbırakan, değişiklik öncesindeki hükümlere göre terekesinin 3/8'i üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabiliyorken; değişiklik sonrasında yürürlüğe giren hükümlere göre terekesinin 1/2'si üzerinde tasarrufta bulunabilir. Bu bakımdan mirasbırakanın serbestçe tasarrufta bulunabileceği alan, miras hukukuna ilişkin gerçekleştirilen yenilik ve değişiklik çalışmaları kapsamında genişletilmiştir.

⁵⁴ BREITSCHMID, Revision, s. 22; LUTZ SCIAMANNA, s. 327-328; WOLF, s. 423; NAR, s. 339. 18.12.2020 tarihli Federal Kanun'a ilişkin ön tasarıda, sağ kalan eşin veya kayıtlı hayat ortağının saklı payı 1/2'den 1/4'e düşürülmüştü. Ancak sağ kalan eş veya kayıtlı hayat ortağının saklı payının düşürülmesine ilişkin ön tasarıda yer alan düzenleme öğretide eleştiriyile karşılanmıştır. Bu doğrultuda sağ kalan eş veya kayıtlı hayat ortağının saklı payının düşürülmesinin, bu kimselerin miras hukukuna ilişkin konularının iyileştirilmesi amacına ve mirasbırakanın ölümünden sonra sağ kalan eşin önceki yaşam standardını koruyabilmesi gerektiği şeklindeki evlilik sonrası dayanışma ilkesine aykırı olacağı belirtilmiştir. Bilhassa hayatta kalan fakat yaşı ileri olan bir kimsenin ekonomik açıdan mirasbırakandan daha güçsüz olduğu ve mirasa altsoydan daha fazla ihtiyaç duyduğu evliliklerde bu yönde bir düzenlemenin problemli bir durum teşkil edebileceği ifade edilmiştir. Bunun üzerine Federal Konsey, ön tasarıdaki görüşünü değiştirmiş ve kanun tasarısında bu konuya ilişkin düzenlemeye yer vermektan kaçınmıştır. Sonuç olarak bu kimselerin saklı payı, tıpkı altsoyun saklı payında olduğu gibi yasal miras paylarının yarısıdır. Bkz., BOTSCHAFT, s. 5830, 583; FANKHAUSER / JUNGO, s. 2, Fn. 13; HORAT, s. 241; LUTZ SCIAMANNA, s. 328, Fn. 29; NAR, s. 339. Ön tasarıda saklı paya ilişkin önerilen değişiklikler için ayrıca bkz., HORAT, s. 241.

⁵⁵ BOTSCHAFT, s. 5833.

⁵⁶ BOTSCHAFT, s. 5833.

⁵⁷ Türk Hukuku'nda saklı pay oranını düzenleyen TMK m.506 hükmü uyarınca, altsoyun saklı payı yasal miras payının 1/2'si; ana-babadan her birinin saklı payı yasal miras payının 1/4'ü; sağ kalan eşin saklı payı altsoy veya ana-baba zümresiyle birlikte mirasçı olması hâlinde yasal miras payının tamamı, diğer hâllerde yasal miras payının 3/4'üdür.

le birlikte altsoyun saklı payı yasal miras payının 1/2'sine indirilmiştir⁵⁸. Sonuç olarak ZGB Art.471 hükmünde yapılan değişiklik neticesinde altsoyun saklı payı hem İsviçre Hukuku'nda hem de Türk Hukuku'nda yasal miras payının yarısından ibarettir.

C. Boşanma Davası Devam Ederken Saklı Pay Hakkının Kaybedilmesi

1. ZGB Art.472 Hükmü

Sağ kalan eşin saklı payının korunması, evliliğin kurulmasında kendisini gösteren ve ilke olarak eşlerin ölümüne kadar sürecek yaşam ve kader birliği oluşturma isteklerine dayanır. Bu nedenle sağ kalan eşin mirasçılığında bahsedilebilmesi için, mirasbırakanın ölümü anında resmî bir evlilik ilişkisinin bulunması gerekir⁵⁹. Buna göre evlilik ilişkisinin ortadan kalkması hâlinde saklı pay hakkına ilişkin koruma da ortadan kalkmalıdır⁶⁰. Nitekim bu hususu göz önünde bulunduran İsviçre Medenî Kanunu'nun gerçekleşen yenilik ve değişiklik öncesindeki hükümleri uyarınca eşin ya da kayıtlı hayat ortağının saklı pay ve yasal miras hakkı, boşanmaya veya kayıtlı hayat ortaklığının sona ermesine ilişkin kararın kesinleşmesiyle birlikte sona erer (ZGB Art.120 Abs.2; 470 Abs.1)⁶¹. O hâlde değişiklik öncesindeki hükümlere göre eşin saklı paya ilişkin hakkı, boşanma davasının açılmasından sonra, ancak henüz boşanma davası kesinleşmeden önceki süreçte yani dava sürecinde devam eder. Oysa kural olarak eşin boşanma davası açması hâlinde eşler arasındaki yaşam ve kader birliği oluşturmaya yönelik iradenin de artık bulunmadığı kabul edilebilir⁶². Yapılan değişiklik, saklı paya ilişkin korumanın sadece boşanma davasının kesinleşmesi ile değil, bilakis saklı payın boşanma davası devam ederken belirli koşullar altında sona ermesine yöneliktir. Değişiklik öncesindeki yasal durum, taraflardan birinin diğer eşin ölümünü beklemek ve en azından saklı payı kadar miras alabilmek için davanın esasına ve tarafların tutumlarına bağlı olarak zaten çok

⁵⁸ Bu değişiklik gerekçede "Mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi yönündeki eğilimler göz önünde tutularak saklı pay oranları yeniden belirlenmiştir. Saklı paylı mirasçılarda değişiklik yapılmasına rağmen, bunların alacakları saklı pay oranlarında mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü lehine azaltma yoluna gidilmiştir. Bu anlamda olmak üzere yürürlükteki metinde altsoy için miras payının dörtte üçü olarak öngörülen saklı pay oranı, miras payının yarısına... indirilmesi uygun bulunmuştur" şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁹ AYAN, s. 85; ÇABRİ, s. 100; SEROZAN / ENGİN, s. 165; NAR, s. 348.

⁶⁰ BOTSCHAFT, s. 5837. Benzer yönde BREITSCHMID'e göre, eşler arasında sevginin azalması, yasal miras talebinin temelini aşındırır (bkz., Revision, s. 22).

⁶¹ BOTSCHAFT, s. 5837; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.472, N.1; LUTZ SCIAMANNA, s. 331; WOLF, s. 426; NAR, s. 348.

⁶² BOTSCHAFT, s. 5837.

uzun sürebilen boşanma davasının daha da uzamasına sebep olabilir. Gerekeçede bu değişiklikle, boşanma davalarına ilişkin işlemlerin bilerek geciktirilmesinin önüne geçilmek istendiği belirtilmektedir⁶³. Bu amaçla 18.12.2020 tarihli Federal Kanun'la boşanma davası devam ederken saklı payın belirli koşullar altında sona ermesini konu alan ZGB Art.472 hükmü düzenlenmiştir. Yeni ZGB Art.472 hükmü⁶⁴ şu şekildedir:

“III. Boşanma Davasında Saklı Pay Hakkının Kaybedilmesi

¹ *Mirasbırakanın ölümü esnasında boşanma davası devam ediyorsa, sağ kalan eş aşağıdaki durumlarda saklı pay hakkını kaybeder:*

1. dava ortak bir talep üzerine açılmış veya boşanma hükümlerine uygun olarak ortak bir talep üzerine devam ettirilmişse (eşlerden birinin açmış olduğu davada diğeri de boşanmayı kabul etmişse); veya

2. eşler en az iki yıl boyunca ayrı yaşamışsa.

² *Böyle bir durumda saklı paylar, mirasbırakan evli değilmiş gibi uygulanır.*

³ *1. ve 2. fıkra, uygun düştüğü ölçüde, kayıtlı hayat ortaklığının sona erdirilmesine ilişkin olarak açılan davalara da uygulanır.”*

Söz konusu düzenleme, güncel yenilik ve değişikliklerin mirasbırakanın tasarruf serbestisini artırmaya yönelik temel amacına hizmet etmektedir ve ayrıca mal rejiminin sona ermesi ile benzerlik kurmaktadır⁶⁵. Bu düzenlemeye göre,

⁶³ ALTHAUS, Stefanie / HUBER, Michael, in: Thomas GEISER / Christiana FOUNTOULAKIS (Hrsg), **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art.1-476 ZGB**, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2022, Art.120, N.2; BOTSCHAFT, s. 5837; LUTZ SCIAMANNA, s. 331-332; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 34 vd.; WOLF, s. 426. Aksi yöndeki BREITSCHMID'e göre, boşanma işlemleri bazen uzun sürebilir ve bu her durumda tarafların kötü niyetli olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle sağ kalan eşin saklı payının kaybına ilişkin düzenleme isabetli değildir (bkz., Revision, s. 22).

⁶⁴ ZGB Art.472: *“III. Verlust des Pflichtteilsanspruchs im Scheidungsverfahren*

¹ *Ist beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren hängig, so verliert der überlebende Ehegatte seinen Pflichtteilsanspruch, wenn:*

1. das Verfahren auf gemeinsames Begehren eingeleitet oder nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortgesetzt wurde; oder

2. die Ehegatten mindestens zwei Jahre getrennt gelebt haben.

² *In einem solchen Fall gelten die Pflichtteile, wie wenn der Erblasser nicht verheiratet wäre.*

³ *Die Absätze 1 und 2 gelten bei Verfahren zur Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft sinngemäss.”*

⁶⁵ Gerçekten ZGB Art.204 Abs.2 (TMK m.225/II) uyarınca mahkemece evliliğin boşanma sebebiyle sona erdirilmesi durumunda mal rejimi dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere sona erer. Başka bir anlamıyla mal rejiminin sona ermesi, boşanma davasının açıldığı tarihe kadar geri götürülür. Bkz., BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.472, N.1.

sağ kalan eşin⁶⁶ saklı payını kaybetmesi, boşanma davasının ortak bir talep üzerine açılmasına veya eşlerden birinin açmış olduğu boşanma davasını diğer eşin kabul etmesine ya da eşlerin en az iki yıl boyunca ayrı yaşamasına bağlıdır⁶⁷.

Boşanma davasının anlaşmalı olarak açılması, eşler arasındaki yaşam ve kader birliği oluşturmaya yönelik iradelerinin ortadan kalması şeklinde yorumlanmalıdır. Bununla beraber anlaşmalı boşanmalarda sağ kalan eşin saklı payının korunmasının ardında yatan saikin de artık mevcut olmadığı ifade edilmelidir⁶⁸. Bu nedenle eşlerin birlikte boşanma talebinde bulunmasından sonra eşlerden birinin ölmesi hâlinde, sağ kalan eşin saklı paya ilişkin hakkının boşanma davasına ilişkin dilekçenin verilmesiyle birlikte sona ermesi isabetli görünmektedir⁶⁹. Benzer yönde bir değerlendirme, eşlerden birinin açmış olduğu boşanma davasını diğer eşin kabul etmesi bakımından da yapılmalıdır. Son olarak, boşanma davasının çekişmeli olarak açılması ve mirasbırakanın ölümü itibarıyla eşlerin en az iki yıl ayrı yaşamış olmaları hâlinde sağ kalan eşin saklı paya ilişkin hakkını kaybetmesi⁷⁰ ihtimali bakımından, boşanma davasının açıldığı anın belirleyici olmadığını ifade etmek gerekir. Başka bir anlatımla, boşanma davasının açıldığı tarihte eşlerin en az iki yıl boyunca ayrı yaşaması şartının yerine getirilmiş olup olmadığı önemsizdir⁷¹. Burada belirleyici olan, eşlerin ölüm anında en az iki yıldır ayrı yaşayıp yaşamadıklarıdır⁷². Burada öngörülen iki yıllık ayrı yaşama süresi, ZGB Art.114⁷³ hükmüne dayanmaktadır⁷⁴. Görüldüğü üzere, yenilik ve değişiklik kapsamında İsviçre Medenî Kanunu'na eklenen

⁶⁶ ZGB Art.472 hükmünün birinci ve ikinci fıkrası, kayıtlı hayat ortaklığının sona erdirilmesine ilişkin olarak açılan davalara da uygun düştüğü ölçüde uygulanır (ZGB Art.472 Abs.3). Bkz., BÜCHLER, Andrea, in: Roland FANKHAUSER (Hrsg.) / Ingeborg SCHWENZER (Begr.), **FamKomm Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge**, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2022, Art.120, N.12; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.472, N.5; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.471, N.2a.

⁶⁷ BRIANZA, in: OFK ZGB, Art.120, N.5; BÜCHLER, in: FamKomm, Art.120, N.12; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.472, N.1; EITEL, Erbrecht, s. 67-68; FANKHAUSER / JUNGO, s. 4; HORAT, s. 243; LUTZ SCIAMANNA, s. 331; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.471, N.2a; WOLF, s. 426; NAR, s. 350.

⁶⁸ Ayrıca bkz., BÜCHLER, in: FamKomm, Art.120, N.12.

⁶⁹ BOTSCHAFT, s. 5881; LUTZ SCIAMANNA, s. 331.

⁷⁰ BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.472, N.1; FANKHAUSER / JUNGO, s. 4; LUTZ SCIAMANNA, s. 331.

⁷¹ BOTSCHAFT, s. 5881.

⁷² BÜCHLER, in: FamKomm, Art.120, N.13; FANKHAUSER / JUNGO, s. 4.

⁷³ İsviçre Medenî Kanunu'na göre boşanma; anlaşmalı veya çekişmeli olmak üzere iki şekilde gerçekleşir. Anlaşmalı boşanmada eşlerin birlikte boşanma talebinde bulunması üzerine hâkim tarafından boşanmaya karar verilir. Çekişmeli boşanma ise iki durumda söz konusu olur. Bunlardan birisi eşlerin ayrılık sebebiyle boşanmasına ilişkindir. Gerçekten ZGB Art.114 hükmünde eşlerin en az iki yıldır ayrı yaşamaları hâlinde eşlerden birinin boşanma talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Bkz., PETEK, Hasan, "Terke Dayalı Boşanmada Manevî Tazminat", **DEÜHFD**, Y. 2010, C. 12, S. 2, s. 44, dn. 1.

⁷⁴ BOTSCHAFT, s. 5881.

ZGB Art.472 hükmü ile sağ kalan eşin saklı payını kaybettiği an öne alınmıştır. Söz konusu şartları taşıyan bir boşanma davası devam ederken mirasbırakanın ölmesi durumunda, saklı paylar, boşanma davası sırasında ölen eş evli değılmiş gibi kabul edilerek hesaplanır (ZGB Art.472 Abs.2)⁷⁵.

2. ZGB Art.120 Abs.2, 3 Hükümü

18.12.2020 tarihli Federal Kanun'la değışikliğe uğrayan bir diğer düzenleme ZGB Art.120 Abs.2⁷⁶ hükmüdür. Hükümün değışiklikten önceki halinde, boşanma kararı kesinleşmişse eşlerin birbirlerine karşı yasal miras hakkının sona erdiği, dolayısıyla eşlerin birbirlerine karşı yasal miras hakkının bulunmadığı ve boşanmadan önce yapılan ölüme bağılı tasarruflara dayalı olarak hak talep edemeyecekleri düzenlenmişti (ZGB Art.120 Abs.2)⁷⁷. Bu husus İsviçre Medenî Kanunu'nun sağ kalan eşin yasal miras hakkını düzenleyen 462'nci maddesine dayanmaktadır.

Benzer yönde bir düzenleme TMK m.181/I'de bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca, boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce ölüme bağılı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları da aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kanun gereğı kaybederler⁷⁸. Bununla birlikte eski Medenî Kanun döneminde tartışmalı olan, boşanma davası devam ederken ölen eş diğerinin mirasçı olup olamayacağı ya da birbirleri lehine yapılan ölüme bağılı tasarrufların akibetinin ne olacağı meselesi hakkında TMK m.181 hükmünde 2011 yılında 6217 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesi ile (RG 31.03.2011) yapılan değışiklikle⁷⁹ getirilen ikinci fıkra uyarınca⁸⁰ "*Boşanma davası devam ederken,*

⁷⁵ BÜRGLI, in: OFK ZGB, Art.472, N.4; LUTZ SCIAMANNA, s. 331.

⁷⁶ ZGB Art.120 Abs.3 hükmünün değışiklikten önceki hâli: *Geschiedene Ehegatten haben zueinander kein gesetzliches Erbrecht und können aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens errichtet haben, keine Ansprüche erheben.*

⁷⁷ ALTHAUS / HUBER, in: BSK ZGB I, Art.120, N.2; BOTSCHAFT, s. 5839, 5881; BREITSCHMID, Peter, in: Peter BREITSCHMID / Alexandra JUNGO (Hrsg.), **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Patnerschaftsgesetz, Art.1-456 ZGB**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, Art.120, N.5; BRIANZA, Renata, in: OFK ZGB, Art.120, N.3; BÜCHLER, in: FamKomm, Art.120, N.5; EITEL, Erbrecht, s. 67; LUTZ SCIAMANNA, s. 331; VETTERLI, Rolf / CANTIENI, Linus, in: KUKO ZGB, Art.120, N.3; WOLF, s. 426-427; NAR, s. 348.

⁷⁸ ANTALYA, s. 132-133; ÇABRİ, s. 105-106; DURAL / ÖZ, s. 42; EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek, **Türk Miras Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 44; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 126; NAR, s. 350; ÖZTAN, s. 67; SEROZAN / ENGIN, s. 165; YILMAZ, s. 28.

⁷⁹ Hükümün değışiklikten önceki hâli şu şekildeydi: "*Boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır*". Söz konusu hükümde geçen davacı ve davalı ibarelerinin Anayasa Mahkemesi'nin 21.1.2010 tarih ve 102/14 sayılı kararı ile iptaline karar verilmiş ve kanun koyucuya yeni bir düzenleme yapabilmesi için altı aylık bir süre tanıdığı. İptal kararının gerekçesi ise ölen davacının mirasçılarında davaya devam hakkı tanınmasına karşılık; aynı hakkın ölen davalının mirasçılarında verilmemesi yani eşitlik ilkesine aykırılıktı. Bu konu hakkında bkz., DURAL / ÖZ, s. 44; SEROZAN / ENGIN, s. 165-166.

ölen eşin mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”. Şu hâlde, Türk Hukuku bakımından boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi hâlinde, Türk Hukuku’nda evlilik birliğinin ölümle sona ereceği kabul edildiğinden sağ kalan eşin yasal mirasçılığı devam eder⁸¹. Bununla birlikte, sağ kalan eş lehine yapılan ölümü bağlı tasarruflar da geçerliliğini korumaya devam eder⁸². Ancak boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam ederek diğer eşin kusurunu ispatlaması hâlinde, sağ kalan eş, ölen eşe yasal mirasçı olamayacağı gibi, kendi lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar da, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, geçersiz hâle gelir⁸³.

Türk Hukuku’ndan farklı olarak, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün diğer eşin mirasçılığına etkisinin ne olacağı meselesi İsviçre Hukuku’nda daha önce özel olarak düzenlenmemiştir⁸⁴. Oysa ZGB Art.109 Abs.1’de evlenmenin iptaline (butlanına) ilişkin davanın açılmasıyla birlikte sağ kalan eşin miras hukukundan doğan tüm haklarını kaybedeceği hüküm altına alınmıştır⁸⁵. İsviçre Hukuku’nda evlenmenin iptali (butlanı) bakımından mezkûr düzenlemenin getirilmesine karşılık, boşanma davasındaki aynı duruma ilişkin özel bir düzenlemenin öngörülmemesi, öğretide boşanma davası bakımından kanun koyucunun bilinçli olarak sustuğu yönünde yorumlanmaktadır⁸⁶. Şu hâlde, İsviçre Hukuku’nda gerçekleştirilen değişiklik öncesindeki hükümler uyarınca, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi, sağ kalan eşin

⁸⁰ DURAL / ÖZ, s. 44; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 127; ÖZTAN, s. 67; SEROZAN / ENGİN, s. 165.

⁸¹ ANTALYA, s. 133; ÇABRİ, s. 109; DURAL / ÖZ, s. 43; SEROZAN / ENGİN, s. 166.

⁸² ANTALYA, s. 132; ÇABRİ, s. 109; DURAL / ÖZ, s. 43; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 127; SEROZAN / ENGİN, s. 166; YILMAZ, s. 28.

⁸³ ANTALYA, s. 134; AYAN, Miras, s. 88; ÇABRİ, s. 109-110; DURAL / ÖZ, s. 43; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 45; NAR, s. 351; ÖZTAN, s. 67; SEROZAN / ENGİN, s. 166; YILMAZ, s. 28-29. 10. HD. 17.2.2021, E. 2020/4545 K. 2021/1739, “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Miras Haklarını düzenleyen 181’inci maddesi “Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler. Boşanma davası devam ederken, ölen davacının* mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve davalının* kusurunun ispatlanması halinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” (*Maddedeki “davacı” ve “davalı” ibareleri Anayasa Mahkemesinin 21.01.2010 - 2010/14 K. ile iptal edilmiştir) hükmünü içermekte olup, madde içeriğinden de anlaşılacağı üzere, boşanma davasının devamı sırasında ölen tarafın mirasçılarında birinin davaya devam ederek, karşı tarafın evlilikte boşanmaya neden olan olaylarda kusurunu ispatlaması halinde, ilk fıkra hükmü gereği boşanan eş gibi miras hakkını kaybedeceği belirtilmektedir.” www.lexpera.com.tr, E.T. 30.12.2022.

⁸⁴ DURAL / ÖZ, s. 44; NAR, s. 348; TOPUZ, Seçkin, “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesinin (TMK m.181 f.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa’nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi”, **İÜHFİM**, Y. 2012, C. 70, S. 2, s. 224.

⁸⁵ ÇAKIR, s. 101; DURAL / ÖZ, s. 44; NAR, s. 348-349.

⁸⁶ ÇAKIR, s. 101; DURAL / ÖZ, s. 44; NAR, s. 349.

miras hukukundan doğan bütün haklarını ileri sürebilmesine engel teşkil etmez⁸⁷. Başka bir ifadeyle sağ kalan eş, ölen eşine yasal mirasçı olmaya devam eder ve lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflardan doğan haklarını ileri sürebilir⁸⁸. İşte kanun koyucu, boşanma davası bakımından benzer yönde bir düzenleme getirebilmek amacıyla yenilik ve değişiklik çalışmaları kapsamında ZGB Art 120 Abs.2 hükmünde değişikliğe gitmiş ve bu hükmü iki ayrı fıkrada yeniden düzenlemiştir. Değişiklik sonrası ZGB Art.120 Abs.2 ve 3⁸⁹ hükmü şu şekildedir:

“²Boşanmış eşlerin birbirlerine karşı yasal miras hakkı bulunmamaktadır.

³ Aksî kararlaştırılmadıkça, eşler, aşağıdaki durumlarda ölüme bağlı tasarruflara ilişkin herhangi bir talepte bulunamazlar:

1. boşanmadan sonra;

2. sağ kalan eşin saklı pay hakkını kaybetmesine neden olan boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünden sonra.”

ZGB Art.120 Abs.2 hükmünün yeni hâlinde de boşanmış eşlerin birbirlerine karşı yasal miras hakkının bulunmamasına ilişkin yasal durum muhafaza edilmiştir⁹⁰. Buna göre değişiklik öncesinde olduğu gibi, İsviçre miras hukukunda gerçekleşen değişiklik sonrasında da evlilik devam ettiği sürece, yani boşanma kararı kesinleşinceye kadar, eşler karşılıklı olarak yasal miras hakkına sahiptir⁹¹.

Boşanmanın ölüme bağlı tasarruflardan doğan talepler açısından sonuçları ise artık özel olarak ZGB Art.120 Abs.3'te düzenlenmiştir⁹². Değişiklik sonrasında Kanun'a eklenen ZGB Art.120 Abs.3 Ziff.1 hükmü, boşanmış eşlerin boşanma davası açılmadan önce yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflardan

⁸⁷ ÇAKIR, s. 101; DURAL / ÖZ, s. 44; NAR, s. 349.

⁸⁸ DURAL / ÖZ, s. 44; NAR, s. 349.

⁸⁹ ZGB Art.120 Abs.2-3:

“²Geschiedene Ehegatten haben zueinander kein gesetzliches Erbrecht.

³ Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung können Ehegatten keine Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen erheben:

1. nach der Scheidung;

2. nach dem Tod eines Ehegatten während eines Scheidungsverfahrens, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt.”

⁹⁰ BRIANZA, in: OFK ZGB, Art.120, N.5; BÜCHLER, in: FamKomm, Art.120, N.13.

⁹¹ BOTSCHAFT, s. 5877; BRIANZA, in: OFK ZGB, Art.120, N.4-5.

⁹² BOTSCHAFT, s. 5877; BÜCHLER, in: FamKomm, Art.120, N.13.

herhangi bir hak talep edemeyeceklerine ilişkin değişiklik öncesi ZGB Art.120 Abs.2 hükmüne karşılık gelmektedir. Fakat eşlerin ölüme bağlı tasarruflarda aksini kararlaştırmaları mümkündür⁹³.

Söz konusu maddeye ilişkin asıl yenilik, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün sonuçlarını düzenleyen ZGB Art.120 Abs.3 Ziff.2 hükmüyle yapılmıştır. Fakat bu hükmün boşanma davası devam ederken saklı pay hakkının kaybedilmesini düzenleyen ZGB Art.472 ile birlikte ele alınması gerekir. Bu hükümler uyarınca saklı payın belirli koşullar altında sona ermesine yol açan bir boşanma davası devam ederken eşlerden biri ölürse ve ölüme bağlı tasarruflardan aksi anlaşılmazsa, ölüme bağlı tasarruflardan düşüğü için sağ kalan eş ölüme bağlı tasarruflara ilişkin herhangi bir talepte bulunamaz⁹⁴. Buna karşılık, ZGB Art.472 hükmünün uygulama alanına girmeyen bir boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi ya da ölüme bağlı tasarruflardan aksinin anlaşılması⁹⁵ hâlinde, sağ kalan eş lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar geçerli olmaya devam eder⁹⁶. Ayrıca ZGB Art.120 ve ZGB Art.472 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, sağ kalan eşin yasal miras hakkını koruduğu, ancak saklı pay hakkını kaybettiği anlaşılmaktadır⁹⁷. Bu sayede hem sağ kalan eşin ihtiyaçlarının sağlanması hem de dilerse mirasbırakanın malvarlığı üzerinde yapacağı ölüme bağlı tasarruflar ile saklı payı sona eren sağ kalan eşini mirasından mahrum bırakması mümkün olur⁹⁸.

İsviçre miras hukukundaki değişikliklerle birlikte, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün diğer eşin mirasçılığına etkisini düzenleyen TMK m.181/II ile ZGB Art.120 Abs.3 arasında bazı temel farklılıklar ortaya çıkmıştır⁹⁹. Türk Hukuku'nda TMK m.181/II hükmüne yönelik yenilik doğuran

⁹³ ALTHAUS / HUBER, in: BSK ZGB I, Art.120, N.2, 23b; BOTSCHAFT, s. 5878; BRIANZA, in: OFK ZGB, Art.120, N.5; BÜCHLER, in: FamKomm, Art.120, N.12, 13.

⁹⁴ ALTHAUS / HUBER, in: BSK ZGB I, Art.120, N.5, 18, 23b; BRIANZA, in: OFK ZGB, Art.120, N.5; BÜCHLER, in: FamKomm, Art.120, N.13; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.472, N.3; EITEL, Erbrecht, s. 67-68; FANKHAUSER / JUNGO, s. 5; LUTZ SCIAMANNA, s. 331; WOLF, s. 428; NAR, s. 350.

⁹⁵ BÜCHLER, in: FamKomm, Art.120, N.13; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.472, N.3; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 43; WOLF, s. 428.

⁹⁶ BOTSCHAFT, s. 5878; NAR, s. 350.

⁹⁷ BRIANZA, in: OFK ZGB, Art.120, N.5; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.472, N.2; FANKHAUSER / JUNGO, s. 4; LUTZ SCIAMANNA, s. 331; NAR, s. 351.

⁹⁸ BOTSCHAFT, s. 5839-5840; NAR, s. 352.

⁹⁹ İlk olarak, TMK m 181/II hükmünün uygulanabilmesi için derdest bir boşanma davasının olması gerekir. Bu boşanma davasını eşlerin birlikte açması yahut birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi önem arz etmez. Oysa ZGB Art.120 Abs.3 Ziff.2 hükmünün uygulanabilmesi için, boşanma davasının birlikte açılması veya eşlerden birinin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi yahut eşlerin ölüm anında en az iki

dava niteliğindeki boşanma davasının tespit davasına dönüşebilmesi, boşanma davası gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir davaya mirasçıların devam edebilmesi ve davaya devam eden mirasçılar arasındaki ilişki bakımından öğretilerdeki eleştiriler¹⁰⁰ dikkate alındığında, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün diğer eşin mirasçılığına etkisine ilişkin İsviçre miras hukukunda gerçekleştirilen değişiklikler, TMK m.181/II hükmünde yapılacak olası değişiklikler bakımından da dikkate alınmalıdır. Zira sağ kalan eşin mirasçılığı bakımından ölen eşin mirasçılarından birinin davaya devam edip etmemesi ve diğer eşin kusurunu ispatlayıp ispatlamaması belirleyici olmamalıdır. Burada yaşam ve kader birliği oluşturma iradesinin son bulmasına yönelik tarafların ortak iradesi dikkate alınmalıdır. Bu noktada boşanma davasını eşlerin birlikte açması yahut birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi ve eşlerden birinin ölmesi hâlinde sağ kalan eşin eş sıfatıyla mirasçılığının sona ereceğine ve eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarrufların, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, hükümden düşeceğine yönelik bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır¹⁰¹.

yıldır ayrı yaşamış olmaları gerekir. İkinci olarak, TMK m.181/II gereğince ölen eşin mirasçılarından birinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunu ispatlamış olması gerekir. Buna göre, Türk Hukuku bakımından boşanma davası devam ederken sağ kalan eş, ölen eşe mirasçı olur ve eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar geçerli olarak kalır. Ancak ölen eşin mirasçılarından biri boşanma davasına devam eder ve diğer eşin kusurunu ispatlarsa, sağ kalan eşin mirasçılığı geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda saklı payın şartları dâhilinde sona ermesine yol açan bir boşanma davası (ZGB Art.472) devam ederken eşlerden biri ölürse ve ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılmazsa, sağ kalan eş ölüme bağlı tasarruflara ilişkin herhangi bir talepte bulunamaz. Burada, ölen eşin mirasçılarından birinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunu ispatlaması şart olarak aranmaz. Son olarak, TMK m.181/II gereğince sağ kalan eşin eş sıfatıyla mirasçı sıfatı sona erer ve sağ kalan eşlerin hayatlarından birinin lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar aksi tasarruftan anlaşılmadıkça geçersizleşir. Oysa İsviçre Hukuku'nda sağ kalan eş yasal miras hakkını korumakta ancak saklı pay hakkını kaybetmektedir. Bu farklılıklar için bkz., NAR, s. 351.

¹⁰⁰ TMK m.181/II hükmüne ilişkin yapılan değerlendirmeler için bkz., AKSU, Mustafa, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin İkinci Fıkrası ile Alman Medeni Kanunu'nun 1933. Paragrafının Birinci Fıkrasının Bazı Açılardan Karşılaştırılması", **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, C. 3, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 69-94; AKSU, Mustafa, "Boşanma Davası Sırasında Ölen Davacı Eşe Davalı Eşin Mirasçılığının Engellenbilmesini Düzenleyen TMK m.181 II Hükmünü Kısmen İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararına Dair Düşünceler ve Bazı Eleştiriler", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 37-73; AKSU, Mustafa, "MK m.181 II Hükmünün Gizli Bir Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi" **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 251-273; BAYGIN, Cem, 21.01.2010 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı İçerisinde Boşanma Davasında Davalının Ölümünün Sağ Kalan Eşin Mirasçılığına Etkisi, **KHD**, Y. Ocak-Şubat 2011, S. 77-78, s. 30-48; BURCUOĞLU, Haluk, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası ile İlgili Bazı Gözlemler", **Prof. Dr. Ergon A. Çetینگil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 381-391; ÇABRİ, s. 117 vd.; DURAL / ÖZ, s. 43; KORKMAZ, Hülya Taş, "Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi", **DEÜHFD**, Y. 2014, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Özel Sayı, s. 1413-1482; SEROZAN / ENGIN, s. 166.

¹⁰¹ NAR, s. 352.

3. ZGB Art.217 Abs.2 ve 241 Abs.4 Hükümleri

ZGB Art.120 Abs.2-3 ve 472 hükümlerinde gerçekleştirilen değişikliklerle bağlantılı olarak ZGB Art.217 ve 241 hükümlerinde değişikliğe gidilmiş her iki hükme de birer fıkra eklenmiştir¹⁰². ZGB Art.217 hükmünde boşanma, ayrılık, mahkemece evliliğin iptali veya mal ayrılığına ilişkin mahkeme kararının verilmesi hâlinde artık değere katılmaya ilişkin yasal düzenlemeden farklı bir anlaşmanın ancak mal rejimi sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olması koşuluyla geçerli olacağı düzenlenmiştir¹⁰³. Değişiklik sonrasında Kanun'a eklenen ZGB Art.217 Abs.2'de¹⁰⁴ ise bu düzenlemenin sağ kalan eşin saklı pay üzerindeki hakkını kaybetmesine neden olan bir boşanma davası (ZGB Art.472) devam ederken mal rejiminin ölümle sona ermesi hâlinde de geçerli olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁵.

Miras hukuku alanında yapılan yenilik ve değişiklikler çerçevesinde değiştirilen bir diğer hüküm ZGB Art.241'dir. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre, mal ortaklığı rejimi eşlerden birinin ölümüyle veya diğer bir mal rejiminin kabulüyle sona ererse, her eşe ya da mirasçılara ortaklık mallarının yarısı verilir¹⁰⁶. Hükmün ikinci ve üçüncü fıkrasında ise mal rejimi sözleşmesi ile farklı yönde bir paylaşma kararlaştırılabileceği¹⁰⁷, ancak bu tür anlaşmaların altsoyun saklı paylarını olumsuz etkileyemeyeceği düzenlenmiştir¹⁰⁸. Değişiklik sonrasında hükme eklenen dördüncü fıkrayla¹⁰⁹ ise mal rejimi sözleşmesindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, ölüm hâlinde farklı yönde bir paylaşma ilişkin anlaşmaların ZGB Art.472 uyarınca sağ kalan eşin saklı pay üzerindeki hakkını kaybetmesine neden olan bir boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü sebebiyle mal rejiminin sona ermesi hâlinde uygulanamayacağı düzenlenmiştir¹¹⁰.

¹⁰² BOTSCHAFT, s. 5840; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 39; WOLF, s. 427.

¹⁰³ HAUSHEER, Heinz / AEBI-MÜLLER, Regina E., in: BSK ZGB I, Art.217, N.1; JUNGO, Alexandra, in: CHK ZGB, Art.216-217, N.2; NUSPLIGER, Isabelle, in: OFK ZGB, Art.217, N.1.

¹⁰⁴ ZGB Art 217/II: *"Dies gilt auch bei Auflösung des Güterstands durch Tod, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt."*

¹⁰⁵ BOTSCHAFT, s. 5879; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.217, N.1a; NUSPLIGER, in: OFK ZGB, Art.217, N.3; STECK / FANKHAUSER, in: FamKomm, Art.217, N.3a; WOLF, s. 427.

¹⁰⁶ GENNA, Gian Sandro, in: OFK ZGB, Art.241, N.2; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.241, N.1, 5; JUNGO, in: CHK ZGB, Art.241, N.2.

¹⁰⁷ GENNA, in: OFK ZGB, Art.241, N.3; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.241, N.1, 10; JUNGO, in: CHK ZGB, Art.241, N.4.

¹⁰⁸ GENNA, in: OFK ZGB, Art.241, N.3; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.241, N.1, 15; JUNGO, in: CHK ZGB, Art.241, N.6.

¹⁰⁹ ZGB Art.241 Abs.4: *"Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung im Ehevertrag gelten die Vereinbarungen über eine andere Teilung im Todesfall nicht, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt."*

¹¹⁰ BOTSCHAFT, s. 5880; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.241, N.16a; WOLF, s. 428.

D. Sağ Kalan Eş Lehine İntifa Hakkı (ZGB Art.473)

18.12.2020 tarihli Federal Kanunla değişikliğe uğrayan bir diğer düzenleme, sağ kalan eşe tereke üzerinde iradi intifa hakkı tanıyan ZGB Art.473 hükmüdür. İlk olarak hükmün yeni hâlinde¹¹¹, değişiklik öncesi düzenlemeden farklı olarak¹¹², sadece müşterek altsoya¹¹³ sahip eşe değil aynı zamanda müşterek altsoya sahip kayıtlı hayat ortağına da tereke üzerinde iradi intifa hakkı tanınabileceği düzenlenmiştir¹¹⁴. Bununla birlikte, yapılan değişiklikle sağ kalan eş lehine intifa hakkına ilişkin ZGB Art.473 hükmü, altsoyun saklı payını yasal miras payının 3/4'ünden 1/2'sine düşüren düzenlemeye uyarlanmıştır¹¹⁵. Gerçekten ZGB Art.473 hükmünün değişiklikten önceki hâli uyarınca, mirasbırakan, sağ kalan eşe müşterek altsoya düşen miras payının tamamı üzerinde intifa hakkı tanıyabilmekteydi. Bu durumda intifa hakkı, sağ kalan eşin yasal miras payının yerine geçmekteydi¹¹⁶. Böyle bir durumda müşterek altsoyun saklı paya ilişkin iddiaları dikkate alınmaktaydı¹¹⁷. Sağ kalan eşin miras payının yerini alan intifa hakkına ek olarak, sağ kalan eşe, tasarruf edilebilir kısma karşılık gelen terekenin 1/4'ü üzerinde

¹¹¹ ZGB Art.473: "IV. *Nutzniessung*

¹ *Unabhängig von einer allfälligen Verfügung über den verfügbaren Teil kann der Erblasser dem überlebenden Ehegatten, der überlebenden eingetragenen Partnerin oder dem überlebenden eingetragenen Partner durch Verfügung von Todes wegen gegenüber den gemeinsamen Nachkommen die Nutzniessung am ganzen ihnen zufallenden Teil der Erbschaft zuwenden.*

² *Diese Nutzniessung tritt an die Stelle des dem Ehegatten, der eingetragenen Partnerin oder dem eingetragenen Partner neben diesen Nachkommen zustehenden gesetzlichen Erbrechts. Neben dieser Nutzniessung beträgt der verfügbare Teil die Hälfte des Nachlasses.*

³ *Heiratet der überlebende Ehegatte wieder oder begründet er eine eingetragene Partnerschaft, so entfällt die Nutzniessung auf jenem Teil der Erbschaft, der im Zeitpunkt des Erbgangs nach den ordentlichen Bestimmungen über den Pflichtteil der Nachkommen nicht hätte mit der Nutzniessung belastet werden können. Diese Bestimmung gilt sinngemäss, wenn die überlebende eingetragene Partnerin oder der überlebende eingetragene Partner eine neue eingetragene Partnerschaft begründet oder heiratet."*

¹¹² Kayıtlı hayat ortaklığı ilişkisi içindeki sağ kalan eşçinsel partnerlere bu hükmün uygulanabilip uygulanamayacağı yönündeki belirsizliğin giderilmesi adına hükmün kapsamına müşterek altsoya sahip kayıtlı hayat ortağının da dâhil edildiği hususunda bkz., BOTSCHAFT, s. 5842; FANKHAUSER / JUNGO, s. 3; OFK ZGB, Art.473, N.15; LUTZ SCIAMANNA, s. 328; WOLF, s. 429.

¹¹³ Söz konusu hüküm uyarınca iradi intifa hakkından bahsedilebilmesi için mirasbırakanın buna ilişkin olarak bir ölüme bağlı tasarruf düzenlemesi, intifa hakkının sağ kalan eşe tanınması ve sağ kalan eşin mirasbırakanın müşterek altsoyu ile mirasçı olması gerekir. Bu konuda bkz., BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.473, N.1-2; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.473, N.4-5; WILDISEN, in: CHK ZGB, Art.473, N.1-3; ÇAKIR, s. 64.

¹¹⁴ BREITSCHMID, Revision, s. 24; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.473, N.15.

¹¹⁵ BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.473, N.13; FANKHAUSER / JUNGO, s. 3; LUTZ SCIAMANNA, s. 328; WOLF, s. 429-430.

¹¹⁶ BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.471, N.4; 473, N.2; LUTZ SCIAMANNA, s. 328; WILDISEN, in: CHK ZGB, Art.473, N.4.

¹¹⁷ BOTSCHAFT, s. 5843; SEROZAN / ENGİN, s. 170.

de mülkiyet hakkı bırakılabilmektedir¹¹⁸. Değişiklik sonrası ZGB Art.473 hükümüne göre ise, mirasbırakanın serbestçe tasarruf edebileceği kısım terekenin yarısına tekabül etmektedir. Buna göre artık mirasbırakan müşterek altsoya sahip sağ kalan eşine terekenin yarısı üzerinde intifa hakkı, diğer yarısı üzerinde ise mülkiyet hakkı bırakabilecektir¹¹⁹. Bu durumda müşterek altsoy, sağ kalan eş lehine intifa yüklü olan terekenin yarısı üzerinde çıplak mülkiyete sahip olur¹²⁰.

Sağ kalan eşe tereke üzerinde iradi intifa hakkı tanıyan¹²¹ ZGB Art.473 hükmünün karşılığı, Türk Medenî Kanunu'nda bulunmamaktadır. İsviçre Hukuku'nda sağ kalan eşin varlığı durumunda üçüncü zümreye miras hakkı verilmediği dikkate alındığında, sağ kalan eş lehine iradi intifa hakkı tanınmasına ilişkin bir ayrıcalığa Türk Medenî Kanunu'nda yer verilmesine gerek bulunmamaktadır. Hatta öğretilerde miras hukukuna ilişkin ihtilafların daha fazla karmaşık hale getirilmesi çekincesiyle ve söz konusu hükmün getirebileceği sorunlara¹²² dikkat çekilerek anılan yönde bir hükmün Türk Medenî Kanunu'nda bulunmamasının daha isabetli olduğu da ifade edilmektedir¹²³. Dolayısıyla sağ kalan eşe tereke üzerinde iradi intifa hakkı tanıyan İsviçre Medenî Kanunu'ndaki değişiklik dikkate alınarak Türk Medenî Kanunu'nda bir değişiklik yapılmaması daha yerinde olacaktır.

E. Artık Değere Katılma Oranına İlişkin Yapılan Anlaşma Sebebi ile Ortaya Çıkan Artışın Saklı Payların Hesaplanmasına Etkisi (ZGB Art.216 Abs.2, 3)

Türk - İsviçre miras hukuku sisteminde kabul edilen yaklaşım tarzına göre, mirasbırakan, saklı paylı mirasçılarının miras paylarının bir bölümünü ihlal

¹¹⁸ BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.471, N.4; 473, N.5; WILDISEN, in: CHK ZGB, Art.473, N.4; ÇAKIR, s. 63-64.

¹¹⁹ BOTSCHAFT, s. 5843; BREITSCHMID, Revision, s. 24; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.473, N.14; FANKHAUSER / JUNGO, s. 3; LUTZ SCIAMANNA, s. 328.

¹²⁰ BOTSCHAFT, s. 5882; WOLF, s. 430.

¹²¹ İsviçre Hukuku'nda sağ kalan eşe tereke üzerinde kanuni intifa hakkı tanıyan düzenleme 5.10.1984 tarihli ve 1.1.1988 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun ile kaldırılmıştır. Benzer şekilde, 23.11.1990 tarihinde yürürlüğe giren 3678 sayılı Kanun ile Türk Hukuku'nda da sağ kalan eşin kanuni intifa hakkı kaldırılmıştır. İsviçre Hukuku'nda her ne kadar sağ kalan eşin kanuni intifa hakkı kaldırılmış olsa da 5.10.2001 tarihli ve 1.3.2002 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun ile sağ kalan eşe iradi intifa hakkı tanınmıştır. Bu konuda bkz., ANTALYA, s. 129; CANARSLAN, Gökçe, "743 Sayılı Kanundan Günümüze Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı", *Ejovoc*, Y. 2015, C. 5, S. 6, s. 30-39; CANARSLAN, Gökçe, *İntifa Hakkının Sonuna Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 79-80; ÇAKIR, s. 64; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 42; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 147.

¹²² Söz konusu hükmün yürürlüğe girmesinden bu yana dördüncü kez değiştirilmesi bu görüşü destekler niteliktedir. Benzer yönde BREITSCHMID'e göre bu hüküm, 19. yüzyılın sonundan bu yana büyük ölçüde değişikliğe uğratılmıştır (bkz., Revision, s. 23). Ayrıca bkz., BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.473, N.13.

¹²³ ÇAKIR, s. 78-79.

etmemek kaydıyla, malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Eğer mirasbırakan malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunurken saklı paylı mirasçılarının özel olarak korunmuş miras paylarını ihlâl ederse, bu tasarruflar saklı payları ihlâl ettiği ölçüde tenkise tabi tutulur¹²⁴. Ne var ki mal rejimine ilişkin sözleşmeler, kural olarak, kanun koyucunun öngörmüş olduğu bu korumanın dışındadır¹²⁵. Bunun sonucu olarak, terekeyi önemli ölçüde etkileyebilecek mal rejimi sözleşmelerine karşı, yasal mirasçılarının miras hukukuna ilişkin ileri sürebileceği bir imkânı bulunmamaktadır¹²⁶. Ancak ZGB Art.216 Abs.2 (TMK m.237/II) hükmüyle bu ana kurala bir istisna getirilmiş, başka bir anlatımla miras hukukuna ilişkin hükümler mal rejimine ilişkin hükümlere nazaran üstün tutulmuştur¹²⁷.

Gerçekten de ZGB Art.216 Abs.1 (TMK m.237/I) hükmünde¹²⁸ sözleşme serbestisi çerçevesinde eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılmada farklı bir esası kabul edilebilecekleri öngörülmüştür¹²⁹. Buna göre eşler, mal

¹²⁴ AYAN, Saklı Pay, s. 8; ÇEKİN, Mesut Serdar, “Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi”, *İMÜHFD*, Y. 2017, C. 4, S. 2, s. 191.

¹²⁵ ÇEKİN, s. 191.

¹²⁶ ÇEKİN, s. 191.

¹²⁷ ÇEKİN, s. 193.

¹²⁸ Söz konusu hükmün emredici olmadığı yönünde bkz., JUNGO, in: CHK ZGB, Art.216-217, N.1; NUSPLIGER, in: OFK ZGB, Art.216, N.1; AYDOS, Oğuz Sadık, “Paylaşmalı Mal Ayrılığında Tasfiye”, “*Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, Y. 2019, C. I, S. 1, s. 496; KAŞAK, Fahri Erdem, “Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması veya Kaldırılması (TMK m.236/II)”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2020, C. 2, S. 1, s. 115.

¹²⁹ FANKHAUSER / JUNGO, s. 5; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.216, N.2, 10; JAKOB, Dominique, in: KUKO ZGB, Art.216-217, N.1, 5; JUNGO, in: CHK ZGB, Art.216-217, N.1; LUTZ SCIAMANNA, s. 332; NUSPLIGER, in: OFK ZGB, Art.216, N.1; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.470, N.22a; STECK, Daniel / FANKHAUSER, Roland, in: FammKomm, Art.216, N.1; ALTUNKAYA, Mehmet, “Katılma Alacağıın İfası”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, Y. 2019, C. 1, S. 1, s. 394; AYAN, Miras, s. 93; BAYGIN, Cem, “Değer Artış Payı Alacağı ile Katılma Alacağı Arasındaki İlişki”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, Y. 2019, C. I, S. 1, s. 114; BİRİNCİ UZUN, Tuba, “Artık Değere (TMK md.237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md.276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi”, *İMÜHFD*, Y. 2017, C. 9, S. 1, s. 108; DOĞAN, Murat / KÖROĞLU, Emre, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağıın Niteliği”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, Y. 2019, C. I, S. 1, s. 283, dn. 2; ERDEM, Mehmet / MAKARACI BAŞAK, Aslı, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 314; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 358; NAR, s. 353; ÖZTAN, s. 90; SARI, Suat, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 234; ŞİPKA, Şükran / KAPLAN, Hasan Ali, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoya Etkisi”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Ankara, 2004, s. 263-274; ŞİPKA, Şükran, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 277; TURAN BAŞARA, Gamze, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası”, *TAAD*, Y. 7, S. 27, Temmuz 2016, s. 372; YILDIRIM, Mustafa Fadıl, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ile Miras Hukuku Arasındaki İlişki”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, Y. 2019, C. I, S. 1, s. 244-245.

rejimi sözleşmesiyle sağ kalan eşin diğer eşe ait olan artık değerın 3/4'ü ya da tamamı üzerinde hak sahibi olacağını kararlaştırabilecekleri gibi, katılma alacağından tamamen de vazgeçebilirler. Böyle bir durumda artık değere katılma bakımından kanun gereği geçerli olan yarı yarıya paylaşım yerine¹³⁰, eşlerin kararlaştırmış olduğu oran dikkate alınır¹³¹. Fakat eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kanunun öngördüğü artık değere katılma oranından ayrılması, bazı hâllerde ölen eşin mirasçılarının aleyhine olabilir¹³². Özellikle ölen eşin terekesinin büyük bir bölümünün edinilmiş mallardan oluşması durumunda, artık değerın tamamının diğer eşe özgülenmesi, mirasçıların ölen eşin mirasından tamamen yoksun kalması sonucunu doğurabilir¹³³. Zira evliliğin ölüm sebebiyle sona ermesi ihtimalinde sağ kalan eş, şartları dâhilinde hem edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde katılma alacağı hem de mirastan pay alır¹³⁴. Bunu göz önünde bulunduran kanun koyucu, değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan ZGB Art.216 Abs.2¹³⁵ (TMK m.237/II)¹³⁶ hükmünde eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle yapacakları bu tür anlaşmaların, eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altoyalarının saklı paylarını zedeleyemeyeceğini düzenlemekteydi¹³⁷. Buna

¹³⁰ Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde eşlerden her biri ya da mirasçıları, kanun gereği diğer eşe ait *artık değerın yarısı* üzerinde hak sahibi olur (TMK m.236/I; ZGB Art.215 Abs.1). Artık değer ise, her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden, bu mallara ilişkin borçların çıkartılmasından sonra geriye kalan miktarı oluşturur (TMK m.231/I; ZGB Art.210 Abs.1).

¹³¹ ACAR, Faruk, **Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 118.

¹³² HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.216, N.2; JUNGO, in: CHK ZGB, Art.216-217, N.8; STECK / FANKHAUSER, in: FamKomm, Art.216, N.4; BİRİNCİ UZUN, s. 109; NAR, s. 353; SARI, s. 240; ŞENOCAK, Zarife, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi", **AÜHFD**, Y. 2009, C. 58, S. 2, s. 379; TURAN BAŞARA, s. 372.

¹³³ BİRİNCİ UZUN, s. 109; ŞENOCAK, s. 379.

¹³⁴ EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 49; ÜNAL, Akın, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış", **AHBÜHFD**, Y. 2019, C. 23, S. 4, s. 130. Sağ kalan eşin ölen eşten bir katılma alacağının olması hâlinde bunun terekeden öncelikli olarak ödenmesi gereken tereke borcu niteliğinde olduğu hususunda bkz., AYANOĞLU, Ahu, "Yasal Mal Rejiminin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesinde Yargıtay Uygulaması", Şükran ŞİPKA (Edt.) içinde: **Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 46.

¹³⁵ ZGB Art.216 Abs.2 hükmünün değişiklikten önceki hâli: *Solche Vereinbarungen dürfen die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen.*

¹³⁶ TMK m.237/II hükmünün Türk miras hukuku sistemi ile uyumlu olmadığı ve bu hükmün TMK m.669/II hükmüyle çeliştiği hususunda bkz., BİRİNCİ UZUN, s. 110, 126.

¹³⁷ İsviçre'de evlilik reformu çalışmaları kapsamında sunulan 1979 tarihli Kanun tasarısında mirasçılar arasında ayırım yapılmaksızın bütün yasal mirasçıların korunması öngörülmüştü. Bu değişikliğin gerekçesi olarak ise, eşlerin tasarruf serbestisi çerçevesinde hâlihazırda yeterince korunması ve asıl korunması gerekenlerin altoy ve ebeveynler olduğu ifade edilmişti. Ancak tasarı hükmüne getirilen eleştiriler sebebiyle, altoy ve ebeveynlerin menfaatlerini dikkate alan düzenleme yasama sürecinde değiştirilerek sadece müşterek olmayan altoy korunmuş ve bu hüküm yürürlükteki haliyle kabul edilmiştir. Bu konuda bkz., ÇEKİN, s. 195; ŞENOCAK, s. 380.

karşılık, ortak çocuklar ve bunların altsoyu ile ölen eşin ana-babası (ikinci zümrede yer alan saklı paylı mirasçılar), söz konusu korumanın dışında bırakılmıştır¹³⁸. Nitekim Türk - İsviçre Hukuku öğretisinde bu düzenlemenin gerekçesi olarak, ortak çocukların zaten her iki eşe de mirasçı olmaları ve bu bakımdan eşler arasındaki katılma alacağına ilişkin düzenlemelerin onların haklarını önemli ölçüde zedelemeyeceği gösterilmiştir¹³⁹.

Ayrıca Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarında, mal rejimi sözleşmesiyle sağ kalan eş lehine kanunda öngörülenden (yarı yarıya) daha fazla artık değere katılma oranı kararlaştırılan anlaşmalar sebebiyle ortaya çıkan artışın eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını olumsuz etkilemesi hâlinde, tenkisin nasıl gerçekleştirileceği düzenlenmemiştir¹⁴⁰. Bu nedenle ortaya çıkan bu artışın diğer saklı paylı mirasçıların saklı payı hesaplanırken dikkate alınıp alınmayacağı¹⁴¹ ve bu artışın sağlararası kazandırma olarak mı yoksa ölüme bağlı kazandırma olarak mı nitelendirileceği hususu Türk-İsviçre Hukuku öğretisinde¹⁴² ve uygulamasında¹⁴³ tartışmalıdır. Bu tartışma

¹³⁸ HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.216, N.36; JAKOB, in: KUKO ZGB, Art.216-217, N.9; JUNGO, in: CHK ZGB, Art.216-217, N.9-10; LUTZ SCIAMANNA, s. 333; NUSPLIGER, in: OFK ZGB, Art.216, N.4; STECK / FANKHAUSER, in: FamKomm, Art.216, N.16; ACAR, s. 126; ALTUNKAYA, Katılma Alacağı, s. 394; AYAN, Miras, s. 93; BAYGIN, Katılma Alacağı, s. 115; BİRİNCİ UZUN, s. 109, 122; ERDEM / MAKARACI BAŞAK, s. 315; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 358-359; NAR, s. 353; ÖZER DENİZ, Miray, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 97; ÖZTAN, s. 90; SARI, s. 241; ŞENOCAK, s. 396; ŞIPKA / KAPLAN, s. 271; ŞIPKA, s. 277-279; TURAN BAŞARA, s. 372; YILDIRIM, s. 245.

¹³⁹ SARI, s. 241. Benzer yönde başka gerekçeler için bkz., ŞENOCAK, s. 381.

¹⁴⁰ ÖZER DENİZ, s. 97, dn. 472; ŞENOCAK, s. 396.

¹⁴¹ *Bir görüşe göre*, mal rejimi anlamındaki paylaşım ile miras hukuku anlamındaki paylaşım birbirinden ayrı ayrı gerçekleştirilmelidir. Buna göre müşterek ve müşterek olmayan altsoyun saklı payları, farklı hesaplama ölçütleri temelinde tespit edilmelidir. Bu görüşe göre, kanunda öngörülenden (yarı yarıya) daha fazla artık değere katılma oranı kararlaştırılan anlaşmalar sebebiyle ortaya çıkan artış, müşterek olmayan altsoyun saklı payı hesaplanırken mirasbırakanın terekesine eklenmeli; buna karşılık müşterek altsoyun saklı payı bakımından bu kazandırma dikkate alınmamalıdır. Öte yandan *bir diğer görüşe göre* ise, söz konusu ortaya çıkan artış miras hukuku bakımından her zaman dikkate alınmalı ve tüm saklı paylı mirasçıların saklı payları aynı tereke temelinde hesaplanmalıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşler ve yapılan örnek hesaplamalar için bkz., bkz., LUTZ SCIAMANNA, s. 332-333; JAKOB, in: KUKO ZGB, Art.216-217, N.11; ŞENOCAK, s. 405-406; ZEYTİN, Zafer, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 339-341.

¹⁴² Söz konusu tartışma için bkz., BREITSCHMID, Peter, "Erbrecht: Stabilität und Reform ... und der Übergang von fortdauernder Reform zu Stabilität", **successio**, Y. 2020, S. 4, s. 403; FANKHAUSER / JUNGO, s. 5; JAKOB, in: KUKO ZGB, Art.216-217, N.11; JUNGO, Alexandra, "Die Qualifikation der vollen Vorschlagszuweisung durch das Bundesgericht und was der Vorentwurf zur Erbrechtsrevision daraus macht", **successio**, Y. 2016, S. 3, s. 276-279; JUNGO, in: CHK ZGB, Art.216-217, N.12; LUTZ SCIAMANNA, s. 332; NUSPLIGER, in: OFK ZGB, Art.216, N.5; RUMO-JUNGO, Alexandra, "Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen", **successio**, Y. 2007, S. 3, s. 161; STECK / FANKHAUSER, in: FamKomm, Art.216, N.15; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 56 vd.; WOLF, s. 430-431; ACAR, s. 129; BİRİNCİ UZUN,

bakımından kabul edilecek görüş, saklı payın hesaplanmasında ve tenkisin hangi sıra ile gerçekleştirileceği hususunda önemli bir etkiye sahiptir¹⁴⁴. Ayrıca ZGB Art.216 (TMK m.237) hükmünün miras hukukuyla ilişkisi ile ilgili olarak söz konusu hükümde sadece eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarının zedelemeyeceğinin düzenlenmiş olması, bu konunun öğretilerde miras hukuku bakımından güncelliğini koruyan dogmatik bir mesele olarak kabul edilmesi sonucuna yol açmıştır¹⁴⁵.

Öğretilerde var olan bu tartışmaları gidermek adına 18.12.2020 tarihli Federal Kanunla söz konusu hükümde değişikliğe gidilmiştir. ZGB Art.216 Abs.2 hükmünün yeni düzenlemesiyle¹⁴⁶ artık değere katılma oranına ilişkin anlaşma sebebiyle ortaya çıkan artışın, sağ kalan eşin veya kayıtlı hayat ortağının, müşterek çocuklarının ve onların altsoylarının saklı payları hesaplanırken terekeye eklenmeyeceği¹⁴⁷ açıkça düzenlenerek öğretilerdeki tartışmaların sona ermesi amaçlanmıştır¹⁴⁸.

Ayrıca değişiklik sonrası ZGB Art.216 Abs.3 hükmünde de¹⁴⁹, artık değere katılma oranına ilişkin anlaşmalarla eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarının ihlal edilemeyeceği düzenlenmiştir¹⁵⁰. Bu

s. 111 vd.; ÇEKİN, s. 194; NAR, s. 356; SARI, s. 240 vd.; ŞENOCAK, s. 396 vd.; ŞIPKA, s. 280-281; TURAN BAŞARA, s. 372; ZEYİN, s. 336.

¹⁴³ İsviçre Federal Mahkemesi, konu ile ilgili daha evvel vermiş olduğu kararlarında (BGE 82 II 477 vd.), artık değere katılma oranına ilişkin anlaşma sebebiyle ortaya çıkan artışı sağlararası işlem olarak kabul etmiş ve ölenin altsoyunun tenkis talebini reddetmişti. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, Nobel Kararı olarak da bilinen 1976 tarihli bir kararıyla (BGE 102 II 313 vd.) içtihat değişikliğine giderek söz konusu artışı yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama olarak değerlendirmiş ve bunun ZGB Art.522 vd. uyarınca tenkis edilebileceğine hükmetmiştir. Bu konu hakkında bkz., NUSPLIGER, in: OFK ZGB, Art.216, N.5; ÇEKİN, s. 194-195; ŞENOCAK, s. 396-398.

¹⁴⁴ FANKHAUSER / JUNGO, s. 5; JUNGO, s. 278; WOLF, s. 431.

¹⁴⁵ BREITSCHMID, Reform, s. 402 vd.; LUTZ SCIAMANNA, s. 332.

¹⁴⁶ ZGB Art.216 Abs.2: *Die über die Hälfte hinaus zugewiesene Beteiligung am Vorschlag wird bei der Berechnung der Pflichtteile des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners, der gemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht hinzugerechnet.*

¹⁴⁷ 18.12.2020 tarihli Federal Kanun'a ilişkin tasarıda ZGB Art.216 hükmüne iki yeni fıkranın eklenmesi öngörülmüştü. Gerçekten tasarıнын söz konusu maddeye ilişkin ikinci fıkrasında, mevcut yasal düzenlemeden farklı olarak, artık değere katılma oranına ilişkin anlaşmayla ortaya çıkan artışın saklı payın hesaplanmasında dikkate alınacağı düzenlenmişti. Ancak söz konusu hüküm yasalasırken, tasarı hükmünden farklı olarak, bu artışın terekeye eklenmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bkz., FANKHAUSER / JUNGO, s. 5; LUTZ SCIAMANNA, s. 333-334; NUSPLIGER, in: OFK ZGB, Art.216, N.7; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.470, N.22a; NAR, s. 353-354.

¹⁴⁸ BREITSCHMID, Revision, s. 23; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.216, N.38; LUTZ SCIAMANNA, s. 334; NUSPLIGER, in: OFK ZGB, Art.216, N.7; WOLF, s. 431.

¹⁴⁹ ZGB Art.216 Abs.3: *Eine solche Vereinbarung darf die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen.*

¹⁵⁰ HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.216, N.30; NUSPLIGER, in: OFK ZGB, Art.216, N.7; WOLF, s. 431.

bakımdan kanun tasarısından farklı olarak¹⁵¹, tıpkı miras hukukuna ilişkin gerçekleşen yenilik ve değişiklik öncesinde olduğu gibi, müşterek çocukların ve onların altsoylarının artık değere katılma oranına ilişkin anlaşma sebebiyle saklı paylarının zedelenemeyeceği esası devam ettirilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu artışın sağlararası kazandırma olarak mı yoksa ölüme bağlı kazandırma olarak mı nitelendirileceğine ve hangi sırada tenkis edileceğine ilişkin tartışma, bu artışın sağlararası kazandırma olarak kabul edilmesi ve sağlararası kazandırmalar arasında ilk sırada tenkis edileceğinin düzenlenmesiyle çözüme kavuşturulmuştur (ZGB Art.532 Abs.2 Ziff.1)¹⁵².

İsviçre öğretisindeki tartışmaları büyük ölçüde sona erdiren bu değişiklik, aynı içeriğe sahip ve benzer tartışmalara yol açan TMK m.237/II hükmü bakımından da benimsenmelidir. Söz konusu hükme ilişkin bir değişiklik yapılırken, İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak, müşterek çocuklar ve bunların altsoyunun da hükmün koruma alanı kapsamına alınması, mirasbırakanın birinci zümre yasal mirasçıları arasındaki eşitsizliği ortadan kaldırmaya yönelik önemli bir adım olacaktır. Nitekim TMK m.237/II hükmü ile benzer özellikler taşıyan TMK m.276/III¹⁵³ hükmü, birinci zümre yasal mirasçılar arasındaki eşitsizliğin sona

¹⁵¹ 18.12.2020 tarihli Federal Kanun'a ilişkin tasarıda müşterek olmayan çocuklar ve onların altsoyu ile müşterek çocuklar ve onların altsoyu arasında ayırım yapılmıştı. Tasarının söz konusu maddeye ilişkin üçüncü fıkrasında, tıpkı değişiklik öncesinde olduğu gibi, bu tür anlaşmaların eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını olumsuz etkilemeyeceği hüküm altına alınmıştı. Tasarının söz konusu maddeye ilişkin dördüncü fıkrasında ise, müşterek çocukların ve onların altsoylarının sağ kalan eşin yeniden evlenmesi veya kayıtlı hayat ortaklığı oluşturmaya hâlinde sağ kalan eş lehine ortaya çıkan artışın tenkisini talep edebilecekleri düzenlenmişti. Bu sayede kanun koyucu, müşterek olmayan çocuklar ve müşterek çocuklar arasındaki eşitsizliği gidermeyi ve müşterek çocukların ve onların altsoylarının saklı pay korumasını iyileştirmeyi amaçlamıştı. Tasarı ile söz konusu hükme ilişkin önerilen değişiklikler için bkz., FANKHAUSER / JUNGO, s. 6; LUTZ SCIAMANNA, s. 333-334; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.470, N.22a; NAR, s. 353-354. Ancak bahsedilen bu değişiklikler, öğretilerde eleştiri ile karşılanmıştır. Bilhassa müşterek çocukların ve onların altsoylarının saklı payının hesaplanabilmesi için genellikle piyasa değerleri itibarıyla kapsamlı bir mal rejimi hukuku ihtilafının giderilmesinin gerekli olmasının, terekenin tasfiyesini daha da karmaşık ve ihtilafa yatkın hale getireceği ileri sürülmüştür. Ayrıca sağ kalan eşin yeniden evlenmesi ya da kayıtlı hayat ortaklığı oluşturmaya hâlinde, eşlerin birlikte edindikleri edinilmiş malların müşterek çocuklara iadesine yönelik yasal yükümlülüğün ve dolayısıyla yeniden evlenmenin yasama organı tarafından deyim yerindeyse "cezalandırılmasının" İsviçre miras hukuku alanında gerçekleşen yenilik ve değişikliklerin amacı olan modern bir miras hukuku hedefine uygun olmadığı belirtilmiştir. Bu eleştirileri dikkate alan Ulusal Konsey ve Eyaletler Konseyi, müşterek olmayan çocuklar ve onların altsoyları hariç olmak üzere, saklı payların hesaplanmasında artık değere katılma oranına ilişkin anlaşma ile ortaya çıkan artışın dikkate alınmayacağını düzenlemişlerdir. Bu sayede sağ kalan eşin konumu, tasarıya nazaran güçlendirilmiştir. Bu konuda detaylı bilgi ve eleştiriler için bkz., LUTZ SCIAMANNA, s. 333-334.

¹⁵² HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.216, N.28, 33; NUSPLIGER, in: OFK ZGB, Art.216, N.7; STECK / FANKHAUSER, in: FammKomm, Art.216, N.15a; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 59, 61; WOLF, s. 431; NAR, s. 356.

¹⁵³ TMK m.237/II hükmüyle sadece müşterek olmayan altsoy için öngörülen koruma, mal ortaklığı rejimine ilişkin olan TMK m.276/III hükmüyle müşterek olsun veya olmasın tüm altsoy için benimsenmiştir.

erdirilmesini destekler niteliktedir. Ayrıca TMK m.237/II'nin gerekçesinden¹⁵⁴ de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu ölen eşin mirasçılarının zarar görmemesini amaçlamaktadır. Ne var ki ölen eşin müşterek altsoyunun mirasın tamamına kavuşabilmek için sağ kalan eşin ölümünü beklemek zorunda olması¹⁵⁵ ve sağ olmama, mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarılma veya sağ kalan eş tarafından sağlığında malvarlığının tüketilmesi gibi ihtimallerin gerçekleşmesinin bir sonucu olarak müşterek altsoyun bu menfaatten hiçbir zaman yararlanamama riski kanun koyucunun amacına uygun düşmez¹⁵⁶. Bu nedenle tarafların, mal rejimi sözleşmesi ile artık değere katılma oranına ilişkin kanunda öngörülenden farklı bir anlaşma yapmaları hâlinde, bu tür anlaşmaların eşlerin müşterek çocuklarının ve bunların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemeyeceğinin düzenlenmesi somut olay adaletine uygun düşer.

Bununla birlikte yeni bir düzenleme yapılırken, öğretideki tartışmaları dik-kate olarak söz konusu artışın sağlararası kazandırma olarak mı yoksa ölüme bağlı kazandırma olarak mı nitelendirileceği ve bunların hangi sırada tenkis edileceği kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmelidir. Ayrıca bir kimsenin birden fazla evlilik gerçekleştirmesi hâlinde, müşterek olmayan altsoy ve müşterek altsoy için farklı tereke hesabının yapılması mirasta hak sahipliğine ilişkin hukukî sorunları beraberinde getirebileceğinden¹⁵⁷, tüm saklı paylı mirasçıların saklı paylarının aynı tereke temelinde hesaplanmasına yönelik bir değişikliğin gerçekleştirilmesi isabetli olacaktır.

F. Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı (ZGB Art.494 Abs.3)

Mirasbırakan, miras sözleşmesiyle mirasını ya da belirli bir malını sözleşme yaptığı kişiye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girebilir (TMK m.527/1; ZGB Art.494 Abs.1). Ne var ki miras sözleşmesinin yapılmış olması, mirasbırakanın bu sözleşmeye konu teşkil eden şeyler üzerinde serbest-

¹⁵⁴ “Edinilmiş malların önemli bir bölümünü eşlerden birisinin malvarlığındaki artışın oluşturması ve mal rejimi sözleşmesiyle bunun tamamının sağ kalan eşe kalmasının öngörülmesi hâlinde, ölen eşin mirasçılarının bundan zarar görecekleri tabiidir. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrası bu tür anlaşmaların, eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını ihlâl edemeyeceğini öngörmektedir. Bu hükümlerle eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, ortak olmayan çocukların saklı paylarını ihlâl edecek çözümler getirmeleri önlenmek istenmiştir.”.

¹⁵⁵ ÇEKİN, s. 196.

¹⁵⁶ ACAR, s. 129; BİRİNCİ UZUN, s. 128. Benzer yönde *Nar*'a göre, kanunda öngörülen orandan ayrılarak lehine katılma alacağı sağlanan eşin yeniden evlenmesi durumunda, söz konusu artış müşterek çocukların menfaatinin olumsuz etkileyebilir. Bu bakımdan, müşterek çocukların ve onların altsoylarının tenkis talebine ilişkin bir düzenlemenin Türk Hukuku'nda gerçekleştirilmesi savunulabilir (bkz., a.g.m., s. 356-357).

¹⁵⁷ İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 358-359.

çe tasarrufta bulunma yetkisini ortadan kaldırmaz (ZGB Art.494 Abs.2)¹⁵⁸. Bu nedenle mirasbırakan, miras sözleşmesine rağmen sağlığında malvarlığı üzerinde sağlararası ya da ölüme bağlı olarak serbestçe tasarrufta bulunabilir¹⁵⁹. Başka bir ifadeyle mirasbırakan, ilke olarak gelecekteki terekesinin bir unsurunu oluşturacak şey üzerinde tasarrufta bulunabilir yahut bunları tüketebilir. Miras sözleşmesinin lehtarının ise, mirasbırakan sağ olduğu sürece bu işlemlere karşı çıkabilmesi mümkün değildir¹⁶⁰. Ancak bu durum, yani mirasbırakanın miras sözleşmesine rağmen sözleşmeye konu teşkil eden malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf serbestisine sahip olması, sözleşmenin diğer tarafının hukukî durumunu olumsuz etkileyebilir. Bu nedenle hukuk sistemi, mirasbırakanın yapmış olduğu bazı hukukî işlemlere karşı, miras sözleşmesinin lehtarına mirasbırakanın ölümünden sonra ileri sürebileceği iptal davası açma hakkı tanyarak taraflar arasında adil bir denge oluşturmayı amaçlamıştır. Nitekim İsviçre Medenî Kanunu'nda gerçekleşen yenilik ve değişiklik öncesi mevcut olan ZGB Art.494 Abs.3 hükmünde (TMK m.527/II), mirasbırakanın miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarının (*Verfügungen von Todes wegen*) veya bağışlamalarının (*Schenkungen*) iptal edilebileceği düzenlenmiştir¹⁶¹.

¹⁵⁸ GRÜNINGER, Harold, in: KUKO ZGB, Art.494, N.10; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie, in: CHK ZGB, Art.494, N.10; LUTZ SCIAMANNA, s. 334; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 68; ANTALYA, s. 87, 210; AYAN, Miras, s. 166; AYAN, Serkan, "Olumlu Miras Sözleşmelerinin İçeriğine Aykırı Hukukî İşlemlere İtiraza Yönelik Medenî Kanun'un 527/II Hükmünün Anlamı", **THD**, Y. 6, S. 58, Haziran 2011, s. 14-33, s. 14; ÇABRİ, s. 488; DURAL / ÖZ, s. 127; DURAL, Mustafa, **Miras Sözleşmeleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 143; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 285; NAR, s. 357; SEROZAN / ENGİN, s. 331; YAKUPOĞLU, S. Derya, "Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı", **TBBD**, Y. 31, S. 136, Mayıs-Haziran 2018, s. 225-263, s. 227.

¹⁵⁹ HRUBESCH-MILLAUER, in: CHK ZGB, Art.494, N.10; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 68; AYAN, Miras, s. 166; ÇABRİ, s. 488; DURAL, Miras Sözleşmeleri, s. 143; NAR, s. 357; ÖZTAN, s. 248.

¹⁶⁰ GRÜNINGER, in: KUKO ZGB, Art.494, N.10; HRUBESCH-MILLAUER, in: CHK ZGB, Art.494, N.10; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 68; ÇABRİ, s. 488; DURAL, Miras Sözleşmeleri, s. 142-143; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 285; SEROZAN / ENGİN, s. 331.

¹⁶¹ GRÜNINGER, in: KUKO ZGB, Art.494, N.12; HRUBESCH-MILLAUER, in: CHK ZGB, Art.494, N.11; STUDHALTER, Philipp, in: OFK ZGB, Art.494, N.10; ANTALYA, s. 88, 210; ÇABRİ, s. 489-490; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 189; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 285; NAR, s. 357; ÖZTAN, s. 249. Mevaz ZGB Art.494 Abs.3 hükmünün karşılığı, TMK m.527/II'de "... ancak, miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilir." şeklinde ifade edilmiştir. TMK m.527/II'de "itiraz" imkânından söz edilmiştir. Bu hükme karşılık gelen ZGB Art.494 Abs.3 hükmünde ise, Türkçe'ye "iptal" şeklinde çevrilebilecek olan "Anfechtung" terimi kullanılmıştır. TMK m.527/II'de bahsi geçen itiraz imkânı, ZGB Art.494 Abs.3 hükmünde de olduğu gibi iptal şeklinde anlaşılmalıdır. Buna göre miras sözleşmesinin lehtarı, mirasbırakanın ölümünden sonra açılabilen bir dava ile iptal hakkını kullanabilir. Kanunda düzenlenmeyen bu davaya *tenkis davasına* (*Herabsetzungsklage*) ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır. Nitekim hem TMK m.527'nin madde gerekçesinde hem de İsviçre Medenî Kanunu'ndaki değişikliklere ilişkin gerekçede tenkis davasına karşılık gelen bir dava yolu ile bu hakkın kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Bu konu hakkında bkz., BOTSCHAFT, s. 5860; HRUBESCH-MILLAUER, in: CHK ZGB, Art.494, N.11; STUDHALTER, in: OFK ZGB,

Söz konusu hükmün yorumlanmasına ilişkin öğretilerde ve uygulamada var olan görüş ayrılıklarını gidermek adına 18.12.2020 tarihli Federal Kanunla ZGB Art.494 Abs.3 hükmü¹⁶² değişikliğe uğramıştır. ZGB Art.494 Abs.3¹⁶³ hükmünün değişiklikten sonraki hâli şu şekildedir:

“Ancak ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası kazandırmalar, âdet üzerine verilen hediyeler hariç olmak üzere, aşağıdaki durumların varlığı hâlinde iptale tâbidir:

1. *başta miras sözleşmesinden doğan menfaatlerin azaltılması olmak üzere miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmıyorsa; ve*
2. *miras sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa.”*

ZGB Art.494 Abs.3 hükmünde yapılan değişikliklerden ilki, “*Schenkungen*” (bağışlamalar) terimi yerine “*Zuwendungen unter Lebenden*” (sağlararası kazandırmalar) kavramının tercih edilmiş olmasıdır¹⁶⁴. Her ne kadar hükümde sağlararası kazandırmalardan bahsedilse de mirasbırakanın ivaz karşılığında gerçekleştirmiş olduğu sağlararası kazandırmalar hükmün kapsamına girmektedir¹⁶⁵. Nitekim değişiklik yapılan maddenin gerekçesinde bu sağlararası kazandırmanın karşılıksız¹⁶⁶ olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁷. Benzer yönde TMK m.527/II’de “bağışlama”dan bahsedilmesine rağmen, Türk Hukuku öğretisinde haklı olarak bağışlamanın sağlararası karşılıksız kazandırma olarak anlaşılması

Art.494, N.10; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 69; WOLF, s. 432-433; ANTALYA, s. 210; AYAN, Miras, s. 166-167; ÇABRİ, s. 496; DURAL / ÖZ, s. 131; DURAL, Miras Sözleşmeleri, s. 146, 166; İNAN / ER-TAŞ / ALBAŞ, s. 287; NAR, s. 357, dn. 84; ÖZTAN, s. 250; SEROZAN / ENGİN, s. 331; YAKUPOĞ-LU, s. 227.

¹⁶² ZGB Art.494 Abs.3 hükmünün değişiklikten önceki hâli: “*Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen, die mit seinen Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, unterliegen jedoch der Anfechtung.*”

¹⁶³ ZGB Art.494 Abs.3:

“Verfügungen von Todes wegen und Zuwendungen unter Lebenden, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke, unterliegen jedoch der Anfechtung, soweit sie:

1. *mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, namentlich wenn sie die erbvertraglichen Begünstigungen schmälern; und*
2. *im Erbvertrag nicht vorbehalten worden sind.”*

¹⁶⁴ BREITSCHMID, Peter / BORNHAUSER, Philip R., in: BSK ZGB II, Art.494, N.11a; FANKHAUSER / JUNGO, s. 7; STUDHALTER, in: OFK ZGB, Art.494, N.16; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 72; NAR, s. 358.

¹⁶⁵ WOLF / DORJEE-GOOD, s. 73.

¹⁶⁶ Kısmen ivazlı sağlararası kazandırmaların ZGB Art.494 Abs.3 hükmünün uygulama alanına girip girmediği hususunun açıkta bırakıldığı hususunda bkz., WOLF / DORJEE-GOOD, s. 73.

¹⁶⁷ BOTSCHAFT, s. 5884; NAR, s. 358.

gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁸. Bu açıdan söz konusu değişiklik Türk Hukuku bakımından bir yenilik getirmemektedir.

Ayrıca değişiklik kapsamında *âdet üzerine verilen hediyeler*¹⁶⁹ hükmün uygulama alanı kapsamı dışında bırakılmıştır¹⁷⁰. Buna göre mirasbırakan, miras sözleşmesi yapmış olmasına rağmen âdet üzerine hediye verme bakımından özgürdür. Bu hediyelerin miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşır bağdaşmadığı ise önemli değildir.

Bununla beraber söz konusu hükme ilişkin değişiklik ile öğretilerde tartışmalı olan bir husus da açıklığa kavuşturulmuştur. Gerçekten İsviçre Federal Mahkemesi'nin hâlihazırdaki içtihadına göre¹⁷¹, mirasbırakanın sağlığında malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilme özgürlüğü, açık ya da zımnî olarak aksinin kararlaştırılması veya mirasbırakanın miras sözleşmesinin lehtarını zarara sokmak kastıyla bir başkasına bağışlamada bulunduğuunun ispatlanabilmesi hâlinde geçerli değildir¹⁷². Buna göre bağışlama, açıkça ya da zımnî aksini öngörülmedikçe, kural olarak miras sözleşmesi ile bağdaşır¹⁷³. Buna karşılık böyle bir anlaşmanın yokluğu hâlinde, bağışlamanın iptal edilebilmesi ancak mirasbırakanın hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek şekilde miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek veya miras sözleşmesinin diğer tarafına zarar vermek amacıyla hareket etmesi hâlinde söz konusu olur¹⁷⁴. İsviçre Federal

¹⁶⁸ AYAN, Olumlu Miras Sözleşmesi, s. 21; ÇABRİ, s. 493; DURAL / ÖZ, s. 127; SEROZAN / ENGİN, s. 333.

¹⁶⁹ ZGB Art.494 Abs.3 hükmünün değişiklik sonrası yeni düzenlemesinde, hangi sağlararası kazandırmaların hükmün uygulama alanı dışında kalacağı, yani âdet üzerine verilen hediyelerin kapsamına nelerin gireceği ve miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmama ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle bunlara ilişkin öğretilerde ve yargı uygulamasında kabul edilen esasların geçerliliğini koruduğu ifade edilmektedir. Ancak mirasbırakan ve sözleşmenin diğer tarafının ileride bir ihtilaf yaşamamaları adına miras sözleşmesinde âdet üzerine verilen hediyelerin kapsamına nelerin gireceğini düzenlemelerinin onların yararına olduğu belirtilmelidir. Bu konuda ayrıca bkz., BREITSCHMID, Revision, s. 24; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 71.

¹⁷⁰ BREITSCHMID / BORNHAUSER, in: BSK ZGB II, Art.494, N.11a; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 71; NAR, s. 358. Değişiklik öncesindeki mevcut yasal durum bakımından da âdet üzerine verilen hediyelerin hükmün uygulama alanı kapsamı dışında tutulması gerektiği hususunda bkz., GRÜNİNGER, in: KUKO ZGB, Art.494, N.14; STUDHALTER, in: OFK ZGB, Art.494, N.13.

¹⁷¹ BGE 140 III 193, E. 2.1. Benzer yönde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 70 II 255 sayılı kararında, miras sözleşmesiyle açıkça kararlaştırılmadıkça ve hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek durumlar dışında, sonraki tarihli karşılıksız kazandırmalara itiraz edilemeyeceği belirtilmiştir. Bkz., STUDHALTER, in: OFK ZGB, Art.494, N.13; AYAN, Olumlu Miras Sözleşmesi, s. 22; SEROZAN / ENGİN, s. 333, dn. 67; YAKUPOĞLU, s. 244.

¹⁷² GRÜNİNGER, in: KUKO ZGB, Art.494, N.13; HRUBESCH-MILLAUER, in: CHK ZGB, Art.494, N.12a; LUTZ SCIAMANNA, s. 334; STUDHALTER, in: OFK ZGB, Art.494, N.13; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 69-70; NAR, s. 359; YAKUPOĞLU, s. 244-245.

¹⁷³ BOTSCHAFT, s. 5884; STUDHALTER, in: OFK ZGB, Art.494, N.13; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 70.

¹⁷⁴ BOTSCHAFT, s. 5884; WOLF, s. 433.

Mahkemesi'nin ZGB Art.494 Abs.3 hükmüne ilişkin katı içtihadı öğretide eleştirilmiştir¹⁷⁵. İşte öğretilerde tartışılabilir sebeplerden biri ve ağırlıklı olarak benimsenmeyen Federal Mahkeme içtihadı, ZGB Art.494 Abs.3 hükmünün yeni düzenlemesi ile geçerliliğini kaybedecektir¹⁷⁶. Zira söz konusu hükmün yeni düzenlemesi uyarınca artık miras sözleşmesinin lehtarını, miras sözleşmesinde sağlararası kazandırmaların saklı tutulmaması¹⁷⁷ hâlinde âdet üzerine verilen hediyelerin ötesine geçen sağlararası kazandırmaları iptal edebilir. Bu değişiklikte birlikte *kural olarak bağışlama özgürlüğünün yerini kural olarak bağışlama yasağı almıştır*¹⁷⁸. Öyle ki, yeni düzenleme uyarınca mirasbırakan sağlığında malvarlığı üzerinde ivazsız olarak tasarrufta bulunmak istiyorsa, miras sözleşmesinde bunun aksinin kararlaştırılmış olması gerekir¹⁷⁹.

Anılan hükmün yorumlanmasına ilişkin İsviçre Hukuku öğretisinde ve uygulamasında var olan görüş ayrılıklarını ortadan kaldırmayı amaçlayan bu değişikliğin, benzer tartışmaların bulunduğu Türk Hukuku'na da tesir etmesi ve taraflarca aksinin kararlaştırılmaması hâlinde âdet üzerine verilen hediyelerin ötesine geçen sağlararası kazandırmaların, özel olarak zarar verme kastı aranmaksızın, miras sözleşmesinin lehtarını tarafından iptal edilebilmesine yönelik görüşlerin öğretilerde ağırlık kazanacağı öngörülebilir¹⁸⁰. Ancak böyle bir düzenleme her ne kadar miras sözleşmesinin lehtarını mirasbırakanın sonradan ger-

¹⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına ilişkin öğretilerde ileri sürülen görüşler için bkz., LUTZ SCIAMANNA, s. 334-335; AYAN, Olumlu Miras Sözleşmesi, s. 22-23; DURAL / ÖZ, s. 13; YAKUPOĞLU, s. 246 vd.

¹⁷⁶ BOTSCHAFT, s. 5884; BREITSCHMID / BORNHAUSER, in: BSK ZGB II, Art.494, N.11a; BREITSCHMID, Revision, s. 24; EITEL, Erbrecht, s. 64; FANKHAUSER / JUNGO, s. 7; LUTZ SCIAMANNA, s. 335; STUDHALTER, in: OFK ZGB, Art.494, N.16; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 70. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihat değişikliğine gitmeden önce vermiş olduğu 13.07.1936 tarihli kararında (BGE 62 II 132), taraflarca aksinin kararlaştırılmaması hâlinde, açıkça zarar verme kastı olmasa dahi, mirasçı atama tasarrufundan sonra yapılan ve âdet üzerine verilen hediyelerin ötesine geçen bütün karşılıksız kazandırmaların iptal edilebileceği belirtilmiştir. Şu hâlde, ZGB Art.494 Abs.3 hükmünün yeni düzenlemesinin Federal Mahkemenin söz konusu kararı ile uyumlu olduğu ve kanun koyucunun Federal Mahkemenin hâlihazırda içtihadını düzeltmeyi amaçladığı ifade edilmektedir.

¹⁷⁷ ZGB Art.494 Abs.3 hükmünde miras sözleşmesine aykırı tasarrufların iptal edilebilmesi için aksinin taraflarca kararlaştırılmaması şart olarak aranmıştır. Eğer mirasbırakan miras sözleşmesinin yapılmasından sonra sağlararası karşılıksız kazandırmalar yapmaya devam etmek ve/veya ölüme bağlı tasarrufta bulunmak istiyorsa, bunun taraflarca miras sözleşmesiyle açıkça kararlaştırılması gerekir. Belirleyici olanın taraf iradesi olduğu dikkate alındığında, bu değişiklik yürürlükteki düzenlemeler bakımından bir yenilik taşımamakta, bilakis sadece mevcut yasal durum açıkça belirtilmektedir. Bu konuda bkz., WOLF / DORJEE-GOOD, s. 75-76; NAR, s. 359; Nitekim Türk Hukuku'nda da tarafların miras sözleşmesinde miras sözleşmesine aykırı olan tasarrufların geçerli olacağını ve bunlara itiraz edilemeyeceğini kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir. Bkz., ÇABRİ, s. 492; DURAL / ÖZ, s. 129.

¹⁷⁸ LUTZ SCIAMANNA, s. 335; WOLF / DORJEE-GOOD, s. 71; WOLF, s. 434.

¹⁷⁹ BREITSCHMID / BORNHAUSER, in: BSK ZGB II, Art.494, N.11a; WOLF, s. 434; NAR, s. 359.

¹⁸⁰ NAR, s. 359-360.

çekleştireceği tasarruflarına karşı daha iyi korusa da mirasbırakanın mülkiyet hakkının uzantısı mahiyetindeki tasarruf özgürlüğü göz ardı edilmemeli ve mirasbırakan ile miras sözleşmesinin lehtarları arasındaki denge korunmalıdır¹⁸¹. Ayrıca yeni bir düzenleme yapılırken, âdet üzerine verilen hediyelerin iptal edilemeyeceği açıkça hüküm altına alınmalıdır.

G. Bireysel Özel Emekliliğe İlişkin 3a Sütununda Yapılan Değişiklikler (ZGB Art.476, 529)

18.12.2020 tarihli Federal Kanun ile ölüm hâlinde 3a sütunu¹⁸² kapsamında bireysel özel emeklilikten doğan ödemelerin ele alınmasına ilişkin hukukî belirsizliğin giderilmesi amaçlanmıştır¹⁸³. Değişiklik ile birlikte artık tüm lehtarlar emekliliğin sağlanma biçiminden (emeklilik sigortası veya emeklilik sözleşmesi) bağımsız olarak, sigorta şirketine veya bankaya karşı doğrudan kendi alacaklarını ileri sürebilirler (Art.82 Abs.4 BVG)¹⁸⁴. Bu nedenle 3a sütunundan sağlanan faydalar, sigortalının ölümü hâlinde terekeye dâhil edilmez ve dolayısıyla mal rejimine ilişkin ihtilafların ve miras hukuku bakımından mirasın paylaşılmasının konusunu oluşturmaz¹⁸⁵. Ancak ZGB Art.476¹⁸⁶ uyarınca sigorta alacağının mirasbırakanın ölümü zamanındaki satın alma değeri, saklı payların hesaplanması amacıyla terekeye eklenir¹⁸⁷. Değişiklik ile birlikte tasarruf edilebilir

¹⁸¹ YAKUPOĞLU, s. 259.

¹⁸² İsviçre sosyal sigortalar sisteminin emeklilik için üçlü ayırım yapılmakta ve buna “üç sütun prensibi” adı verilmektedir. Üç sütun sisteminin ilk sütununda yer alan AHV/IV-Sigortası, yaşlılık, dul/yetim ve maluliyet sigortasına karşılık gelen temel emeklilik sigortasıdır. Bu sütunlardan ikincisi mesleki emeklilik sigortasına (*Berufliche Vorsorge*) ilişkindir. İsviçre’de üç sütundan meydana gelen emeklilik sisteminin bireysel özel emekliliği düzenleyen üçüncü sütununda ise 3a ve 3b olmak üzere iki sistem bulunmaktadır. Bu konu hakkında bkz., POLATER, Salih, “İsviçre Medeni Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Emeklilikten Doğan Hakların Paylaşılması”, *İNÜHFD*, Y. 2017, C. 8, S. 2, s. 456-458.

¹⁸³ LUTZ SCIAMANNA, s. 335.

¹⁸⁴ BREITSCHMID, Revision, s. 24; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.476, N.9; LUTZ SCIAMANNA, s. 335; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.476, N.5.

¹⁸⁵ BREITSCHMID, Revision, s. 24; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.476, N.5; FANKHAUSER / JUNGO, s. 8-9; LUTZ SCIAMANNA, s. 335.

¹⁸⁶ ZGB Art.476: “3. *Versicherung und gebundene Selbstvorsorge*

¹ *Ist ein auf den Tod des Erblassers gestellter Versicherungsanspruch, einschliesslich eines solchen Anspruchs aus der gebundenen Selbstvorsorge, mit Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen zugunsten eines Dritten begründet oder bei Lebzeiten des Erblassers unentgeltlich auf einen Dritten übertragen worden, so wird der Rückkaufswert des Versicherungsanspruchs im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu dessen Vermögen hinzugerechnet.*

² *Ebenfalls zum Vermögen des Erblassers hinzugerechnet werden Ansprüche von Begünstigten aus der gebundenen Selbstvorsorge des Erblassers bei einer Bankstiftung.*”

¹⁸⁷ BREITSCHMID, Revision, s. 24; BÜRGI, in: OFK ZGB, Art.476, N.6; FANKHAUSER / JUNGO, s. 8-9; LUTZ SCIAMANNA, s. 335; STAEHELIN, in: BSK ZGB II, Art.476, N.21.

kısımın hesaplanmasında terekeye eklenmesi öngörülen bu ödeme, ZGB Art.532 Abs.2 Ziff.2 uyarınca sağlararası kazandırma olarak nitelendirilmekte¹⁸⁸ ve ZGB Art.529¹⁸⁹ gereğince tenkise tâbi tutulmaktadır¹⁹⁰.

Türk Hukuku bakımından TMK m.509 ve 565 uyarınca mirasbırakanın kendi ölümünde ödenmek üzere bir hayat sigortası sözleşmesi yapması ve ölümü anında muaccel olacak sigorta bedeli alacağını üçüncü bir kişiye karşılıksız olarak devretmesi hâlinde, bu sigortanın satın alma değerinin tenkise tâbi olacağı ve tenkis hesabında net terekeye ekleneceği düzenlenmiştir¹⁹¹. Bununla beraber İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, Türk Hukuku'nda da üçüncü kişi lehine hayat sigortası ile benzer özellikler taşıyan bireysel özel emekliliğe ilişkin ödemelerin¹⁹² satın alma değerinin terekeye eklenmesine ve tenkise tâbi olmasına yönelik bir değişikliğin yapılması gerektiği savunulmaktadır¹⁹³.

H. Tenkise İlişkin Yapılan Değişiklikler (ZGB Art.522, 523 ve 532)

İsviçre kanun koyucusu, miras hukukuna ilişkin gerçekleştirilen yenilik ve değişikliklerle, bilhassa tenkisin konusu ve sırasına ilişkin öğretilerde var olan tartışmaları da gidermeyi amaçlamıştır¹⁹⁴. Bahsi geçen yeniliklerden ilki yasal mirasçılardan mirasbırakanın iradesi olmaksızın yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerlerin (*Intestaterwerb*) artık tenkise tâbi tutulmasıdır (ZGB Art.522¹⁹⁵ Abs.1 Ziff.1)¹⁹⁶. Bu yenilik ile şimdiye kadar öğretilerde tartışma-

¹⁸⁸ Bu konu hakkında bkz., WOLF, s. 436-437.

¹⁸⁹ ZGB Art.529: "4. *Versicherung und gebundene Selbstvorsorge*

¹ *Versicherungsansprüche auf den Tod des Erblassers, einschliesslich solcher Ansprüche aus der gebundenen Selbstvorsorge, die durch Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen zugunsten eines Dritten begründet oder bei Lebzeiten des Erblassers unentgeltlich auf einen Dritten übertragen worden sind, unterliegen der Herabsetzung mit ihrem Rückkaufswert.*

² *Ebenfalls der Herabsetzung unterliegen Ansprüche von Begünstigten aus der gebundenen Selbstvorsorge des Erblassers bei einer Bankstiftung."*

¹⁹⁰ BREITSCHMID, Revision, s. 24; FANKHAUSER / JUNGO, s. 8-9; MINNIG, Yannick, in: OFK ZGB, Art.529, N.3; NAR, s. 362.

¹⁹¹ ÇABRİ, s. 256 vd.; DURAL / ÖZ, s. 270; SEROZAN / ENGİN, s. 207-208.

¹⁹² Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmeliğin 15'inci maddesinin beşinci fıkrasının "*Katılımcının vefat etmesi halinde birikimleri ve varsa devlet katkısı hesabındaki tutar, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla varsa emeklilik sözleşmesinde belirtilen lehdarlara veya kanunî mirasçılara ödenir.*" şeklindeki hükmünün bireysel özel emekliliğe ilişkin ödemelerin üçüncü kişi lehine hayat sigortası ile benzerliğini ortaya koyduğu öğretilerde ifade edilmektedir. Bkz., NAR, s. 365.

¹⁹³ Bkz., NAR, s. 366.

¹⁹⁴ BOTSCHAFT, s. 5859; LUTZ SCIAMANNA, s. 330.

¹⁹⁵ ZGB Art.522: ¹ *Die Erben, die dem Werte nach weniger als ihren Pflichtteil erhalten, können die Herabsetzung der folgenden Erwerbungen und Zuwendungen verlangen, bis der Pflichtteil hergestellt ist:*

lı¹⁹⁷ olan yasal mirasçılarının yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerlerin tenkise tâbi tutulup tutulmayacağı ve tenkise tâbi tutulacaksa da hangi sırada tenkis edileceği sorunu açıklığa kavuşturulmuştur. Ayrıca ölüme bağlı tasarrufların (ZGB Art.522 Abs.1 Ziff.2) ve sağırlararası kazandırmaların (ZGB Art.522 Abs.1 Ziff.3) tenkisinin talep edilebileceği açıkça düzenlenmiştir¹⁹⁸. Son olarak ZGB Art.522 Abs.1 hükmünün daha iyi anlaşılabilmesi için bazı redaksiyonel değişiklikler yapılmıştır¹⁹⁹. Türk Hukuku'nda ise, yasal mirasçılarının yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerlerin tenkise tâbi tutulacağına yönelik yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce de mirasbırakanın tasarruf nisabının artırılması eğiliminin bir sonucu olan bu düzenleme, halen daha yasal mirasçılığın önemini koruduğu Türk Hukuku bakımından yakın zamanda benimsenmeyecektir²⁰⁰.

18.12.2020 tarihli Federal Kanunla tenkise konu yeni kazandırmalar öngörölme suretiyle tenkiste sıraya ilişkin birtakım değişiklikler yapılmıştır. Değişiklikten önceki ZGB Art.532²⁰¹ (TMK m.570) hükmü uyarınca tenkis, saklı pay tamamlanıncaya kadar, önce ölüme bağlı tasarruflardan; ölüme bağlı tasarrufun bulunmaması veya yetmemesi hâlinde en yeni tarihlisinden en eskisine doğru

1. der Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge;

2. der Zuwendungen von Todes wegen;

3. der Zuwendungen unter Lebenden.

² Enthält eine Verfügung von Todes wegen Bestimmungen über die Teile der gesetzlichen Erben, so sind sie als blosse Teilungsvorschriften aufzufassen, wenn kein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich ist.

¹⁹⁶ BOTSCHAFT, s. 5859, 5884; BREITSCHMID, Revision, s. 24; EGGEL, Martin / GERSTER, Nathalie, "Revision des Erbrechts - Behandlung der Säule 3a und Änderungen im Herabsetzungsrecht", in: **Das neue Erbrecht - insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht**, Hrsg. Stephan Wolf, Stämpfli Verlag, Bern, 2022, s. 108; FANKHAUSER / JUNGO, s. 7; LUTZ SCIAMANNA, s. 330; MINNIG, in: OFK ZGB, Art.522, N.10; STECK / FANKHAUSER, in: FamKomm, Art.216, N.18; WOLF, s. 438; NAR, s. 360.

¹⁹⁷ EGGEL / GERSTER, s. 102; FANKHAUSER, Roland, in: CHK ZGB, Art.522, N.1; GRÜNINGER, in: KUKO ZGB, Art.522, N.5; LUTZ SCIAMANNA, s. 330; MINNIG, in: OFK ZGB, Art.522, N.1.

¹⁹⁸ EGGEL / GERSTER, s. 111-112.

¹⁹⁹ EGGEL / GERSTER, s. 107; MINNIG, in: OFK ZGB, Art.522, N.10. Örneğin, değişiklik öncesi mevcut düzenlemeden farklı olarak, değişiklik sonrası ZGB Art.522 Abs.1'de tenkis davasının "saklı payın karşılığını alamayan mirasçılar" yerine "saklı payın karşılığından daha azını alan mirasçılar" tarafından açılabilceği belirtilmiştir. Ayrıca eski düzenlemede yer alan "mirasbırakanın tasarruf yetkisi sınırını aşması" şartı kaldırılmıştır. Çünkü yasal mirasçılarının yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettiği değerler bakımından tasarruf nisabının artırılması artık mümkün değildir. Ayrıca bkz., BOTSCHAFT, s. 5884-5885; EGGEL / GERSTER, s. 107; FANKHAUSER / JUNGO, s. 7; NAR, s. 361, dn. 93.

²⁰⁰ Aynı yönde bkz., NAR, s. 364.

²⁰¹ ZGB Art.532 hükmünün değişiklikten önceki hâli: *Der Herabsetzung unterliegen in erster Linie die Verfügungen von Todes wegen und sodann die Zuwendungen unter Lebenden, und zwar diese in der Weise, dass die spätern vor den frühern herabgesetzt werden, bis der Pflichtteil hergestellt ist.*

geriye gidilmek üzere sağlararası kazandırmalardan yapılmaktaydı²⁰². Söz konusu hükmün yeni düzenlemesine göre ise²⁰³, saklı pay tamamlanıncaya kadar yasal mirasçılardan yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerler en önce, yani ölüme bağlı kazandırmalardan ve sağlararası kazandırmalardan önce tenkise tâbi tutulur (ZGB Art.532 Abs.1 Ziff.1)²⁰⁴. Bu değişiklik ile mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda açıklamış olduğu iradeye, mirasbırakanın iradesi olmaksızın yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde edilen değerlere nazaran öncelik verilmiştir²⁰⁵. Birinci sırada tenkis edilmesi gereken değerlerin tenkisine rağmen saklı pay ihlali giderilemezse, ikinci sırada ölüme bağlı kazandırmalar tenkis edilir (ZGB Art.532 Abs.1 Ziff.2)²⁰⁶. Bu yeterli olmazsa, sağlararası kazandırmalar en son sırada tenkise tâbi tutulur (ZGB Art.532 Abs.1 Ziff.3)²⁰⁷.

Yapılan bir diğer değişiklik ise, tenkis için birden fazla sağlararası kazandırmaların dikkate alınması hâlinde, sağlararası kazandırmaların hangi sıra ile tenkise tâbi tutulacağına açıkça düzenlenmiş olmasıdır (ZGB Art.532 Abs.2)²⁰⁸. Buna göre, mal rejimi sözleşmesinden kaynaklanan katılma alacağı artışı, sağlararası kazandırmalar arasında öncelikle tenkis edilir (ZGB Art.532 Abs.2

²⁰² FANKHAUSER, in: CHK ZGB, Art.532, N.1-2; FORNI, Rolando / PIATTI, Giorgio, in: BSK ZGB II, Art.532, N.1, 3; GRÜNINGER, in: KUKO ZGB, Art.523, N.1-2; LUTZ SCIAMANNA, s. 330; MINNIG, in: OFK ZGB, Art.532, N.1; WOLF, s. 437; ANTALYA, s. 363; AYAN, Miras, s. 261-262; ÇABRİ, s. 1026 vd.; DURAL / ÖZ, s. 289 vd.; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 387; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 411; ÖZTAN, s. 122; SEROZAN / ENGİN, s. 210 vd; YILMAZ, s. 159.

²⁰³ ZGB Art.532: ¹ *Der Herabsetzung unterliegen wie folgt der Reihe nach, bis der Pflichtteil hergestellt ist:*
 1. die Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge;
 2. die Zuwendungen von Todes wegen;
 3. die Zuwendungen unter Lebenden.

² *Die Zuwendungen unter Lebenden werden wie folgt der Reihe nach herabgesetzt:*
 1. die der Hinzurechnung unterliegenden Zuwendungen aus Ehevertrag oder Vermögensvertrag;
 2. die frei widerruflichen Zuwendungen und die Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge, im gleichen Verhältnis;
 3. die weiteren Zuwendungen, und zwar die späteren vor den früheren.

²⁰⁴ BOTSCHAFT, s. 5860; EGGEL / GERSTER, s. 108; FANKHAUSER / JUNGO, s. 7; LUTZ SCIAMANNA, s. 330; MINNIG, in: OFK ZGB, Art.532, N.5; STECK / FANKHAUSER, in: FammKomm, Art.216, N.18; WOLF, s. 438; NAR, s. 363.

²⁰⁵ BOTSCHAFT, s. 5860, 5886; MINNIG, in: OFK ZGB, Art.532, N.5; NAR, s. 363.

²⁰⁶ BOTSCHAFT, s. 5860, 5886; EGGEL / GERSTER, s. 111; STECK / FANKHAUSER, in: FammKomm, Art.216, N.18; WOLF, s. 438; NAR, s. 363.

²⁰⁷ BOTSCHAFT, s. 5860, 5886; EGGEL / GERSTER, s. 112; STECK / FANKHAUSER, in: FammKomm, Art.216, N.18; WOLF, s. 438; NAR, s. 363.

²⁰⁸ BOTSCHAFT, s. 5860; MINNIG, in: OFK ZGB, Art.532, N.5.

Ziff.1)²⁰⁹. İkinci olarak, serbestçe geri dönme hakkı saklı tutularak yapılan kazandırmalar ve 3a sütunu kapsamında bireysel özel emeklilikten doğan sigorta alacağının mirasbırakanın ölümü zamanındaki satın alma değeri *aynı oranda* tenkis edilir (ZGB Art.532 Abs.2 Ziff.2)²¹⁰. Diğer tüm kazandırmalar ise, *en yeni tarihlisinden en eskisine doğru* geriye gidilerek tenkise en son tâbi tutulur (ZGB Art.532 Abs.2 Ziff.3)²¹¹.

Yasal mirasçılarının yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerlerin tenkise tabi tutulmasının bir sonucu olarak ZGB Art.523²¹² hükmünde de değişiklik yapılmıştır²¹³. Anılan hükmün yeni düzenlemesi²¹⁴ uyarınca artık saklı paylı mirasçılar söz konusu olduğunda yasal mirasçılarının yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerler ile ölüme bağlı kazandırmalar, saklı payı aşan kısım ölçüsünde tenkis edilir (ZGB Art.523)²¹⁵.

SONUÇ

İsviçre miras hukuku alanında gerçekleştirilen yenilik ve değişikliklerin odak noktasını, miras hukukuna ilişkin hükümlerin zamanın gereklerine uygun hâle getirilmesi oluşturmaktadır. Bu kapsamda, günümüz hukuk sistemlerindeki mirasbırakanın tasarruf serbestisinin genişlemesi eğilimine uygun olarak ana-babanın saklı payı ortadan kaldırılmış ve altsoyun saklı payı yasal miras payının 3/4'ünden 1/2'sine düşürülmüştür. Her ne kadar günümüz hukuk sistemlerinde ana-babanın saklı payının ortadan kaldırılması eğilimi hâkim olsa da Türk aile yapısı ve yaşam koşulları dikkate alındığında, Türk Medenî Kanunu'nda ana-babanın saklı payının tamamen kaldırılmasına yönelik bir değişikliğin yapılması isabetli olmaz. Bunun yerine, ana-babanın saklı payının azaltılması, örneğin

²⁰⁹ BREITSCHMID, Revision, s. 24; EITEL, Erbrecht, s. 56; FANKHAUSER / JUNGO, s. 7; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, in: BSK ZGB I, Art.216, N.28; LUTZ SCIAMANNA, s. 330; STECK / FANKHAUSER, in: FammKomm, Art.216, N.18; WOLF, s. 438.

²¹⁰ BOTSCHAFT, s. 5860, 5886; FANKHAUSER / JUNGO, s. 7; LUTZ SCIAMANNA, s. 330; STECK / FANKHAUSER, in: FammKomm, Art.216, N.18; WOLF, s. 438.

²¹¹ BOTSCHAFT, s. 5860, 5886; FANKHAUSER / JUNGO, s. 7; LUTZ SCIAMANNA, s. 330; STECK / FANKHAUSER, in: FammKomm, Art.216, N.18; WOLF, s. 438.

²¹² ZGB Art.523 hükmünün değişiklikten önceki hâli: *Enthält eine Verfügung von Todes wegen Zuwendungen an mehrere pflichtteilsberechtigten Erben im Sinne einer Begünstigung, so findet bei Überschreitung der Verfügungsbefugnis unter den Miterben eine Herabsetzung im Verhältnis der Beträge statt, die ihnen über ihren Pflichtteil hinaus zugewendet sind.*

²¹³ MINNIG, in: OFK ZGB, Art.523, N.5.

²¹⁴ ZGB Art.523: *Bei pflichtteilsberechtigten Erben werden Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge und Zuwendungen von Todes wegen im Verhältnis der Beträge herabgesetzt, die ihren Pflichtteil übertegen.*

²¹⁵ BOTSCHAFT, s. 5885; WOLF, s. 438; NAR, s. 363.

yasal miras payının 1/4'ü yerine 1/8'i olacağına kararlaştırılması suretiyle hem ana-babanın aile dayanışması içerisinde korunması hem de mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi fikri esas alınmalıdır.

Bununla birlikte, İsviçre kanun koyucusu öğretide tartışmalı olan bazı hususlarda iradesini ortaya koyarak bunları açıklığa kavuşturmuştur. Bu değişikliklerin tarihsel süreçte benzer tartışmaların bulunduğu Türk miras hukukunu etkilemesi olasıdır. Bu anlamda İsviçre Medenî Kanunu'nda meydana gelen bazı değişikliklerin Türk Medenî Kanunu'nda gerçekleştirilebilecek olası bir kanun değişikliğinde dikkate alınması isabetli olacaktır.

Özellikle boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün sağ kalan eşin mirasçılığına etkisi bakımından ölen eşin mirasçılarından birinin davaya devam edip etmemeye yönelik iradesi değil, tarafların yaşam ve kader birliğini sona erdirmeye yönelik ortak iradesi belirleyici kabul edilmelidir. Bu doğrultuda eşlerin boşanma davasını birlikte açması yahut birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi hâlinde sağ kalan eşin eş sıfatıyla mirasçılığının sona ereceğine ve eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarrufların, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, geçersiz olacağına yönelik bir düzenleme yapılması isabetli olur.

Bununla beraber, artık değere katılma oranına ilişkin anlaşmayla ortaya çıkan artışın sağlararası kazandırma sayılmasına ve sağlararası kazandırmalar arasında ilk sırada tenkis edilmesine ilişkin değişikliğin benimsenmesi, Türk miras hukuku bakımından herhangi bir çelişki yaratmayacaktır. Ne var ki böyle bir düzenleme yapılırken, İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak, müşterek çocuklar ve onların altsoyları hükmün koruma alanı içerisine alınmalı ve mirasbırakanın birinci zümre yasal mirasçıları arasındaki eşitsizlik ortadan kaldırılmalıdır.

Öte yandan, İsviçre miras hukuku alanında gerçekleştirilen bazı değişikliklerin Türk Medenî Kanun'u açısından yenilik teşkil etmediği ve bazılarının da benimsenmemesi gerektiği ifade edilmelidir. Nitekim altsoyun saklı payının yasal miras payının yarısına düşürülmesine ilişkin değişiklik, Türk miras hukuku bakımından yenilik ve farklılık teşkil etmez. Bununla beraber Türk Medenî Kanunu'nda isabetli olarak bulunmayan sağ kalan eşe tereke üzerinde iradi intifa hakkı tanıyan hükme ilişkin İsviçre Medenî Kanunu'ndaki değişiklik, Türk miras hukuku alanında gerçekleştirilebilecek olası bir kanun değişikliğinde dikkate alınmamalıdır. Keza yasal mirasçıların yasal miras payları dolayısıyla terekeden elde ettikleri değerlerin tenkise tâbi tutulacağına yönelik değişikliğin yasal mirasçılığın önemini koruduğu Türk Hukuku bakımından yakın zamanda benimsenmemesi isabetli olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk, **Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

AKINCI, Şahin, “Türkiye’de İmam Nikahı ve Köylerde Muhtarların Yaptıkları Evlenme Akitlerinin Geçerliliği”, **ATA Dergisi**, Y. 1994, S. 6, s. 49-54.

AKSU, Mustafa, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 181. Maddesinin İkinci Fıkrası ile Alman Medeni Kanunu’nun 1933. Paragrafının Birinci Fıkrasının Bazı Açılardan Karşılaştırılması”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, C. 3, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 69-94 (Aksu, Karşılaştırma).

AKSU, Mustafa, “Boşanma Davası Sırasında Ölen Davacı Eşe Davalı Eşin Mirasçılığının Engellenebilmesini Düzenleyen TMK m.181 II Hükmünü Kısmen İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararına Dair Düşünceler ve Bazı Eleştiriler”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 37-73 (Aksu, Boşanma).

AKSU, Mustafa, “MK m.181 II Hükmünün Gizli Bir Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi” **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 251-273 (Aksu, Mirastan Yoksunluk).

ALTUNKAYA, Mehmet, “Katılma Alacağının İfası”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi**, Y. 2019, C. 1, S. 1, s. 391-407 (Altunkaya, Katılma Alacağı).

ALTUNKAYA, Mehmet, “Türk Özel Hukukunda Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Durumu”, **SÜHFD**, Y. 2001, C. 9, S. 1, s. 389-434 (Altunkaya, Evlilik Dışı Doğan Çocuklar).

ANTALYA, Osman Gökhan, **Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, Cilt III**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

AYAN, Mehmet, “Saklı Pay Sahibi Mirasçılar ve Saklı Payları”, **SÜHFD**, Y. 2002, C. 10, S. 1-2, s. 7-18 (Ayan, Saklı Pay).

AYAN, Mehmet, **Miras Hukuku**, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020 (Ayan, Miras).

AYAN, Serkan, “Olumlu Miras Sözleşmelerinin İçeriğine Aykırı Hukuki İşlemlere İtiraza Yönelik Medeni Kanun’un 527/II Hükmünün Anlamı”, **THD**, Y. 6, S. 58, Haziran 2011, s. 14-33 (Ayan, Olumlu Miras Sözleşmesi).

- AYANOĞLU, Ahu, “Yasal Mal Rejiminin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesinde Yargıtay Uygulaması”, Şükran ŞİPKA (Edt.) içinde: **Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- AYDOS, Oğuz Sadık, “Paylaşmalı Mal Ayrılığında Tasfiye”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi**, Y. 2019, C. 1, S. 1, s. 485-501.
- BAYGIN, Cem, “Değer Artış Payı Alacağı ile Katılma Alacağı Arasındaki İlişki”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi**, Y. 2019, C. 1, S. 1, s. 111-129 (Baygın, Katılma Alacağı).
- BAYGIN, Cem, 21.01.2010 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Boşanma Davasında Davalının Ölümünün Sağ Kalan Eşin Mirasçılığına Etkisi, **KHD**, Y. Ocak-Şubat 2011, S. 77-78, s. 30-48 (Baygın, Sağ Kalan Eş).
- BİRİNCİ UZUN, Tuba, “Artık Değere (TMK md.237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md.276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi”, **İNÜHFD**, Y. 2017, C. 9, S. 1, s. 105-132.
- BREITSCHMID, Peter / JUNGO, Alexandra (Hrsg.), **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art.457-640 ZGB**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.
- BREITSCHMID, Peter / JUNGO, Alexandra (Hrsg.), **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Patnerschaftsgesetz, Art.1-456 ZGB**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.
- BREITSCHMID, Peter, “Die Revision(en) des Erbrechts”, **Anwaltsrevue**, Y. 2021, S. 1, s. 21-25 (Breitschmid, Revision).
- BREITSCHMID, Peter, “Erbrecht: Stabilität und Reform ... und der Übergang von fortdauernder Reform zu Stabilität”, **successio**, Y. 2020, S. 4, s. 402-406 (Breitschmid, Reform).
- BURCUOĞLU, Haluk, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası ile İlgili Bazı Gözlemler”, **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Ramegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 381-391.
- BÜCHLER, Andrea / JAKOB, Dominique (Hrsg.), **Kurzkommentar ZGB**, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018.
- CANARSLAN, Gökçe, “743 Sayılı Kanundan Günümüze Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı”, **Ejovoc**, Y. 2015, C. 5, S. 6, s. 30-39 (Canarслан, Sağ Kalan Eş).
- CANARSLAN, Gökçe, **İntifa Hakkının Sona Ermesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017 (Canarслан, İntifa).
- ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574)**, C. 1, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

- ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun, **Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÇEKİN, Mesut Serdar, “Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi”, **İMÜHFD**, Y. 2017, C. 4, S. 2, s. 189-207.
- DOĞAN, Murat / KÖROĞLU, Emre, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimininde Katılma Alacağının Niteliği”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi**, Y. 2019, C. 1, S. 1, s. 281-299.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- DURAL, Mustafa, “İsviçre’de Eşcinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, Y. 2013, C. 8, s. 927-936 (Dural, Eşcinsel).
- DURAL, Mustafa, **Miras Sözleşmeleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980 (Dural, Miras Sözleşmeleri).
- EITEL, Paul, “Das neue Erbrecht (“politischer Teil”) vom 18.12.2020: Inkrafttreten am 1.1.2023”, **successio**, Y. 2021, S. 3, s. 186-187 (Eitel, politischer Teil).
- EITEL, Paul, “Neues Erbrecht “ante portas” - Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis”, in: **Erbrecht und Grundbuch**, Hrsg. Beat Franz / Michel Mooser, Schult-hess, Zürich, 2021, s. 33-71 (Eitel, Erbrecht).
- ERDEM, Mehmet / MAKARACI BAŞAK, Aslı, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek, **Türk Miras Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- FANKHAUSER, Roland (Hrsg.) / SCHWENZER, Ingeborg (Begr.), **FamKomm Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge**, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2022.
- FANKHAUSER, Roland / JUNGO, Alexandra, “Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick”, **Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)**, Y. 2019, S. 1, s. 1-11.
- GEISER, Thomas / FOUNTOULAKIS, Christiana (Hrsg), **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art.1-476 ZGB**, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2022.
- GEISER, Thomas / WOLF, Stephan (Hrsg), **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchlT**, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.
- HAIDMAYER, Barbara, “Die Revision des Erbrechts - Änderungen im Pflichtteilsrecht und Unterstützungsanspruch für Lebenspartner”, **AJP/PJA**, Y. 2018, S. 12, s. 1544-1555.

- HORAT, Felix, “Die Revision des Erbrechts/Motion Gutzwiller”, **Blätter für Agrarrecht (BIAR)**, Y. 2017, S. 3, s. 239-246.
- İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan, **Miras Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- JAKOB, Dominique, “Draft revision of Swiss inheritance law: impact on estate planning via foundations and trusts”, **Trusts & Trustees**, Y. July 2017, C. 23, S. 6, s. 705-708.
- JUNGO, Alexandra, “Die Qualifikation der vollen Vorschlagszuweisung durch das Bundesgericht und was der Vorentwurf zur Erbrechtsrevision daraus macht”, **successio**, Y. 2016, S. 3, s. 276-279.
- KAŞAK, Fahri Erdem, “Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması veya Kaldırılması (TMK m.236/II)”, **ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 2, S. 1, s. 111-130.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Miras Hukuku**, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- KORKMAZ, Hülya Taş, “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi”, **DEÜHFD**, Y. 2014, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Özel Sayı, s. 1413-1482.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta / WOLF, Stephan / AMSTUTZ, Marc / FANKHAUSER, Roland (Hrsg.), **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar**, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021.
- LUTZ SCIAMANNA, Lousie, “Nachlassplanung im Vorfeld der Erbrechtsrevision(en)”, **AJP/PJA**, Y. 2021, S. 3, s. 325-335.
- NAR, Ahmet, “İsviçre’deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları”, **ERÜHFD**, Y. 2019, C. 14, S. 2, s. 333-370.
- ÖZER DENİZ, Miray, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- PETEK, Hasan, “Terke Dayalı Boşanmada Manevî Tazminat”, **DEÜHFD**, Y. 2010, C. 12, S. 2, s. 43-78.
- POLATER, Salih, “İsviçre Medeni Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Emeklilikten Doğan Hakların Paylaştırılması”, **İNÜHFD**, Y. 2017, C. 8, S. 2, s. 453-478.
- PÜRSELİM DOĞAN, Hatice Selin, “Almanya’da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya’da Bulunan Terekenin Paylaşılması”, **MHB**, Y. 2011, C. 31, S. 1, s. 243-266.
- RUMO-JUNGO, Alexandra, “Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen”, **successio**, Y. 2007, S. 3, s. 158-167.

SARI, Suat, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.

SAVAŞ, Abdurrahman, “Evlenmenin Yokluğu”, **SÜHFD**, Y. 2000, C. 8, S. 1-2, s. 121-140.

SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkey, **Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

SEROZAN, Rona, “Miras Hukukunun Gelişim Süreci” (Çev. M. S. Paksoy), **İÜHF**, Y. 2015, C. 73, S. 1, s. 531-560.

ŞENOCAK, Zarife, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, **AÜHFD**, Y. 2009, C. 58, S. 2, s. 377-411.

ŞIPKA, Şükran / KAPLAN, Hasan Ali, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoya Etkisi”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, 2004, s. 263-274.

ŞIPKA, Şükran, **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

TOPUZ, Seçkin, “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sifatını Kaybetmesinin (TMK m.181 f.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa'nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi”, **İÜHF**, Y. 2012, C. 70, S. 2, s. 221-256.

TURAN BAŞARA, Gamze, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası”, **TAAD**, Y. 7, S. 27, Temmuz 2016, s. 365-408.

TÜZÜNER, Özlem, “Kardeşin Saklı Payının Kaldırılması Üzerine De Lege Lata Bilgiler ve De Lege Ferenda Düşünceler”, **İBD**, Y. 2014, C. 79, S. 2, s. 103-139.

ÜNAL, Akın, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”, **AHBÜHFD**, Y. 2019, C. 23, S. 4, s. 121-140.

WOLF, Stephan / DORJEE-GOOD, Andrea “Das neue Erbrecht - insbesondere Rechtsgeschäftsplanung und Aspekte aus der notariellen Praxis”, in: **Das neue Erbrecht - insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht**, Hrsg. Stephan Wolf, Stämpfli Verlag, Bern, 2022, s. 1-78.

WOLF, Stephan, “Das neue Erbrecht - eine Übersicht über die auf den 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Änderungen”, **ZBJV**, Y. 2022, S. 9, s. 417-443.

YAKUPOĞLU, S. Derya, “Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı”, **TBB**, Y. 31, S. 136, Mayıs-Haziran 2018, s. 225-263.

YASAN, Candan, “Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evliliği ve Evlilik Dışı Birliktelikler”, **GÜHFD**, **Atâ Sakmar'a Armağan**, Y. 2011, S. 1, s. 749-776 (Yasan, Evlilik Dışı Birliktelikler).

YASAN, Candan, **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birlikte-likleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Yasan, Aynı Cinsiyet).

YILDIRIM, Mustafa Fadıl, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ile Miras Hukuku Arasındaki İlişki”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi**, Y. 2019, C. I, S. 1, s. 237-263.

YILMAZ, Süleyman, **Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

ZEYTİN, Zafer, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Elektronik Kaynaklar

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht) vom 19. Mai 2021, AS 2021 312, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>, E.T. 2.11.2022.

Änderung Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht) vom 18. Dezember 2020, BBI 2020 9923 ff., <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/2688/de>, E.T. 2.11.2022.

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29. August 2018, BBI 2018 5813, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2131/de>, E.T. 2.11.2022 (BOTSCHAFT).

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20103524>, E.T. 2.11.2022.

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=23483>, E.T. 3.11.2022.

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=23465>, E.T. 3.11.2022.

https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2010/Kommissionsbericht_RK-S_10_3524_2011-03-31.pdf, E.T. 3.11.2022.

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=28316>, E.T. 3.11.2022.

https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:00000000-7de3-c558-0000-000070d4619d/bericht_br_postulat_fehr.pdf, E.T. 3.11.2022.

<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf.download.pdf/vorentw-d.pdf>, E.T. 4.11.2022.

<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf>, E.T. 4.11.2022.

<https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-03-041.html>, E.T. 5.11.2022.

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2132/de>, E.T. 5.11.2022.

<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>, E.T. 5.11.2022.

Karar İncelemesi

Decision Review

Karar Analizi:
**Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.02.2019 Tarihli,
2015/1-705 Esas ve 2019/59 Karar Sayılı Kararının
Değerlendirilmesi^(*)**

**(Kasten Öldürme/Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama,
Meşru Savunma/Meşru Savunmada Sınırın
Mazur Görülebilecek Bir Heyecan, Korku ve
Telaşla Aşılması/Haksız Tahrik)**

Decision Analysis:

Evaluation of the Decision of Criminal General Assembly of the
Court of Cassation Dated 05.02.2019, Merits No. 2015/1-705 and
Decision No. 2019/59

(Intentional Killing/The Injury Aggravated by the Consequence,
Self-defense/Exceeding the Limit in Self-Defense with
Excusable Excitement, Fear and Haste/Unjustified Provocation)

Melik KARTAL^()**

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 24.07.2023
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 02.09.2023
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1357944>

Bu makaleye atf için; KARTAL, Melik, “*Karar Analizi: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.02.2019 Tarihli, 2015/1-705 Esas ve 2019/59 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi (Kasten Öldürme/Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama, Meşru Savunma/Meşru Savunmada Sınırın Mazur Görülebilecek Bir Heyecan, Korku ve Telaşla Aşılması/Haksız Tahrik)*”, **İMİHFD**, C. 8, S. 2, 2023, s. 955-968

^(**) Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi / İstanbul - Türkiye
E-posta: melik.kartal@medeniyet.edu.tr
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9233-1904>

Öz:

Kasten öldürme suçu ve netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu arasındaki yakın ilişki bu suçlar arasındaki farkın tespitini zorlaştırmaktadır. Bilhassa her iki suç bakımından öngörülen ceza aralığı dikkate alındığında bu farkın ortaya konulması önem arz etmektedir. Keza meşru savunma şartlarının oluşup oluşmadığı ya da bu sınırın aşıp aşılmadığı, aşıldıysa nasıl aşıldığı meseleleri oldukça tartışmalı ve tespiti son derece önemli hususlardır. İşte bütün bu önemli tartışmaların olduğu bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararının doktrine ve uygulamaya katkı sağlayacağını düşündüğümüzden söz konusu kararı değerlendirmeye çalıştık. Bu çalışmada Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.02.2019 tarihli ve 2015/1-705 esas, 2019/59 karar sayılı kararı incelenmiştir. Bu çerçevede, çalışmada öncelikle karara esas olan maddi olay ve yargılama aşamasında mercilerin görüşleri aktarılmıştır. İkinci olarak ise, maddi olay fiilin maddi ve manevi unsurlarıyla hangi suç tipine uygun olduğu, olayda meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin var olup olmadığı, yoksa cezayı etkileyen başkaca hallerin söz konusu olup olmadığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Ölüm Neticeli Suçlarda Kastın Belirlenmesi, Meşru Savunma, Hukuka Uygunluk Sebebi, Meşru Savunmada Zorunluluk, Orantılılık ve Gerekliklik, Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, Haksız Tahrik.

Abstract:

The close relationship between the offence of intentional killing and the offence of aggravated injury on account of its consequence makes it difficult to determine the difference between these crimes. Especially considering the range of penalties foreseen for both crimes, it is important to reveal this difference. Likewise, whether the conditions of self defense have been met or whether this limit has been exceeded, and if so, how it has been exceeded, are highly controversial and extremely important issues to determine. Since we believe that a decision of the Grand Criminal Chamber of Turkish Court of Cassation, which is the subject of all these important discussions, will contribute to the doctrine and practice, we have tried to evaluate the decision in question. This study examines the Grand Criminal Chamber of Turkish Court of Cassation judgment dated 05.02.2019 and numbered E. 2015/1-705, K. 2019/59. First of all, the facts of the case and the opinions of the courts are stated. Secondly, the facts of case are analyzed in terms of elements of a crime in order to determine the relevance of the act to any specific crime, whether there is self-defense as a justification ground in the case or not, and if not, whether there is another reason affecting the punishment or not.

Keywords:

Determination of Intention in the Crimes Resulted in Death, Self-Defense, Justification Ground, Urgency, Proportionality and Necessity in Self-Defense, Exceeding the Limits in Self-Defense, Unjust Provocation.

GİRİŞ

Bu çalışmanın esasını Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.02.2019 tarihinde verdiği, 2015/1-705 esas ve 2019/59 karar sayılı kararı oluşturmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bu kararının birçok açıdan incelenmeye ve tartışılmaya değer olduğu söylenmelidir. Karar ilk olarak, kasten öldürme ve yaralama suçları bağlamında kişinin kastının neye yönelik olduğunun belirlenmesinde daha önceden de Yargıtay Ceza Genel Kurulunca ortaya konulan kriterlerin somutlaştırılmasına ve değerlendirilmesine imkan vermektedir.

İkinci olarak karar, meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin koşulları bağlamında, savunmada zorunluluk, orantılılık ve gereklilik konularında uygun bir tartışma zemini sunmaktadır. Bu açıdan çalışmamızda, öncelikle karara esas olan maddi olay ve yargılama aşamasında mercilerin olayın hukuki değerlendirilmesi ile ilgili görüşleri aktarılacak, ardından da karar esas maddi olay; fiilin hangi suç tipine uygun olduğu, olayda meşru savunmanın koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği ve şayet gerçekleşmemiş ise bu defa olayda failin ceza sorumluluğunu etkileyen başkaca bir halin bulunup bulunmadığı yönlerinden ele alınacaktır.

I. MADDİ OLAY¹

Askerlik görevini yapan sanık A, olay günü arkadaşı B ile birlikte nöbet yerinden karakola dönerken askeri yasak bölge içerisinde kaçak göçmenlerin bulunduğu ihbar edilir. Tanık C tarafından bunların saklandığı yerin gösterildiği sırada, kaçak göçmenlerin sınırdan geçmesine aracılık eden maktul D, dövme amacıyla tanık C'nin üzerine saldırır. C, A'nın arkasına saklanır. D'nin yeniden C'nin üzerine yürüdüğü sırada A, D'ye tokat atarak onu yere düşürür. D'nin düştüğü yerden kalkarak sanığa saldırması üzerine boğuşmaya başlarlar. A elindeki tüfeğin kasatası ile maktulü göğsünden ve sağ bacak uyluk bölgesinden kesici aletle yaralar. D'nin sağ akciğerinin üst lobunda meydana gelen kesi nedeniyle oluşan hemotoraks ve gelişen hipovolemik şok sonucu D hayatını kaybeder.

II. ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Olayda çözümü gereken hukuki sorunlardan ilki, öncelikle maktulün ölümü bakımından sanığın kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiği, yoksa yaralama bakımından kastın, ölüm bakımından taksirin olduğu bir kast-taksir kombinasyonun mu bulunduğu; ikincisi de, olayda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak meşru savunmanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, yine bununla bağlantılı olarak meşru savunmada sınırı aşan bir halin olup olmadığı; üçüncü olarak da, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir durumun bulunup bulunmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır.

¹ Karardaki şahısların isimlerine dair harflendirme, tarafımızca yapılmış olup bu harflerin kararın gerçek haliyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

III. MERCİLERİN GÖRÜŞLERİ

A. İlk Derece Mahkemesinin Görüşü

Sanık A hakkında kanunun ya da zaruretin tayin ettiği sınırı tecavüz etmek suretiyle adam öldürme suçundan açılan kamu davasında yapılan yargılama sırasında Kara Kuvvetleri Komutanlığı İkinci Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi 30.12.2002 tarihinde ve 255-1248 sayılı ile; sanığın terhis olması nedeniyle askeri mahkemede yargılanmasını gerektiren ilginin kesilmiş olduğu gerekçesiyle, görevsizlik kararı vermiş ve dosyayı Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesine göndermiştir.

Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesi 26.11.2008 tarihinde ve 191-256 sayılı ile; sanığın eylemini meşru savunmada sınırı **mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşarak işlediğini kabul etmiş**, 5237 Sayılı TCK'nın 27/2 fıkrası ve 5271 Sayılı CMK'nın 223/3-c bendi uyarınca, sanık hakkında **ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir**.

B. Yargıtay Ceza Dairesinin Görüşü

Hükmün katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen *Yargıtay 1. Ceza Dairesi*, 15.06.2010 tarihinde ve 5332-4528 sayılı ile; olayda maktulde oluşan yaraların tek hamleyle meydana gelemeyecek nitelikte olduğuna ilişkin Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun raporu ve her iki yaranın da yukarıdan aşağı seyirli olması hususu gözetildiğinde, **sanığın eyleminin tahrik altında kasten öldürme suçunu oluşturduğu düşünülmeden**, yukarıda belirtilen şekilde ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verilmesini isabetli bulmayarak hükmün bozulmasına karar vermiştir.

C. Davaya Yeniden Bakan İlk Derece Mahkemesinin Görüşü

Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesi bozma kararına uymuş, 07.06.2013 tarihinde ve 148-113 sayılı ile; **sanığın kasten öldürme suçundan**, lehe olduğu kabul edilen 5237 Sayılı TCK'nın 81, 29, 62, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 15 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna ve mahsuba karar vermiştir.

D. Dosyayı İkinci Defa İnceleyen Yargıtay Ceza Dairesinin Görüşü

Edirne 2. Ağır ceza mahkemesince bozma kararına uyularak verilen bu hükmün de sanık müdafisi ve Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmiştir. Dosyayı inceleyen *Yargıtay 1. Ceza Dairesi* 25.02.2015 tarihinde ve 5794-972

sayı ile; maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan davranışların niteliği ve sürekliliği göz önüne alınarak makul bir indirim yapılması, Yargıtay denetimine imkân verecek şekilde 765 Sayılı TCK ile 5237 Sayılı TCK'nın tüm hükümlerinin olaya uygulanarak somut karşılaştırma yapıldıktan sonra karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, belirtilen şekilde **asgari düzeyde tahrik indirimi yapılmak suretiyle fazla ceza verilmesini** isabetli bulmayarak hükmün bozulmasına oy çokluğu ile karar vermiştir.

E. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Görüşü

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin bozma kararı üzerine *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı* 28.04.2015 tarihinde ve 351288 sayı ile; olay yerinin meydana geldiği alanın sınır boyu olduğunu, sanık A'nın yanında arkadaşı B ile birlikte ilgili komutanlıkta olay günü itibarı ile saat 19.00-21.00 nöbetini yapan erler olduklarını ve ilgili talimatlar yönetmelikler gereği sınırın korunması ile ilgili görevlerinin bulunduğunu ve yine nöbet değişiminin akabinde göçmenlerin bulunduğu ifade olunmakla göçmenlerin bulunduğu yerde düzeni sağlamaya gittikleri esnada olayın meydana geldiğini ve gerçekten de olay yerinde göçmenlerin bulunduğu tutanakla tespit edildiğinin anlaşılmasında olduğunu kaydetmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına göre; nöbeti bitiren sanıklar kendi yerlerine giderken çobanlar göçmen olduğunu söylemişler, tanık C göçmenleri göstermek için öncülük yapmıştır. Yakalanan göçmenler düzene sokulurken içlerinden biri olan D dövme amacı ile C'nin üzerine yürümüş, sanık A ise engel olup C'yi arkada duran şahsın yanına göndermiştir. D üzerine gelince A ona tepki gösterip yumrukla yere düşürmüş, sonra yeniden üzerine yürüdüğünde ise A olayın akşam saatinde olması, sınır bölgesinde olmaları ve ortamda D dışında başkaca göçmenlerin de bulunması sebebiyle, konuşmadan başında şapka ile D'nin üzerine yürüdüğü sırada elindeki kasaturalı tüfeği hamle yapmaksızın tutmuş, "Dur, dur" diye ikaz etmesine rağmen D üzerine geldiğinde keskinliği sebebiyle kasatura D'nin göğüs bölgesine saplanmıştır. A'nın ayağındaki yaranın daha önceki aşamada yani, maktul D'nin C'nin üzerine yürümesi sırasında itme ya da vurma sonucu meydana gelmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Bu kabule göre asker olan ve sınır bölgesinde güvenliği sağlamak, kaçak geçişleri engellemek görevi tevdi edilen sanığın, bu esnada yakalanan göçmen kaçakçısının ihbar yapan çocuğa saldırısını engellemek amacı ile davranıp önce itme veya yumruk atma sureti ile maktulü yere düşürmesine rağmen durmayıp kalkan ve üzerine hamle yapan maktulün üzerine gelmesini engellemek için "Dur" dediği esnada silaha takılı süngüye saplanması olayında meşru savunmada sınırın aşılmasının sanığın kendisine ve ihbarcı C'ye yönelik saldırı

rıyı defetme sırasında 5237 Sayılı TCK'nın 27. maddesinde getirilen düzenleme ile **ichinde bulunulan ortam, kalabalık göçmen grubu, içlerinden birinin vaki saldırısı, gece olması olguları dikkate alındığında mazur sayılabilecek bir korku ve telaştan ileri geldiği kabul edilmelidir.**

Bu itibarla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bu şekilde gelişen olay sonucunda sanık A'nın 26 kaçak göçmenin de bulunduğu bir ortamda geceye yakın bir vakitte maktulün kendisine yönelik haksız saldırısını 5237 Sayılı TCK'nın 27/2. maddesinde ifadesini bulan **meşru savunmada sınırın aşılmasını mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan ileri gelerek atılı suçu işlediği anlaşıldığından sanık hakkında Yerel Mahkemece verilen mahkûmiyet kararının bu sebeple bozulması gerektiği** düşüncesiyle Cumhuriyet Başsavcısının itirazı kanun yoluna başvurmıştır.

F. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Görüşü

CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan *Yargıtay 1. Ceza Dairesi* 24.06.2015 tarihinde, 2684-4074 sayı ile ve oy çokluğuyla; **itiraz nedeninin yerinde olmadığından** bahisle dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu söz konusu uyuşmazlığı iki aşamada ele almış olup ilk olarak olayda meşru savunma şartlarının mevcut olup olmadığını, ikinci olarak ise ölüm neticesine bağlı sorumluluğun kasten öldürme mi yoksa netice sebebiyle ağırlanmış yaralama mı olduğunu tespit etmiştir.

Nitekim *Yargıtay Ceza Genel Kuruluna* göre; harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyeti olarak tanımlanan askerlik görevini yaklaşık 10 aydır olayın meydana geldiği kıtasında yapmakta olan sanık, görevini etkili bir biçimde yerine getirmesi için kendisine verilen fiziksel, psikolojik ve ahlaki eğitim ile nöbete, silah kullanmaya, sınır ihlali yapan kişilere karşı davranış şekillerine ilişkin talimatlar hilafına hareket etmiştir. Zira elinde veya üzerinde herhangi bir silah bulunmadığı sabit olan maktulün kendisini askerlere ihbar ettiğini düşündüğü tanık C'ye kızarak üzerine doğru koşması ve sanığın maktule yumrukla vurarak yere düşürmesi üzerine de yerden kalkarak sanığın üzerine hızla yürümekten ibaret eylemlerinin, sanığa veya olay yerinde bulunan kendisine yönelik silahsız etkili eyleme karşı savunma yapabilecek fiziksel yapıya sahip 18 yaşındaki tanık C'ye yönelmiş ciddi ve haksız bir saldırı oluşturmaktadır. Sanığın saldırıyı o andaki hâl ve şartlara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile hareket etmeyip haksızlık karşısında öfkeye kapılarak son derece orantısız şekilde tepki gösterip tüfeğinin ucuna takılı sün-

güyü maktulün göğsüne saplayarak haksız tahrik altında maktulün ölümüne yol açtığı anlaşılmaktadır. Sanık hakkında meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması hükümlerinin uygulanma imkânının bulunmadığının kabulü gerekmektedir.

Olayda; askerlik hizmetini yerine getirmek için silah altında bulunan sanık Piyade Er A ile maktul D olaydan önce birbirlerini tanımadığını ve aralarında öldürmeyi gerektirecek bir husumet de bulunmadığını kaydeden Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre, maktulün tanık C'yi kovaladığı sırada sanığın yumruk atarak maktule müdahale etmesinden sonra yumruğun tesiri ile yere düşen maktulün bu defa sanığa doğru hamle yapması üzerine sanığın tüfeğinin ucuna takılı süngüyle maktulün göğüs bölgesine bir kez vurması, maktulün göğüs bölgesinden kan geldiğini görünce herhangi bir engel durum bulunmamasına karşın eylemine kendiliğinden son vermesi, olay günü saat 20.17'de güneşin battığı göz önüne alındığında havanın kararmaya başladığı ortamda çıkan arbede sırasında sanığın özellikle maktulün hayati önem taşıyan göğüs bölgesini hedef alarak hareket ettiğinin saptanamaması, maktulün vücudundaki ikinci kesici delici alet yarasının maktulün bacağına yer alması, sanığın olaydan hemen sonra yardım getirmesi için tanık C'yi Karakola göndermesi karşısında; **olay öncesi, olay esnası ve sonrasındaki davranışları bir bütün olarak değerlendirildiğinde sanığın öldürme kastıyla değil yaralama kastıyla hareket ettiği ve yaralama eylemiyle maktulün ölümü arasında illiyet bağı bulunduğu anlaşıldığından eyleminin kasten yaralama sonucu öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.**

IV. GÖRÜŞÜMÜZ

Yargılama konusu olayda öncelikle sanığın icra etmiş olduğu fiil ve meydana getirdiği ölüm neticesinin hangi suç tipine uygun olduğu tespit edildikten sonra bu suç kapsamındaki tipik hareketi hukuka uygun hale getiren bir sebep olarak meşru savunmanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ele alınmalı ve şayet bu şartlar gerçekleşmiyorsa bu defa sanık bakımından kusuru etkileyen hallerden biri olan meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaşla aşılması hali veya haksız tahrik halinin uygulama imkanı bulup bulmayacağı ortaya konulmalıdır.

Bu bağlamda öncelikle manevi unsur meselesi ele alınacak olursa; göçmenlerin sınırdan geçmesine aracılık eden maktul D'nin dövme amacıyla tanık C'nin üzerine saldırdığı, A'nın arkasına saklandığı hâlde maktulün yeniden adı geçen tanığın üzerine yürüdüğü sırada, sanık A'nın maktule tokat atarak yere düşürdü-

ğü, maktulün düştüğü yerden kalkarak sanığa saldırması üzerine boğuşmaya başladıkları, sanığın elindeki tüfeğin kasaturası ile maktulü yaraladığı, sağ akciğer üst lobda meydana gelen kesi nedeniyle oluşan hemotoraks ve gelişen hipovolemik şok sonucu maktulün hayatını kaybettiği olayda; sanığın, **maktulün yaralanması bakımından kastının bulunduğu hususunda bir tartışma bulunmamaktadır.** Bununla beraber ölüm neticesine yönelik kastının varlığı izaha muhtaçtır. Elbette ki bunun tespiti için Yargıtay'ın da başvurmuş olduğu birtakım kriterlere ihtiyaç duyulmaktadır. Buna göre; suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç aletinin kullanış biçimi, isabet bölgesi, darbenin sayısı ve şiddeti, failin eylemine kendiliğinden son verip vermediği, olayın öncesinde taraflar arasında öldürmeyi gerektirecek bir husumetin bulunup bulunmadığı, failin olay öncesindeki ve sonrasındaki sözleri ve failin saiki gibi kriterler failin ölüm neticesine yönelik kastının olup olmadığı noktasında belirleyici bir rol oynamaktadır².

Bu kriterler çerçevesinde dava konusu olay ele alındığında, her ne kadar ölüme neden olan araç tüfek olsa da sanığın doğrudan tüfekle ateş ederek mağduru öldürmek imkânı bulunmasına rağmen sanık bu yola başvurmamış ve mağdurla boğuşurken elinde tüfek bulunduğundan mağdurun ölümüne neden olmuştur. Bunun yanı sıra sanığın “Dur, dur” diye ikaz etmesine rağmen mağdurun üzerine gelmesine mukabil bu neticenin gerçekleşmiş olduğu ifade edilebilir. Keza her ne kadar kasaturanın isabet ettiği vücut bölgesi hayati önemi haiz olan göğüs bölgesi ise de ve ayrıca maktulün sağ uyluk bölgesinde de ikinci bir kesici delici alet yarasının olmasından mütevellit birden fazla hamlenin gerçekleştiği kabul edilebilirse de, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunca düzenlenen 17.07.2002 tarihli raporda; yaranın konumu ve nitelikleri, sanık ve ölenin vücut yapıları birlikte değerlendirildiğinde ucunda kasatura bulunan silahın uygun pozisyonda tutulması hâlinde sanığın bir hamlesi bulunmaksızın kişinin karşı hamlesiyle yaralanma meydana gelebileceği gibi silahın doğrudan havalesiyle de meydana gelebileceği, bunlar arasında tıbben ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Kaldı ki her ne kadar kasaturanın isabet ettiği bölge hayati önemi haiz bir bölge olsa da olayın gelişiminden de açıkça görüldüğü üzere isabet bölgesinin sanığın hedeflediği bir bölge olduğu ve dolayısıyla bu hususta sanığın kastının bulunduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Ayrıca gerçekten de sanığın kan aktığını görmesi üzerine eylemine devam etmediği ve asker olan sanık ve tanığın karakola gidip acil yardım getirmesi için tanık C'yi karakola gönderdiği

² YCGK, 30.01.2007, 2006/1-347-2007/19; Y. 1. CD, 13.11.2007, 5913/8352; YCGK, 09.07.2002, 1-185/300; YCGK, 26.12.1995, 1-361/393; Y. 1. CD, 03.03.2008, 5851/1558; Y. 1. CD, 27.05.2008, 9666/4427; YCGK, 24.09.2002, 1-186/321; TOPÇU, Kemal, **Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırılmalı)**, Adalet, Ankara, 2013, s. 236-261.

gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda sanığın ölüm neticesi bakımından kastının bulunmadığı sonucuna ulaşmak gerekir.

Öte yandan sanığın, maktulün tanık C'ye doğru saldırması üzerine ona tokat atıp devamında tüfekle hamle yapması en azından yaralama bakımından kastının bulunduğunu göstermektedir. Dolayısıyla olayda kasten yaralama sonucunda gerçekleşmiş bir ölüm neticesi bulunmaktadır (TCK m.87/4). Kasten yaralama sonucu ölüm şeklindeki ağır neticeden sorumluluk için failin en azından taksirli olarak hareket etmiş olması gerekir. Dava konusu olayda; sanığın yaklaşık 10 aydır askerlik görevini yaptığı ve müdahalede bulunduğu kişinin silahsız olduğu hususları göz önünde bulundurulduğunda, pekâlâ maktule karşı elinde tuttuğu tüfeği çok daha büyük bir dikkat ve özenle kullanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Nitekim Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun Askerlerin Silah Kullanma Yetkileri başlıklı 87. maddesinde silah kullanma tarzı şu şekilde öngörülmüştür: “*Silah, çeşitlerine göre etkili olabilecek şekilde kullanılır. Önce kesici ve dürtücü silahlar ile ateşli silahlar hedefe tevcih edilir, sonra ateşli silahların dipçik ve kabzaları kullanılır, daha sonra kesici ve dürtücü ve ateşli silahlar bilfiil kullanılır.*” Söz konusu olayda sanık her ne kadar öncelikle maktule “dur” ihtarında bulunarak maktulü silahla tehdit etmiş ise de sonrasında silahın dipçik ya da kabzasını kullanma gayreti içerisinde olmadan bu hususta gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet etmeyerek silahın kasatura kısmıyla maktulün ölümüne neden olmuştur. Dolayısıyla ölüm bakımından sanığın taksirinin bulunduğu belirtilebilir.

Dava konusu olaydaki suçun kasten yaralama sonucu ölüm neticesi şeklindeki kast-taksir kombinasyonu, yani bir netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (TCK m.87) olduğu tespit edildikten sonra, söz konusu suçun oluşmasını sağlayan bir diğer unsur olarak hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği de ele alınmalıdır. Bu itibarla olayda tipik fiili hukuka uygun hale getiren bir neden olarak meşru savunma şartlarının varlığı tartışılmalıdır.

Meşru savunmanın şartları, Kanuni düzenlemede (TCK m.25/1) açıkça gösterilmiştir. Buna göre, “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faille ceza verilmez.*” Bu hükme göre haksız ve mevcut/muhakkak bir saldırıya karşı yapılan orantılı ve zorunlu savunmalar meşru kabul edilecektir. Ayrıca savunmanın bizzat saldırıda bulunulan kişi tarafından gerçekleştirilmesi şart değildir. Dolayısıyla üçüncü kişi lehine meşru savunma da mümkündür.

Bu bilgiler ışığında dava konusu olay ele alınacak olunursa; tanık C tarafından kaçak göçmenlerin bulunduğu ihbar edilmesi ve bunların saklandığı yerin gösterilmesinden mütevellit maktulün tanık C'nin üzerine doğru yürümesinde ve sanık tarafından tokatla uzaklaştırıldıktan sonra maktulün sanığın “dur” ihtarlarına rağmen sanığa doğru saldırmasında haksız bir saldırının olduğu aşıkardır. Şunu da ifade etmek gerekir ki, sanık tarafından üçüncü kişi lehine başlayan savunma, sonrasında sanığın kendisine yönelik saldırıyı bertaraf etmek için icra ettiği bir savunmaya dönüşmüş, bu şekilde devam etmiştir.

Saldırıya ilişkin şartların gerçekleştiğinin tespitinden sonra savunmaya ilişkin şartların varlığı ele alınmalıdır. Madde metnine göre meşru bir savunmadan bahsedebilmek için savunmanın zorunlu ve orantılı olması gerekir. Ancak meşru savunmanın hukuki esasının, savunmanın sınırlarının zorunluluk ve orantılılık gibi katı ve ağır kriterlere göre belirlenmesine müsaade etmediği özellikle belirtilmelidir. Zira bu kriterler, yalnızca hakların ya da yükümlülüklerin çatıştığı ve dolayısıyla bunlardan birinin tercih edilmek zorunda olduğu durumlarda uygulama alanı bulurken; hak ile haksızlığın mücadelesinin söz konusu olduğu meşru savunma bakımından bu kriterlere başvurulması, meşru savunmanın esasına aykırı olacak ve bu durum adaletsiz sonuçlara yol açabilecektir. Bu itibarla her ne kadar madde metninde “zorunluluk” kavramına yer verilmiş olsa da kanaatimizce buradaki zorunluluktan, savunmanın gerekliliği anlaşılmalıdır³. Gerçekten de meşru savunmanın hukuki esası da düşünüldüğünde kanun koyucunun savunmanın zorunluluğuyla, savunmaya gerçekten ihtiyaç duyulmasını; orantılılık kavramıyla ise savunmanın ölçülü olmasını kastettiği anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak savunmaya ilişkin şartların gereklilik üst başlığı altında izah edilmesi yerinde olacaktır. Bir görüşe göre, savunmanın gerekliliği; alternatif savunma araçları arasından saldırıya karşı koyacak en muhkem, en acil ve en kesin ya da somut olayın koşullarına göre mümkün olan en iyi ve nihayet en hafif aracın seçilme zorunluluğunu öngörmektedir⁴. Diğer bir görüşe göre gereklilik; birden fazla savunma aracından, saldırıya maruz kalan kişinin hukuki değerine doğrudan zarar verme riski taşımayan en hafif aracın seçilmesidir⁵. O

³ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 283. Krşl. ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II-III, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 1992, s. 195; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Adalet, Ankara, 2022, s. 310-311; KARTAL, Melik, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık**, On iki Levha, İstanbul, 2019, s. 200, 201.

⁴ ROXIN, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, 4. Auflage, München, 2006, §15, kn. 42.

⁵ ERB, Volker, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I §§1-37 StGB, 3. Auflage C.H. Beck, 2017, §32 kn. 129.

halde gereklilik; bir taraftan saldırganı karşı gerçekleştirilen en özenli savunmayı, diğer taraftan da bu savunmanın saldırıya maruz kalan kişinin güvenliğini ihlal etmemesini öngörmektedir⁶.

Bu minvalde madde metninde yer verilen orantılılıktan saldırı ve savunma araçları arasında mutlak bir eşitlik veya denklik değil, savunmanın saldırıyı bertaraf edecek ölçüde olması gerekliliği anlaşılmalıdır⁷. Aynı şekilde saldırıya uğrayan hak (konu) ile savunma ile ihlal edilen hak (konu) arasındaki orantılılık bakımından da benzer sonuca varmak gerekir. Buna göre söz konusu orantılılıktan anlaşılması gereken, haklar arasında mutlak bir eşitlik ya da denkleğin bulunması değil, aşırı bir dengesizliğin bulunmamasıdır⁸.

Dava konusu olayda, maktulün silahlı, sanığın ise silahsız olduğu görülmektedir. Yukarıda ifade edilenlere paralel olarak, haksız bir saldırıyı gerçekleştiren kişinin silahsız olması, silahlı savunmacının mutlaka silahını bir kenara atarak onunla eşit şartlarla mücadele edilmesi sonucunu doğurmaz. Ancak bilhassa silahlı savunmalarda savunmanın gerekliliği/ölçülülüğü açısından savunma hareketlerinin kademelendirilmesi şarttır. Buna göre meşru savunma kapsamında hareket eden kişi, saldırganın ağır saldırısına karşı örneğin bir tabancaya başvuracaksa, öncelikle saldırganı bu tabancayı işaret ederek tehdit etmesi gerekmektedir. Ancak bu tehdidin yetersiz kaldığı/kalacağı durumlarda uyarı ateşinde bulunması, bunun da yetersiz kaldığı/kalacağı hallerde ayağına doğru ateş etmesi ve son çare olarak da hedef gözetmeksizin ateş etmesi gibi bir sıralamaya riayet etmesi beklenmelidir⁹. Bununla beraber saldırıda bulunulan kişinin asker veya polis gibi normal bir vatandaşa nazaran saldırıyı daha hafif biçimde berta-

⁶ PERRON, Walter, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, C. H. Beck, 2014, §32 kn. 34. Aynı yönde bkz. BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, Bielefeld, 2016, §15 kn. 39; HEINRICH, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Stuttgart, 2014, kn. 355; HOLLAND, Klaus Hoffmann, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Tübingen, 2015, kn. 235; WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 45. Auflage, C.F. Müller Verlag, 2015, §10 kn. 498.

⁷ ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 277; HAKERİ, s. 314 vd.; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 281, 282; ERSAN, Aykut, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması**, On iki Levha, İstanbul, 2013, s. 45.

⁸ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. II**, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 1987, s. 118; DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 317; ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Seçkin, Ankara, 1995, s. 127; ERSAN, s. 46; KARTAL, s. 58.

⁹ RENGIER, Rudolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, München, 2016, §18, kn. 41; HERZOG, Felix, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band I**, 3. Auflage, Nomos, 2010, §32, kn. 75; ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 433; KARTAL, s. 104.

raf etmeye ehil olması durumunda söz konusu ölçülülük değerlendirmesinin daha katı bir şekilde yapılması gerekir. Nitekim Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun silah kullanma tarzının öngörüldüğü 87. maddesinde; hedefe tevdi edilen ateşli silahların, ateş edilmeden önce, dipçik ve kabzalarının kullanılarak saldırının bertaraf edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu bilgiler ışığında söz konusu olayda sanık, elinde 30 adet dolu mermi bulunan tüfeği olmasına rağmen ateş etmeyip “dur” ihtarında bulunmuş ve fakat maktulün kendisine doğru saldırması üzerine gerçekleşen boğuşmada tüfeğin kasaturasının yol açtığı iki adet yarayla onun ölümüne neden olmuştur. Burada sanığın askerlik vazifesinin de gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğünün bir sonucu olarak tüfeğin dipçığı ya da kabzasını kullanarak daha ölçülü bir savunma yapması gerekirken **sanık, bu husustaki özen yükümlülüğünü ihlal ederek meşru savunmanın sınırını taksirle aşmıştır.**

TCK'nın “sınırın aşılması” başlıklı 27. maddesine göre, “*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.*” Bu itibarla ceza sorumluluğunu kaldıran bir hal olarak meşru savunmanın sınırlarının taksirle aşıldığı söz konusu olayda, **sanığın taksirle öldürme suçundan cezalandırılması ve bu cezanın da altıda birinden üçte birine kadar indirilmesi sonucuna ulaşılmalıdır.**

Son olarak özellikle belirtilmelidir ki olayda, meşru savunmada sınırın taksirle aşılmasına rağmen bu sınırın heyecan, korku ve telaşla aşıldığı sonucuna ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Her ne kadar sanığın 26 kaçak mültecinin bulunduğu yerden de bir saldırının gelebileceği endişesini taşıdığı ileri sürülebilse de olayda bu durumun sanığı mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş içerisine soktuğu söylenemez. Öte yandan sınırın aşıldığı kısım olan taksirle öldürme bakımından haksız tahrik hükümlerinin de uygulanamayacağını ifade etmek gerekir. Zira olayın gelişimine bakıldığında her ne kadar maktul tarafından gerçekleştirilen bir haksız fiil olsa da sanığın buna karşı icra etmiş olduğu müdahale hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında gerçekleşmemiş gözükmektedir. En azından olayda buna dair bir bilgiye yer verilmiş değildir. Dolayısıyla sanık, taksirle öldürmeden cezalandırılmalı ve cezasında TCK m.27/1 hükmü gereğince belli bir oranda indirim yapılmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.
- BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, Bielefeld, 2016.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. II**, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 1987.
- ERB, Volker, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I §§1-37 StGB, 3. Auflage, C.H. Beck, 2017.
- ERSAN, Aykut, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırım Aşılması**, On iki Levha, İstanbul, 2013.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Adalet, Ankara, 2022.
- HEINRICH, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Stuttgart, 2014.
- HERZOG, Felix, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, Band I, 3. Auflage, Nomos, 2010.
- HOLLAND, Klaus Hoffmann, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Tübingen, 2015.
- KARTAL, Melik, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık**, On iki Levha, İstanbul, 2019.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II-III, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 1992.
- ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Seçkin, Ankara, 1995.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.

- PERRON, Walter, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, C. H. Beck, 2014.
- RENGIER, Rudolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, C. H. Beck, München, 2016.
- ROXIN, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 2006.
- TOPÇU, Kemal, **Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı)**, Adalet, Ankara, 2013.
- WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 45. Auflage, C.F. Müller Verlag, 2015.