

İÇİNDEKİLER / Contents

MAKALELER / Articles

KAMU HUKUKU

Tuğrul KATOĞLU

Son Seçenek Olması Gereken Ceza Müeyyidesi ve Ceza Hukukunun Zorlanan Sınırları

*The Last Resort: Criminal Law and Penal Remedy and Their Contested Boundaries.....*973

Merve ALÇIK ENGÜRÜLÜ

AİHM'in Çevre İçtihadının İklim Değişikliği Davalarına Uygulanabilirliği

*Applicability of The ECtHR's Environmental Case Law to Climate Change Litigations.....*1007

Burak ERDEM

Bireysel Başvuru Yolunda Temellendiril(e)memiş Şikâyet

Unsubstantiated Complaint in Individual Application 1055

Erkan AKDOĞAN

Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Uluslararası İnsancıl Örf ve Adet Hukuku Kurallarının Türkçe'ye Yeniden Yorumu (Çevirisi)

*Reinterpretation (Translation) of the Customary Rules of International Humanitarian Law by the International Committee of the Red Cross to Turkish.....*1109

Muhammet KOÇAKGÖL

Tanıma Kuralının Ahlaki İçeriği Sorunu: H.L.A. Hart ve Joseph Raz
Arasındaki “Mutlak” Anlaşmazlık
*The Problem of the Moral Content of the Rule of Recognition: The
“Absolute” Conflict between H.L.A. Hart and Joseph Raz*..... 1141

R. Murat ÖNOK

İtalyan Ceza Hukukunda Hırsızlık Suçu
The Crime of Theft in Italian Penal Law 1163

Uğur ORHAN

Sermaye Piyasası veya Sermaye Piyasası Araçları Suçun Maddi Konusu
Olabilir mi?
*Could the Capital Market or Capital Market Instruments be the Material
Object of Crime?*..... 1229

Oğuz Kaan DOĞAN

Cumhuriyet Karşıtı Bir Kurum: Cumhurbaşkanı Yardımcılığı
An Anti-Republican Institution: Vice Presidency 1249

Elif ERGÜNE

Hırsızlık Suçunda Korunan Hukuki Değerin, Suçun Konusunun, Failin ve
Mağdurun Tespiti
*Determination of Retained Legal Value, the Object of the Crime, the
Perpetrator and the Victim of the Theft Crime* 1275

ÖZEL HUKUK

Cemal DURSUN

Patentin İnhisarîlik Unsurunun İngiltere’de Ortaya Çıkışında Jacopo
Aconcio’nun Rolü
*Jacopo Aconcio’s Role in the Emergence of Exclusivity Element of Patent
in England*..... 1323

Burcu HENDEM

Tahkime Elverişliliğin İtiraz Üzerine İncelenmesine İlişkin Bazı
Değerlendirmeler (HMK m. 422/1)
*Some Evaluations Related to the Examination of Arbitrability upon
Objection (Article 422/1 of the Code of Civil Procedure)*..... 1359

Yasin Alperen KARAŞAHİN

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda Yer Alan Ürün Sorumluluğu Kuralları ile Ürün Güvenliği Kurallarının İlişkisi
The Relationship Between Product Liability Rules and Product Safety Rules Provided for in the Product Safety and Technical Regulations Act..... 1389

Duygu KOÇAK DİKER

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi
Annotation of the Personal Right Arising from the Contract of Construction of the Land Share 1427

Semih Sırrı ÖZDEMİR, Kemal KÜÇÜKKAVRUK

Rekabet Hukuku Açısından Tanıtım Faaliyetlerine Bağlanan Sonuçların Değerlendirilmesi
Evaluation of the Consequences of Advertising Activities in Terms of Competition Law..... 1469

Mehmet Mert ÖZYILDIRIM

Roma Hukukunda Akıl Hastalarının Fiil Ehliyeti
The Capacity to Act of the Mentally Ill in Roman Law..... 1511

Kürşat Nuri TURANBOY

Mirasçının Alacaklılarının Korunmasında Mirasın Reddinin İptali Davasının Hukuki Niteliği ve Koşullarının Değerlendirilmesi
Evaluation of the Legal Nature and Conditions of the Action for the Cancellation of the Rejection of Inheritance in the Protection of the Heir's Creditors 1559

Alper UYUMAZ, Mehmet Cemil TÜRK

Tacirin Tüketici Sıfatı
The Consumer Status of Merchant..... 1591

MAKALELER / *Articles*

SON SEÇENEK OLMASI GEREKEN CEZA MÜEYYİDESİ ve CEZA HUKUKUNUN ZORLANAN SINIRLARI

*The Last Resort: Criminal Law and Penal Remedy and Their
Contested Boundaries*

Tuğrul KATOĞLU*

ÖZ

Cezalandırma, temel hak ve özgürlüklere yönelik hukuki müdahalelerin en ağırlı olarak kabul edilir. Suçun aynı zamanda bir toplumsal olgu olması, hukukun ve toplum bilimlerinin yanı sıra sanatçıların, edebiyatçıların da suç ve cezalandırma pratiklerine ilgi duymasına yol açmıştır.

Devletin dönüşümü, ceza hukukunu da etkilemiştir. Siyasal rejimin türü, ceza hukuku anlayışı bakımından da etkili olmuştur. Ceza hukukunun biçimsel kaynaklara bağlanması, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, temel hak ve özgürlükler bakımından güvence sağlamıştır. Ceza müeyyidesinin son seçenek olarak kabulü de bir temel güvencedir. Ancak bugün, ceza hukukunun genişlediği ve bir suç enflasyonu ile karşı karşıya kaldığı açıktır. Sosyo ekonomik gelişmelere bağlı yeni güvenlik kaygıları, uluslararası sorunlardan kaynaklanan yeni tehdit algıları, ceza hukukunun uygulama alanının daraltılması önündeki en önemli engelleri oluşturmaktadır.

Ceza hukukunun genişmesi ve suç enflasyonu, adli makamların olanaklarının çok üstünde bir işyüküne yol açmıştır. İnfaz kurumları, kapasitelerinin üzerinde hükümlü ve tutuklu ile dolmuştur.

Bu nedenlerle ceza hukukunun uygulama alanının daraltılması zorunludur. Suç olmaktan çıkarma hala önemini koruyan bir yöntemdir. Cezai

Makalenin Geliş Tarihi: 03.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 02.10.2023.

* Prof. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dal, E-posta: katoglu@khas.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4587-3174.

koruma konusu yapılacak menfaatlerin üzerinde uzlaşarak sınırlandırılması zorunludur.

Anahtar Kelimeler: Suç, Doğal suç, Ceza müeyyidesinin son seçeneğ olmesi, Minimum ceza hukuku, Depenalizasyon.

ABSTRACT

Punishment constitutes the heaviest legal intervention to fundamental rights and freedoms. Since the crime is also a social phenomenon, arts and literature are interested in crime and punishment practices as well as law and social sciences.

The transformation of the nature of the state has also affected the nature of criminal law. The genre of political regime has also been influential in terms of criminal law understanding. Adoption of formal sources and the principle of legality of crimes, provided an irreplaceable guarantee concerning fundamental rights and freedoms. Recognizing criminal sanctions as the last resort is also a basic principle. Today, however, criminal law is expanding. New security concerns due to socio-economic developments, new threat perceptions arising from international issues constitute the most important obstacles to narrowing the application area of criminal law.

The “dilatation” of the criminal law and the increasing criminalization caused a workload far beyond the possibilities of the judicial authorities. The penitentiary institutions are full of prisoners and detainees beyond their capacity. Decriminalization still maintains its importance and It is inevitable to reevaluate and determine by consensus the interests to be subject to penal protection.

Keywords: Crime, Natural crime, Criminal sanction as the last remedy, Minimum criminal law, Decriminalization.

GİRİŞ

Bilindiği üzere cezalandırma bir zor uygulamasıdır. Bu yönüyle cezalandırma temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin belki de en ağırıdır. Muhtelif insan davranışlarının önceden suç olarak kabul ve ilan edilmesi, bu davranışlara ceza müeyyidesi uygulanması, özgürlükler alanına ciddi sınırlamalar getirmektedir.

Ceza ve cezalandırma, bu özellikleri nedeniyle hukuk dışındaki disiplinlerin de konusunu oluşturmuştur. Değinileceği üzere, ideolojilerin, felsefenin, sosyolojinin de ilgi alanına giren suç ve ceza, din, edebiyat ve sanatın da konusunu oluşturmuştur. Goya'nın kimi resimlerinden, Balzac'ın eserlerinden Dostoyevski'ye pek çok örnek verilebilir.

Cezalandırma ve bizatihi ceza ayrıca pek çok mitosa konu olmuştur. Kötülük sorunu ve kötülüğün sonucu olarak ceza, mitoslar ve dinlerde yerini bulmuştur¹. Bu anlamda ceza, kötülüğün sonucudur. Aynı zamanda kötülüğün aşılması, geride bırakılması ve bir başlangıca işaret eder. Cezasız kalan kötülük, kötülük olarak kalır². Cehennem meşruiyeti tartışmasındaki geleneksel anlayış, vahim bir günahın ebedi biçimde cezalandırılması gibi örneklere dayanır. Bir günahın orantılı biçimde cezalandırılmaması ilahi bir adaletsizliktir³.

İlk günah ya da varoluş inanç ve mitoslarında cezalandırma örnekleri sıklıkla görülür. Hindu metinlerindeki Prajapati (her şeyi önceden yaratmış tanrı) mitosu (Prajapati'nin eza karşısında kendini kurban etmesi, hem kurban eden hem kurban olması), Hristiyanlık'taki ilk günah inancı, Prometheus'un cezalandırılması, ilahi buyruğun ihlali karşısında uygulanan cezalar olarak nitelendirilir⁴.

Bir zor uygulaması olması nedeniyle cezalandırma, daima devlete ilişkin tartışmaların, ideolojilerin ve felsefenin temel bir sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletin cezalandırma yetkisinin temeline ilişkin görüşler felsefi, ideolojik, sosyolojik ve siyasal hatların üzerinde gelişmiştir.

Devletin dönüşümü, farklı rejimler, farklı ceza hukuku anlayışlarına yol açmıştır. Bir ülkedeki ceza ve ceza muhakemesi uygulamalarının o ülkedeki siyasal rejimin anlaşılması bakımından temel birer ölçüt oluşturdukları bilinen bir gerçektir.

Bu ilişkiyi ortaya koymayı amaçlayan pek çok kuramsal çalışma bulunmaktadır. Emile Durkheim'in Cezanın Evriminin İki Kanunu adlı çalışması gibi. Yazar, siyasal rejimin türüne göre ceza hukuku müdahalelerinin niteliksel ve niceliksel değişiklikler gösterdiğini tarihsel

¹ Raymond Panikkar, *La Faute Originante ou L'Immolation Créatrice Le Mythe de Prajapati* (Padova: CEDAM, 1967), 65.

² Panikkar, 65.

³ Panikkar, 66.

⁴ Panikkar, 74. Karl Kerényi, *La Pena di Prometeo* (Padova: CEDAM, 1967), 124.

örneklerle anlatmıştır. Yazar, cezalandırmanın “evrimini” açıklarken geliştirdiği iki kuraldan hareket etmektedir. Bunlardan ilki “*nicelikle ilgili değişikliklerin kanunu*” ikincisi ise, “*nitelikle ilgili değişikliklerin kanunu*”dur⁵. Nicelikle ilgili değişikliklerin kanununa göre az gelişmiş bir toplum ile merkezi iktidarın mutlaklaşması bir araya geldiğinde cezanın şiddeti artar⁶. Eski Roma’da cumhuriyetten imparatorluğa geçiş ile ceza kanunları ağırlaşmıştır. Ortaçağ Fransa’sında kraliyet güçlendikçe cezaların şiddeti artmıştır⁷. Nitel değişiklik ise cezanın türüne ilişkindir ve Yazar, özgürlüğü bağlayıcı cezaların, zaman içinde cezalandırmanın olağan biçimi haline geldiğini belirtmektedir⁸.

Devletin otoriterleştiği, güvenlik fikrinin öne çıktığı dönemlerde cezalandırmanın şiddetlendiği, ölüm cezası, ömür boyu hapis cezası ya da uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalara daha sık başvurulduğu görülmüştür. Siyasal rejimin ve iktidarın türü, cezaların tür ve miktarları bakımından etkilidir⁹.

Mevcut ya da verili bir düzenin farklı sosyoekonomik koşullara göre değişimi de gerek cezalandırma teorilerinde gerekse cezalandırma pratiğinde dönüşüme yol açmaktadır¹⁰. Liberal ideolojinin egemen olduğu cezalandırma teorilerinin, güvenlikçi kaygılarla otoriterleşebilmesi bunun bir örneğidir. Liberal ideolojiyle anılan cezalandırma teorilerinin zaman içinde otoriter özellikler kazanması aslında bir çelişki değildir. Gelişim evresinde ya da eskiyen kapitalist düzen içindeki toplumsal ve hukuksal koşulların değişimi ceza hukukunun müdahalesini belirlemiş ve şiddetlendirmiştir¹¹.

Avrupa’da endüstrileşme boyunca şehirlerin büyümesi, endüstri öncesi şehir yaşam tarzı bakımından ciddi bir toplumsal rahatsızlık yaratmıştır. Kırsal bölgelere ve yerleşimlere oranla başkentler ve endüstrileşen şehirler toplumsal hareketlerin odakları haline gelmiştir. Bu hareketler, şehirlerin

⁵ Emile Durkheim, *Cezanın Evriminin İki Kanunu*, çev. Hamide Topçuoğlu (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1966), 3 ve 16.

⁶ Durkheim, 3.

⁷ Durkheim, 13, 14.

⁸ Durkheim, 16.

⁹ Devrim Aydın, “Ceza Hukukunun Geleceği ve Yeni Yaptırım Biçimleri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 12 (Nisan 2010): 88, 89.

¹⁰ Alan W. Norrie, *Law, Ideology and Punishment Retrieval and Critique of the Liberal Ideal of Criminal Justice* (Doordrecht: Kluwer, 1991), 3.

¹¹ Norrie, 3, 4.

büyüme eğilimleri ve yapılarıyla orantılı biçimde gelişmiştir¹². Bu hareketler ve yeni taleplerden rahatsız olan kurulu düzenin dili, kimine göre yoksulun yoksulu, suç ve fuhuş batağına düşmüş yığınlardan, kimine göre, onuruyla çalışıp emeğinin karşılığını alamayan çalışanlardan, kimine göre ise, her iki toplumsal gruptan oluşan mutsuz kalabalıkları suç kavramı ve suçlulukla ilişkilendirmiştir. Bir görüşe göre, 1780 Londra isyanının bileşenleri, “tehlikeli mahallelerin” yağmaya daima hazır olan ve suçu kanıksamış sakinleridir¹³. 19. Yüzyılın ilk yarısında Paris’in hızla büyümesi aşırı nüfusa, toplumsal bağların yitirilmesine, suçun çeşitlenerek artmasına, yoksullaşma ve fuhuşa yol açmıştır. Yeni Paris, eskisine düşman, köklerinden koparılmış, kırgın, değerlerini yitirmiş ve “proleter” bir şehirdir¹⁴. Bu kalabalıklar, suça yatkın, şiddete başvurmaya hazır “tehlikeli sınıflar” olarak nitelenmiştir. Bu “tehlikeli sınıflar” bir genelleme ile “yeni şehir çalışanları” biçiminde tarif edilebilmiştir¹⁵. “Tehlikeli sınıflar” ile “çalışan sınıflar” bakımından mevcut olduğu düşünülen ortak noktalar çalışmalara konu oluşturmuştur¹⁶. Balzac, suçun halk ihtilalinden beslendiğini ve ihtilalin bünyesinde dönüştüğünü ifade eder. 1789 ihtilaline ilişkin geçmişe yönelik bir değerlendirmede eski burjuvazi dışında kalanları (ötekileri), Eski Çağ’ın vahşileri, barbarları ve göçebelerine benzeterek tanımlamıştır¹⁷. Bunlar “Başkent hayatı” yani eski sınıf bakımından “tehlikelidir”¹⁸.

Suç ve dolayısıyla cezalandırma, bu şekilde toplumun belli kesimlerinin yargılarıyla da şekillendirilebilmiş, cezalandırma pratikleri “sapma” ve “tehlikeli sınıflar” gibi kavramlar üzerinden gerçekleştirilebilmiştir.

Bu bağlamda suç, sapma kavramı ile içe içe değerlendirilebilmiştir. Sosyologların da ifade ettiği üzere sapma, normal olan üzerinden tarif edilebilir¹⁹. Bununla birlikte, normal ve kabul edilebilir olan nedir, bunlara kim karar verir? Normallik yargısı, davranışlara, görünüme ya da düşüncelere ilişkin ortak kültürel değerler ve normların varlığını gerektirir. Bu değer, kural

¹² George Rude, *The Growth of Cities and Popular Revolt, 1750-1850: With Particular Reference to Paris* (New Jersey: Humanities Press, 1988), 221.

¹³ Bkz. Rude, 221, 222.

¹⁴ Bkz. Rude, 222.

¹⁵ Bkz. Rude, 222.

¹⁶ Louis Chevalier, *Labouring Classes and Dangerous Classes in Paris During the First Half of the Nineteenth Century* (London: Routledge & Kegan Paul, 1973), 366.

¹⁷ Rude, 222. Bu kavramların kullanılışı bakımından ayrıca bkz. Chevalier, 362 vd.

¹⁸ Rude, 222.

¹⁹ Stuart Henry, *Social Deviance* (Cambridge: Polity Press, 2012), 2.

ya da normların ihalini oluşturur biçimde farklı davranmak, farklı görünmek ya da farklı düşünmek toplumsal (sosyal) sapma olarak değerlendirilebilir. Toplumsal sapma, nispeten az önemli kuralları ihlal edenlerden, ceza normlarını ya da diğer kanunları ihlal edenlere kadar farklı yoğunlukta ihlal edici olan davranışları içerir. Topluluk üyeleri, kendi davranışlarından farklı biçimde hareket edenleri, bu kişilerin kendilerine ilişkin değerlendirmelerinden bağımsız olarak toplumsal açıdan sapanlar (sapma içinde bulunanlar) biçiminde tarif eder. Bu kişiler, sapan damgasını kabul etsinler ya da etmesinler, sapmayı yaratan toplumsal süreçlerin sonuçları olarak ortaya çıkar. Toplumsal süreçler bu kişilerin davranışlarının anlamını belirler, davranışların anlamı ise tarihsel ve toplumsal bağlamından etkilenir²⁰. Sokakta kendi kendine konuşurken görülen birinin bu davranışı önceleri akıl maluliyetinin bir belirtisi olarak nitelendirilebilecek iken, bugün kablosuz bir iletişim cihazı vasıtasıyla başkaları ile konuştuğu biçiminde yorumlanabilir²¹. Bu anlamda sapma ve farklılık bağlantılıdır. On yedinci yüzyıldaki cadı avı sosyolojik farklılık üzerine kuruludur. Cadı olarak tesnif edilen kişiler, daha yaşlı, toplumsal açıdan daha marjinal kadınlardır. Peki her farklılık, sapmaya yol açan bir farklılık mıdır? Sapma her hangi bir farklılık değildir. Sapma sosyolojik olarak, bir toplumu oluşturan kişilerin ahlaki açıdan ihlal edici ve tehlikeli olarak tarif edilmiş bir farklılıktır²². Davranış, görünüş ya da düşüncelerin sapma olarak değerlendirilebilmesi için, normlardan kaynaklanan olumsuz bir yargının bulunması gerekir. Bu olumsuz yargıya ulaşabilmek ve bir davranışı sapma olarak ilan edebilmek için, toplum adına hareket eden belli bir kimse ya da grubun farklı konularda bazı kararlar alması zorunludur. Ortak değerler hangileridir? Bu değerler kime ya da kimlere uygulanır? Davranış ya da düşünce, kültürel normları veya değerleri ihlal etmekte midir? Davranış, tepki vermeyi gerektirecek kadar ciddi, belirleyici ölçüde ihlal edici midir? Sapma yargısı çoğunlukla tüm toplumun değil, belli bir grubun değerlendirmesini ifade eder. Kürtaj karşıtları ve kürtaj yanlılarının tutumları bu duruma örnek olarak verilebilir²³.

Bu tür değerlendirmelerin suçun belirlenmesi ve cezai sonuçların uygulanması açısından ne kadar tehlikeli olduğu açıktır.

²⁰ Henry, 2.

²¹ Henry, 2.

²² Henry, 4.

²³ Henry, 4, 5.

I. SUÇ YARATMA

Yukarıda anlatılanlar, bir fiilin suç haline getirilmesinin ya da suç yaratılmasının siyasal ve toplumsal değerlendirmeler ile iç içe olduğunu göstermektedir. Bu nedenle suç yaratılması ya da bir fiilin suç haline getirilmesi sürecinin, temel bazı hukuki ilkelere tabi olması, bu ilkelerin anayasal nitelikte güvencelere bağlanması zorunludur.

Liberal ideolojinin ve Aydınlanma düşüncesinin kazanımlarından olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, suç sayma ve cezalandırma süreçleri bakımından biçimsel anlamda temel bir güvence sağlamıştır. Bilindiği üzere bu ilke, çağdaş hukuk sistemlerinde cezanın son seçenek olması kuralıyla tamamlanmıştır. Aşağıdaki alt başlıklarda, biçimsel suç ve ceza müeyyidesinin son seçenek olması kuralının yanı sıra, evrensel adaletin sağlanması gibi çeşitli amaçlarla önerilen doğal suç tanımı denemeleri gerekli olduğu ölçüde ele alınmıştır.

A. Modernitenin Ceza Hukuku ve Sağladığı Kazanımlar

Bugün, suç ve cezaya ilişkin farklı disiplinlerin farklı tespit ve tanım denemeleri yanında ceza hukukunun esasen biçimsel kaynakları dikkate alan suç anlayışlarını kabul ettiği söylenmelidir. Bu anlamda suç, biçimsel kaynakların öngördüğü bir ihlal türüdür.

İçtihat hukukunun ceza hukukunun kaynakları arasında yer aldığı Anglo-Amerikan hukuk sisteminin benimsendiği düzenlerde dahi öğreti, cezalandırmada belirliliğin önemini vurgulamıştır. Hart, “cezalandırma nedir?” sorusunu yanıtlarken, cezalandırmayı beş özelliğiyle tanımlamıştır. Yazar’a göre cezalandırma, ilk olarak eza ya da olağan koşullarda mutsuz edecek (unpleasant) sonuçlar uygulanmasını gerektirir. Cezalandırma, hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden bir ihlal nedeniyle olmalıdır. Cezalandırma, ihlali gerçekleştiren fail üzerinde uygulanmalıdır. Fail dışındaki kişiler tarafından uygulanmalıdır. Cezalandırma, ihlalin yöneldiği hukuk düzeni tarafından kurulmuş bir yetkili merci tarafından uygulanmalı ve takip edilmelidir²⁴.

²⁴ Bkz. George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford-New York: Oxford University Press, 2000), 409, 410.

B. Ceza İhlalinin Sınırlarının Belirlenmesi: Biçimsel Suç

Bavyera Ceza Kanunu'nun müellifi Anselm von Feuerbach'ın Latince olarak ilk defa kullandığı *nullum crimen nulla poena sine lege* – kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi esasen modernitenin bir ürünüdür. Latince ifade edilmiş olmasına karşın, ilkenin eski Roma hukukunun bir ürünü olmadığı bilinmektedir. Eski Roma hukuk düzeninde cezalandırmanın ana kaynaklarından biri kıyastı. Egemen görüşe göre, hakime kıyasen – *ad exemplum legis* cezalandırma yetkisi verilmişti²⁵.

Modernitenin ve Liberal ideolojinin ceza hukuku, kanun önünde eşitlik ilkesinden de hareketle suç ve cezaların kanuniliği esasına dayanmıştır. Liberal ideolojinin egemen olmasıyla, monarşist dönemin kana dayalı ayrıcalıklarının yerini ranta dayalı ayrıcalıklara bıraktığı eleştirisi²⁶ önemli olmakla birlikte, kanunilik ilkesi temel bir kazanımdır.

Suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, ceza kanunu ve suç arasında kopartılamaz bir bağ kurmuştur. Buna göre suç, ceza kanunu ihlalidir. Daha ayrıntılı biçimde, ceza kanunu tarafından öngörülen bir emir ya da yasağın ihlalidir. Bu anlayış doğrultusunda suç genel olarak hukuk düzeninin sonuç olarak ceza müeyyidesi öngördüğü her fiil biçiminde tanımlanır. Suç, bir hukuki fiildir. Zira hukuka aykırı bir hukuki fiil olan suçun gerçekleşmesine hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Ancak ceza müeyyidesi diğer yaptırımlardan biçimsel olarak ayrılır. Bu yönüyle suç yani cezai ihlalin diğer ihlal türlerinden ayırıldığını sağlayan ölçüt ceza müeyyidesidir. Suç, karşılığında ceza hukuku anlamında ceza öngörülen fiildir²⁷.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, Aydınlanma Felsefesi'nin ve liberal ideolojinin yarattığı iklimin, karşılamak istediği güvence ihtiyacının bir ürünüdür²⁸. Bununla birlikte, yine Aydınlanma akımı içinde yerini bulan doğal hukuk rasyonalizmi, her toplumda, her dönemde mevcut olan ve akıl vasıtasıyla herkesçe bilinebilen, doğal suçların mevcudiyetini kabul etmiştir²⁹.

²⁵ Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale* (Milano: Giuffrè, 1994), 62. Suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin gelişimi için ayrıca bkz. Güneş Okuyucu Ergün, *Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023) 34 vd.

²⁶ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale* (Padova: CEDAM, 1992), 23.

²⁷ Antolisei, 149, 150.

²⁸ Okuyucu Ergün, 35, 36.

²⁹ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 262.

C. Doğal Suç – Yapay Suç

Tahir Taner'in ifadesiyle, her yerde her devirde, "suç sayılmış ve cezalandırılmış olan umumi ahlaka aykırı bazı fiillerin mevcut olduğu ileri sürülmekte ve bunlara tabii (doğal) suçlar (*délits naturels*) adı verilmektedir. Mesela can, mal, ırza karşı ... tecavüzler ... Cürüm neviden olan suçların çoğu bu mahiyettedir. Bu fiillere mukabil ahlakça kötü sayılmayan ve sırf içtimai fayda bakımından suç addedilmiş bir takım fiiller vardır"³⁰. Bu ikinci suç kategorisi için, suni-yapay suçlar (*délits artificiels*) ya da "müsbet hukuka göre suçlar" (*délits du droit positif*) denir³¹.

Öğretide farklı gerekçelerle doğal suç ya da biçimsel olmayan-bünyesel suç tanımları önerilmiştir.

Garofalo, 1891 yılında yayınlanan kriminoloji kitabında doğal suçu, "medeni insan topluluğunun ortak ölçüsünü oluşturan merhamet ve dürüstlük biçiminde tarif edilen diğergam duyguların topluluğa zarar veren davranışlarla ihlali" olarak tanımlamıştır³². Tanım, "aşırı" ve "kusurlu" bulunarak eleştirilmiştir. Kusurludur çünkü suçlar sadece merhamet ve dürüstlüğü ihlal etmez. Suç, edebe aykırılık, dini değerleri aşağılama, vatana ihanet gibi varlık ya da menfaat ihallerinde olduğu gibi farklı başka duygu ve gayrı maddi varlıklara karşı işlenebilir. Aşırdır çünkü, çağdaş ceza hukukunun sadece ortak ahlaki ilkeleri koruduğu, suç türlerinin tamamının genel ya da müşterek ahlaki ilkeler ile çelişki oluşturduğunu söylemek mümkün değildir³³.

Aynı eleştiri, Ferri ve Berenini tarafından önerilen doğal suç tanımı için de yapılmıştır. Yazarlara göre, "Belli bir dönemdeki bir toplumun ortak ahlaki ilkelerini ihlal eden, yaşam koşullarını tehlikeye sokan ve antisosyal, bencil güdülerin neden olduğu cezalandırılabilir davranışlar suçtur"³⁴.

Biçimsel olmayan bir başka suç tanımına göre, "Hukuk normu vaz etme yetkisine sahip makamların değerlendirmelerine göre toplumun varlığı ve korunmasını imkansızlaştıran ya da ciddi tehlikeye sokan davranışlardır"³⁵.

³⁰ Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953), 81.

³¹ Taner, 81.

³² Bkz. Antolisei, çev. T.K., s. 152.

³³ Antolisei, s. 152.

³⁴ Antolisei, s. 152.

³⁵ Crispigni'nin bünyesel tanımı için bkz. Antolisei, çev. T.K., 153.

Bu son tanım önerisi de kabul edilemez, zira sadece ağır suçlar bakımından uygulanma kabiliyeti olup hafif suçları açıklayamaz. Öte yandan hukukun ve ceza hukukunun aynı zamanda geliştirici bir işlevi de olduğundan sadece muhafaza işlevini esas alan bir tanım yetersizdir³⁶.

Hemen yukarıda belirtildiği üzere bu tanım önerileri farklı gerekçelerle yapılabilmektedir. Doğal suç tanımları ya da biçimsel olmayan bünyesel suç tanımlarına, ceza kanunlarının bilinmesi-bilinebilirliği veya kural üzerinde hata tartışmaları açısından bir işlev yüklenebildiği gibi, bu yaklaşımlar pozitif hukukun eleştirisine de vasıta kılınmıştır.

Bunların dışında, doğal hukuktan, özellikle insanlığa karşı suçların kaynağını tespit bakımından da yararlanılmıştır.

“Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin açıklanması ya da gerekçelendirilmesi bakımından ceza kanunlarının bilinmesi ya da bilinebilirliği sorunu doğal hukuk rasyonalizminden hareketle çözülmeye çalışılmıştır. Doğal hukuk rasyonalizminden hareketle, yayınlanmış tüm kanunların us yoluyla bilindiği karinesi kabul görmüştü³⁷. Öte yandan, yazılı kanunun da doğal hukuk ilkelerine dayanacağı, korunacak değerlerin evrensel bir nitelik taşıyacağı ve bu nedenle hukuku bilmemenin mümkün olmayacağı düşünülüyordu. Ancak tarihsel gelişmeler başka yönde oldu. Yeni gelişen sınıf ve farklı – karşıt toplumsal talepler, doğal suçlarla ilgisi bulunmayan ve tamamen kanunkoyucunun ürünü olan yapay suçlara vücut verdi. Çok sayıda suç burjuva ceza kanunlarında yerini aldı³⁸. Bu etkenler dışında cezaen korunması gerekli olduğu düşünülen kolektif nitelikte yeni varlık ve menfaatler de ortaya çıktı. Klasik dönem ceza hukukçularının öngöremediği, soykırım, insanlığa karşı suç, göçmen kaçakçılığı gibi yeni suç türleri kabul edildi³⁹.

Pozitif hukukun eleştirisi bakımından da doğal hukuk yaklaşımının ve bünyesel suç tanımı önerilerinin bir işlevi olduğunu kabul etmek gerekir. Doğal hukuku aklın ürünü olan ve akıl yoluyla kavranan, değişmez, tüm zamanlar ve yerlerde geçerli olan kurallar bütünü olarak tanımlayan On Sekizinci Yüzyıl düşüncesinin bugün olduğu gibi kabul edildiğini söylemek mümkün değildir. Bugün için doğal hukukun, insan ruhunun ideal ve

³⁶ Antolisei, 153.

³⁷ Toroslu ve Toroslu, 262.

³⁸ Toroslu ve Toroslu, 262.

³⁹ Aydın, 12.

mükemmel bir hukuka ulaşmak amacıyla, yürürlükteki kanunları eleştirmek, tartışmak işleviyle donatılmış bir yaklaşım olduğu düşünülebilir⁴⁰.

Suç tanımlamak için ortaya çıkan bünyesel ve pozitifötesi (metapozitivist) anlayışların ortak bir özelliği bulunmaktadır. Temelde hukukun kaynağı olarak kanuna ve geleneksel dogmatik yaklaşıma karşı derin bir tatminsizlik. “Ceza biliminin” konusunu diğer toplumsal kaynaklara doğru genişletmek ve hukuku, kanunun dışında, hatta kanuna karşı belirlemek. Bu anlayışlar, esasen dinamik zorunlulukların sonucunda kendilerine zemin bulmuştur. Yenileşme ve dönüşümlerin yarattığı zorunluluklar ile ilişkili olarak genellikle derin kriz ya da devrim dönemlerinde gündeme gelirler. Zira bu gibi dönemlerde pozitif hukuk, değişen toplumsal gerçeklikle çelişir ve dönüşümü engeller. O kadar ki, böyle dönemlerde hukukun bilişsel özelliği terk edilir ve hukuk yaratıcı özellik kazanır, yeni bir hukuk düzeninin oluşumuna hizmet eder⁴¹.

Doğal suç kavramına ve bünyesel suç tanımlarına, geniş anlamda insanlığa karşı suçlar ya da uluslararası toplumun vahim saydığı ihlallerin suç haline getirilmesi ve cezalandırılması bakımından bir işlev yüklediği hatta bu tür suçların cezasız kalmaması bakımından umut bağlandığı da görülmektedir⁴².

Bu konudaki çalışmalarına ve görüşlerine özellikle gönderme yapılan Alman hukukçu Gustav Radbruch, 1946 yılında yayınlanan ve İngilizce çevirisi Oxford Journal of Legal Studies dergisinde ileri bir tarihte basılan Kanun Yokluğu ve Kanun Üstü Hukuk olarak çevrilebilecek çalışmasında, “kanun kanundur” anlayışının tek başına bir değer olmadığını savunarak, kanuna uygun davranılmış olmasının hukukun ihlaline başlı başına engel olmayacağını ifade etmiştir⁴³. Ancak düşünür, ayrıca “en kötü kanun, kanun olmamasından iyidir” biçiminde ifade edilebilecek anlayışın hiç olmaz ise hukuki güvenliğe hizmet ettiğini kabul etmektedir. Ona göre, hukuki güvenlik tek değer değildir, adalet de mutlaka esas alınmalıdır. Bununla birlikte

⁴⁰ Antolisei, 73

⁴¹ Mantovani, 67, 68.

⁴² Tuğrul Katoğlu, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007), 83 vd.

⁴³ Gustav Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, trans. Bonnie Litschewski Paulson Stanley L. Paulson) *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 26, S. 1 (2006): 1 vd.

hukukun keyfi biçimde uygulanmaması olarak hukuki güvenlik aynı zamanda adalet hedefinin de bir gereğidir⁴⁴.

Bugün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin suç ve cezalarda kanunilik ilkesini güvence altına alan 7. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ve ilke bakımından esneklik sağladığı düşünülen⁴⁵ “*Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem ya da ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir*” hükmünün, Mantovani'nin ifade ettiği, hukukun bilişsel özelliğini bir yana bırakarak yaratıcı özellik kazandığı durumlar ile ilgili olduğu düşünülebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşme'nin 7. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen bu istisnayı esasen İkinci Dünya Savaşı ile ilgili ceza davalarının ve Savaş sonrasında bu savaş ile ilgili davaların görülmesine ilişkin olarak dikkate aldığı bilinmekle birlikte⁴⁶ düzenlemenin, kanun dışındaki kaynakların cezalandırma bakımından esas alınabileceği düşüncesinin bir yansıması olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte özellikle uluslararası insancıl hukukun korunması açısından güvence sağlaması amaçlanan uluslararası ceza hukukunun kaynakları dikkate alındığında, biçimsel ölçütlerin vazgeçilmez bir güvence oluşturmaya devam ettiği daha rahat anlaşılacaktır. Uluslararası ceza hukukunun kaynaklarını, uluslararası ceza hukuku sözleşmeleri, uluslararası örf adet (Lahey savaş hukuku sözleşmelerine kaynak oluşturduğu gibi) ve hukukun genel ilkeleri oluşturur. Hukukun genel ilkeleri, üzerinde uzlaşmış belirli sayıdaki ilkelere dayanır. Öğreti ise suç ve cezalarda kanunilik ilkesi gereği bu disiplinin kaynağını oluşturmaz⁴⁷. Dar anlamda uluslararası suçların, özellikle uluslararası ceza hukuku sözleşmelerinde korunması zorunlu kılınan varlık ve menfaatlere göre belirlenmesi bir biçimsel güvence sağlamaktadır. Pek çok uluslararası ceza hukuku sözleşmesi ile sayısı belirli dar anlamda uluslararası suç oluşmuştur. Geçen yüzyılın başlarına göre çok ileri bir duruma işaret eden bu düzenlemeler hem biçimsel güvenceler sağlamakta hem

⁴⁴ Radbruch, 6, 7.

⁴⁵ Bkz. Katoğlu, 86.

⁴⁶ David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 469.

⁴⁷ Mahmoud Sherif Bassiouni, *Le Fonti e Il Contenuto del Diritto Penale Internazionale Un Quadro Teorico* (Milano: Giuffrè, 1999), 1 vd.

uluslararası toplumun korumak istediği varlık ya da menfaatlerin, doğal hukuka başvurulmaksızın korunmasını olanaklı kılmakta hem de uluslararası ceza hukukunun mevcudiyetine ilişkin tartışmalara noktayı koymaktadır. Gerçekten de uluslararası ceza hukuku sözleşmeleri ile korunması amaçlanan varlık ya da menfaatlerin açıkça belirlenmesi halinde, en azından hangi ihlallerin cezalandırılma olasılığının bulunduğu öngörülebilecektir.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, bütün bu gereksinimlere ve bu gereksinimlerin yarattığı kuramsal öneriler ile tanım denemelerine karşın vazgeçilmesi mümkün olmayan bir temel güvencedir. George Fletcher, adalet amacı ve kanunilik ilkesinin belli dönemlerde çelişebileceğini, ancak kanunilik ilkesinin çok temel bir güvence olduğunu ifade ettikten sonra mizahi bir benzetme ile durumu betimlemektedir. Yazara göre, “*Adalet, tutkulu bir aşk öyküsündeki beklenti ve tehlikeleri içerir. Kanunilik ise sadakate dayanan bir evliliğin istikrarını yaşatır*”⁴⁸.

Biçimsel kanunilik, ya da suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kabul edilmesi, kanunkoyucuya da önemli sorumluluk ve görevler yükler. Suçun ve cezanın kanun ile öngörülmesi yeterli değildir. Kanunkoyucu keyfi olarak suç ve ceza öngörmemelidir. Çağdaş ceza hukuku cezayı son seçenek olarak görür. Bu çerçevede, ceza müeyyidesine ancak zorunlu hallerde başvurulmalıdır. Bunun için ceza müeyyidesinin ihlal ile orantılı bulunması ve son seçenek olması gerekir.

Ancak bugün ceza hukukunun ve ceza müeyyidesinin son seçenek olması ilkesine uygun bir mevzuatın varlığından bahsedilmesi kolay değildir.

II. ULAŞILAMAYAN BİR HEDEF: CEZA MÜEYYİDESİNİN SON SEÇENEK OLMASI

İnsan haklarına dayanan sosyal hukuk devletini güvence altına alan anayasalar ile somutlaşan çağdaş anlayışın ceza hukuku bakımından etki doğurması kaçınılmazdı. Bilindiği üzere, günümüze hakim olması gereken özgürlükçü ceza hukuku anlayışı ceza müeyyidesine başvurulmasını son seçenek (*extrema ratio-ultima ratio*) olarak görmekte ve koşullarının bulunması halinde depenalizasyona başvurulmasını önermektedir.

⁴⁸ George Fletcher, *Grammatica del Diritto Penale*, çev. T.K. (Bologna: Mulino, 2004), 323.

Her ne kadar ceza müeyyidesinin son seçenek olması gerektiği, oydaşılan bir ilke olsa da mevcut durumda genişmiş bir ceza mavzuatıyla karşı karşıya olunduğu açıktır. Kıta Avrupası hukuk ailesine mensup hukuk düzenlerinin önemli bir kısmında ceza hukukunun kapsamca genişlediği söylenebilir. Bu nedenle İki Binli yılların başlarında, ceza hukukunun kapsamını daraltarak zorunlu ve minimum bir ceza hukuku anlayışına geçişin çok da gerçekçi olmadığı ifade olunmuştur⁴⁹.

Özellikle güvenlik kaygısı ya da güvenlik teması, bu tür bir reformun önündeki başlıca engellerdendir. Güvenlik teması, özellikle adi suçluluk ve uluslararası terörizmle mücadele gerekçeleriyle yeni suç türlerinin yaratılması, ceza müeyyidesi tehdidinin alanca genişletilmesi ve temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin yoğunlaştırılması bakımından bir meşrulaştırma aracı haline getirilmiştir⁵⁰.

Toplumsal olguların, sorunların nedenlerini ve girift yapılarını dikkate alan toplumsal politikaların geliştirilmemesi, bu sorunların üzerine ceza müeyyidesi ile gidilmesi sonucunu doğurmuştur. Farklı gerekçelerle yeni pek çok suç tanımı yürürlüğe girmiş, öte yandan cezalar ağırlaştırılmıştır. Özellikle özgürlüğü bağlayıcı cezaların miktarlarında artışlar olmuştur. Örneğin 765 sayılı Türk ceza Kanunu'nda öngörülmüş olan cezalar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ile ağırlaştırılmış, dava zamanaşımı süreleri de uzatılarak daha ağır bir cezai rejim oluşturulmuştur. Günümüzün önemli sorunlarından olan konut kirası artışlarındaki fahiş oranlar dolayısıyla kiracıları korumaya yönelik olarak hapis cezası öngörülmesine ilişkin eğilim mutlaka bu açıdan değerlendirilmelidir.

Toplum hayatının farklı alanlarına, katmanlarına ilişkin yeni cezai düzenlemeler yapılırken herhangi bir temel ölçüt kullanılmamış, görünüşteki gerekçeler, demokratik bir toplumun özellikleriyle bağdaşmaz nitelik taşımış, “marjinalliğin” bastırılması amacına yönelmiştir⁵¹.

Özellikle medya tarafından da tahrik edilen bastırıcı müdahaleye ilişkin toplumsal bir talebin mevcudiyeti dikkate alınmalıdır. Güvenlik kaygılarının anlaşılır bir yanı olmakla birlikte, bugünün Avrupa coğrafyasında asıl amacın **yeni bir genel kamu düzeni** anlayışına hizmet edecek müdahale araçlarının sağlanması, geliştirilmesi olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu noktada,

⁴⁹ Giovanni Palombarini, *Per un altro diritto penale*, (Roma: Donzelli Editore, 2002), 3.

⁵⁰ Palombarini, 4.

⁵¹ Palombarini, 4.

aralarında düzensiz göçün de olduğu temel bazı toplumsal sorunların ceza müeyyidesi ile çözülebileceği düşüncesi dikkat çekmektedir⁵². Bu, aslında sorunların çözülmesi değil bastırılmasıdır. “*Sosyal politikanın, en iyi (etkin) ceza politikası olduğu*” unutulmamalıdır⁵³.

Avrupa coğrafyasında, özellikle uluslararası terizmle mücadele ve kentlerin güvenliğinin sağlanması gerekçelerinden hareketle bastırıcı müdahalelerin yoğunlaştırılması savunulmaktadır. Kent hayatı bakımından da özellikle küçük ölçekli suçluluğun ve düzensiz göçün, ceza aygıtına artan biçimde başvurulmasının gerekçeleri olarak sunulduğu görülmektedir⁵⁴.

Bu durum, mevcut ceza kanunlarının öngördüğü çok sayıda suç türüne yenilerinin eklenmesine yol açmakta, sıradan insanların değil, hukukçuların dahi bilemeyecekleri yeni suç türlerinden oluşan bir suç yığını yaratmakta, ceza hukukunun alanı yapay suçlarla genişlemektedir. Bu durum ceza kanunlarının bilinebilir olması ve ceza sorumluluğun öngörülebilirliği ilkelerine zarar vermektedir. Mütevazı olarak nitelendirilebilecek kimi depenalizasyon uygulamaları da bu genel eğilim bakımından etkili olmamaktadır⁵⁵.

Halbuki ceza kanunlarının açıklığı kuralı gereği bunların bilinebilir ve anlaşılabilir olması, kanunilik ilkesinin bir gereği, kurucu unsurdur. Bu sayede kanunilik ilkesi, tarihsel olarak keyfilikten kanuniliğe geçişin simgesidir⁵⁶. Ancak mevcut durumda kanunilik ilkesine yönelen başlıca tehdit kaynaklarından biri keyfi yasama faaliyetidir⁵⁷.

Suç haline getirme tercihindeki bu artış, kanunlaştırma amacıyla çelişir biçimde etkinlik ve uygulanabilirlik özelliklerine dair sorunları beraberinde getirmiştir. Suç türlerindeki aşırı çeşitlilik ve artış, savcılıkların ve mahkemelerin mevcut nicel olanaklarının çok üstünde bir işyüküne yol açarak azımsanmayacak sayıdaki suçun zamanaşımına uğraması tehlikesini doğurmuştur. Vahim olmayan ihlalleri karşılamak için hafif cezalar öngörülmüş çok sayıdaki yapay suç, adli makamların işyükünü aşırı surette

⁵² Palombarini, 4.

⁵³ Aydın, 94.

⁵⁴ Palombarini, 4, 5.

⁵⁵ Palombarini, 5; Gianfranco Viglietta, *Repressione penale e alternative di tutela* (Roma: Donzelli Editore, 2002), 24.

⁵⁶ Viglietta, 23, 24.

⁵⁷ Luigi Ferrajoli, *Crisi della legalità e diritto penale minimo* (Roma: Donzelli Editore, 2002), 19, 20.

artırırken, tabii oldukları kısa zamanaşımı sürelerinin dolmasıyla cezasız kalabilmektedir⁵⁸. Vahim olmayan ihlalleri cezalandırmak amacıyla öngörülen bu suçların bu şekilde cezasız kalabilmesi çelişki yaratmaktadır.

Başta çıkılmaz işyüğü gibi sorunların üstesinden gelmek amacıyla teklif ya da kabul edilen “reformlar” temel bazı ilke ve menfaatlerin ihlal ya da feda edilmesine yol açmaktadır⁵⁹. Adli makamların ve mahkemelerin işyükünü azaltmak için kabul edilen basit ve seri muhakeme usullerinin, ceza muhakemesinin temel ilkelerini ihlal etmesi gibi. İşyükünün azaltılması bakımından sıkça bavorulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun yarattığı sorunlar da bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Suç türlerinin artırılması, ceza müeyyidesinin ilk başvuru olarak kabul görmesi, ceza aygıtının adeta bir mesih olarak görülmesi, işyükünü altından kalkılamaz bir hale getirmiştir. İşyükü sorununu, ceza davalarının uzaması sorununu çözmek için geliştirilen mekanizmalar, varlığını ve tarihsel kökenini Avrupa’da cumhuriyet rejimlerine borçlu olan davaların açılmasında kanunilik-mecburilik sistemine ve bu sistemin amaçlarına zarar veren bir durum yaratmıştır⁶⁰. Suç tanımı sayısındaki aşırılık, ceza muhakemesindeki işyükünü artırırken af gibi kurumlara sıklıkla başvurulmasına yol açmaktadır⁶¹. Bu nedenle bazı suçlar cezalandırılırken bazı suçlular cezasız kalmaktadır. Halbuki kanunilik-mecburilik sistemi, ayrıcalıkçı monarşist cezalandırma aygıtına bir tepki olarak ortaya çıkmış, suç işleyenin sıfatına, tabii olduğu sınıfa bakılmaksızın cezalandırılmasını hedeflemiştir⁶². Bu sistem, feodal ve aristokratik ayrıcalıklar sayesinde işledikleri suçların hesabını vermeyenlere tepki olarak, faili ve mağduru kim olursa olsun suçların cezasız kalmamasını öngörür.

Mevcut durum demokratik ilkelerin hayata geçirilmesinden çok popülist politikaların sonucu olarak değerlendirilmiştir. Bu aslında bir geriye gidiştir. Kanunilik-mecburilik sisteminin dejenere edilmesi eşitlik ilkesinin de ihlaline yol açmaktadır⁶³.

⁵⁸ Viglietta, 26.

⁵⁹ Palombarini, 5; Viglietta, 24.

⁶⁰ Palombarini, 5, 6.

⁶¹ Viglietta, 24.

⁶² Benzer görüş için bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 562, 563.

⁶³ Palombarini, 5, 6.

Günümüzdeki durum çelişkilerle ve tutarsızlıklarla doludur. Sayısız suç türü öngörülmüş olmakla birlikte çeşitli nedenlerle bu suçları oluşturan pek çok fiil cezasız kalmaktadır. Mahkemeler tıkanmıştır, davalar sürüp gitmektedir. Ceza infaz kurumları, kapasitelerinin üstünde doludur⁶⁴. Bu durumda güvenliği sağlaması beklenen ve gereken hukuk, güvenliği tehdit eder hale gelmiştir. Bir görüşe göre, hukuki güvenlik ifadesinde, sıfatı oluşturan “*hukuki*” deyimini, aslında tehlikenin kaynağına işaret etmektedir⁶⁵.

Cezanın islah amacıyla çelişir biçimde cezaevleri dolup taşmıştır. Cezaevlerinin boşaltılması için bir araç haline gelen af kurumunun uygulanmasının anayasa düzenlemeleriyle zorlaştırıldığı hukuk düzenlerinde infaz kurumlarındaki yoğunluk ciddi bir sorun haline gelmiştir. Durumun vehameti, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 30 Eylül 1999 tarih ve 99/22 sayılı tavsiye kararının adına yansımıştır. Söz konusu belge, Cezaevinin Aşırı Kalabalıklaşması ve Cezaevi Mevcudu Enflasyonu Hakkındaki Tavsiye Kararı adını taşımaktadır⁶⁶.

Ceza infaz kurumlarının dolup taşması, hükümlü ve tutukluların sağlıkları, yaşam hakları ve barınma koşulları bakımından vahim sorunlara yol açmıştır ve açmaktadır. Cezaevlerinin boşaltılması amacıyla ya sıkça af kanunlarına başvurulmakta ya da şartla salıverme ve denetimli serbestlik kurumları dejenere edilerek anayasaya aykırı biçimde örtülü özel af uygulamalarından medet umulmakta veya yeni cezaevi binalarının, yerleşkelerinin inşası müjde olarak sunulmaktadır.

Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yansımıştır. İtalya’da, İki Binli yılların başlarında infaz kurumlarındaki hükümlü ve tutuklu miktarı yüzde yüz elliye kadar ulaşmış, çözüm olarak yeni infaz kurumlarının inşası ve evde infaz uygulamasının kapsamının genişletilmesi önerilmiştir⁶⁷. Sorun, on sekiz aya kadar hapis cezalarının evde infazı kabul edilmek suretiyle çözülmeye çalışılmış, ancak süreli düzenleme 31 Aralık 2013 tarihine kadar yürürlükte kaldığından infaz kurumlarındaki kalabalık sorunu devam etmiştir. 2013 yılında Mahkeme, İtalya devletini mahkum ettiği

⁶⁴ Palombarini, 6.

⁶⁵ Michele De Salvia, “La place de la Notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel>, Erişim tarihi: 10.6.2013, 2.

⁶⁶ Duygu Çağlar Doğan, *Hapis Cezasına ve İnfazına Seçenek Kurumlar* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 79, 80 ve 93.

⁶⁷ Doğan, 80.

Torreggiani kararında infaz kurumlarındaki aşırı nüfusun, insanlık dışı muamele olduğunu ve Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini hükme bağlamıştır. Kararda, İtalya Devleti'ne, sorunların çözülmesi için bir yıllık bir süre verilmiştir⁶⁸.

Mahkeme, Sulejmanovic/İtalya kararında hükümlü ve tutuklu başına düşen yaşam alanının üç metrekaresinin altında bulunmasını Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali için yeterli saymıştır. Mahkeme, üç metrekaresini Torreggiani kararında da uygulamış, başlı başına bu kuralın ihlal edilmesinin, insanlık dışı muamele olduğunu karara bağlamıştır. Mahkeme, aynı değerlendirmeyi Mursic/Hırvatistan kararında da yapmıştır⁶⁹.

Çözüm bulmak için günümüz toplumunun gereksinim ve sorunları bakımından ceza müeyyidesinin işlevinin gözden geçirilmesi, diğer güvence ve yaptırım aygıtlarının ilgili varlık ve menfaatlerin korunması bakımından değerlendirilmesi, ceza adaleti bakımından temel bir gereklilik ve sorun olarak kendini göstermektedir⁷⁰.

Öte yandan, suçla mücadele ve toplumun savunulması bakımından tek aracın ceza müeyyidesi olmadığı, failin cezalandırılması yerine rehabilite edilmesinin de bir yöntem olduğu unutulmamalıdır⁷¹. Özellikle uyuşturucu kullanımına ilişkin suçlar bakımından Türk hukuku da dahil olmak üzere cezalandırma yerine rehabilitasyonun öncelik kazandığı hukuk düzenleri bulunmaktadır.

Güvenlik kaygısı, cezanın belirsizliği, öngörülemezliği, kolluk ve yargının etkin olmaması gibi değerlendirmeler ile ifade olunabilecek ceza adaleti krizi, sistemi meşgul ederken, hemen her konuda özellikle hapis cezası tehdidi özlemiyle ceza müeyyidesine başvurulmasının talep edilmesi söz konusu olmaktadır⁷².

⁶⁸ Doğan, 87, 88.

⁶⁹ Doğan, 88. Sulejmanovic v. Italy 16.7.2009, Torreggiani and Others v. Italy, 8.1.2013, Mursic vs. Croatia, 20.11.2016, <https://hudoc.echr.cor.int> (erişim tarihi 6.6.2023).

⁷⁰ Palombarini, 6.

⁷¹ Aydın, 97.

⁷² Palombarini, 7.

III. CEZA HUKUKUNUN UYGULAMA ALANININ DARALTI LMASI

Bu koşullarda belki de hangi varlık ve menfaatlerin korunması amacıyla ceza müeyyidesine başvurulmasının zorunlu olduğu belirlenmelidir. Buna göre oluşturulacak suç türleri de pek çok özel kanuna dağılmamalı, esasen tek bir kanun altında tasnif edilmelidir. Bu tür bir kanunlaştırma faaliyetinin kolay olmadığı açıktır. Cezai koruma konusu yapılacak varlık ve menfaatlerin belirlenmesi bakımından salt birey merkezli klasik liberal anlayışın etkisiyle, bu korumayı sadece bireysel varlık ya da menfaatlere yönelik şiddet ya da aldatma suretiyle işlenen fiillere indirgemek doğru değildir. Bu anlayış tarihe karışmıştır⁷³. Yukarıda ifade olunduğu üzere, modern ceza adaletinin krizi, kapitalizmin gelişimi ve eskimesinden ayrı düşünülemez⁷⁴. Liberalizm içinde otoriterleşen ya da genişlen ceza hukukunun, salt liberal değerlendirmelerden hareketle yeniden düzenlenmesi eğilimi kendi içinde çelişkili olup tarihin tersine çevrilmesi anlamına gelmektedir. Depenalizasyona olanak verecek yeni bir varlık ve menfaatler sistemi, insana ait fizik veya maddi ya da gayri maddi varlıklar kadar, topluma ait sağlık, çevre gibi kolektif varlık ve menfaatleri de kapsmalıdır. Ceza hukukunun genişlemesine karşı çıkarken önerilecek çözümlerin belirlenmesi bakımından cezai korumayı salt bireyci liberal bakış açısına indirgemek de tarihte bir geriye gidiştir. Ayrıca, jandarma devlet anlayışına dayanan neoliberal politikaların, işsizlik, barınma sorunu, madde bağımlılığı, ayrımcılık ve ırkçılık gibi olgulara yol açması, bu olgulara bağlı suçluluğun çeşitlenerek artmasını sonuçlamıştır⁷⁵. Ceza hukukunun mevcut krizinin, jandarma devlet anlayışından hareketle çözülmeye çalışılması doğal olarak bir kısır döngüye yol açmaktadır. Öte yandan suçların biçimsel anlamda kanunla öngörülmesi, içerikleri yönünden ideolojik etkilerden uzak oldukları anlamına gelmez. Salt birey merkezli liberal bir bakış açısıyla yeniden düzenlenecek bir ceza hukukunun, tarihte örnekleri görülen büyük toplumsal adaletsizlik örneklerine yol açması kaçınılmaz. Bu konuda Carlo Sotis'in, Anatole France'ın Kırmızı Zambak adlı romanından yaptığı alıntı çarpıcıdır: "*Kanun, görkemli eşitliği içinde, yoksullara olduğu gibi zenginlere de köprüler altında uyumayı, sokaklarda dilenmeyi, ekmek çalmayı yasaklar*"⁷⁶.

⁷³ Palombarini, 7. Benzer görüş için bkz. Viglietta, 25.

⁷⁴ Bkz. Yukarıda 11 numaralı dipnot ile ilgili kısım.

⁷⁵ Aydın, 94.

⁷⁶ Carlo Sotis, *La tutela penale dei beni culturali mobili. Osservazioni in prospettiva a de iure condendo* (Milano: Giuffrè, 2015), 125, dipnot 40. (İtalyanca metinden çeviren

Bunun yanı sıra, suç haline getirme ve suç olmaktan çıkarma süreçlerinde, anayasalarda da güvence altına alınan laiklik ilkesine uygun hareket edilmelidir. Salt bir inanç türüne cezai koruma sağlayan suç tanımlarının da çağdaş bir ceza hukuku sisteminde yer almaması gerekir. Bu anlamda bir “ahlak devleti” anlayışının terki şarttır. İtalyan Anayasa Mahkemesi salt Katolik inancının imtiyazlı biçimde korunmasına yönelik bazı ceza normlarını anayasaya aykırı bulmuştur⁷⁷. Bugün farklı ülkelerde, muhafazar ahlaki yargıların ceza normlarına gerekçe oluşturduğu ve çözüm bekleyen alanlar vardır. Bilimsel faaliyetlere, genetik araştırmalara dini-ahlaki sınırlar getirilmesi ve bunların ceza müeyyidesi tehdidine bağlanması girişimlerinde olduğu gibi⁷⁸. Batı hukukunun gelişiminde ceza hukukunun laikleşmesi önemli bir aşamayı ifade eder. Toplumların gelişmesiyle örfler, gelenekler ya da dine yönelik ihlallerin (*criminalité religieuse*) cezalandırılmasından vazgeçilerek insana ait varlık ve menfaatlere karşı suçların (*criminalité humaine*) cezalandırılmasının ağırlık kazandığı görülmektedir⁷⁹. Ancak eski anlayışın izlerini taşıyan kimi cezai düzenlemeler olduğu da tespit edilmektedir.

Cezai koruma konusu yapılan varlık ya da menfaatlerin kapsamının yeniden belirlenmesi ihtiyacı, kimi suçlar bakımından toplumun değersizlik yargısını paylaşmamasından da kaynaklanmaktadır. Gerçekten, toplum ya da fertler, çeşitli suç türleri bakımından ihlal edici fiillerin ceza hukuku dışındaki hukuk dallarının güvence ve koruma normlarının konusunu oluşturmak yerine daha şiddetli ve pahalı olan ceza adaletine bırakılmasının gerekçelerini anlamamaktadır. Bunun sonucunda, kurumlar bakımından bedeli yüksek bir güvenilirlik ve oйдаşma (meşruiyet) sorunu ortaya çıkmaktadır⁸⁰. Ceza normunu önceleyen ve suç haline getirmek bakımından mevcudiyeti aranan etik-toplumsal değersizlik yargısından yoksunlaştıkça ortalama yurttaşın gözünde değeri azalmaktadır⁸¹.

T.K.) Romanın Tahsin Yücel tarafından yapılan çevirisinde ilgili kısım şöyledir: “*Köprüler altında yatmayı, sokaklarda dilenmeyi, ekmek çalmayı yoksula yasak ettiği gibi zengine de yasak eden yasaların görkemli eşitliği karşısında, çalışmak zorundalar*”. (Anatole France, *Kırmızı Zambak*, çev. Tahsin Yücel (İstanbul: Can Yayınları, 2021), 90.

⁷⁷ Viglietta, 24.

⁷⁸ Viglietta, 24.

⁷⁹ Durkheim, 25.

⁸⁰ Palombarini, 5, 6.

⁸¹ Viglietta, 24.

Düzenin korunmasına ilişkin kimi olgular ve sorunlar, idari ceza hukukunun sınırları içinde kalması gereken birçok fiilin ceza hukuku alanına taşınması sonucunu doğurmuştur. Bu çerçevede, İtalya’da, sicillere ilişkin yükümlülüklerin ya da farklı türlerdeki idari kuralların ihlalinin ceza müeyyidesine bağlanması yapay suç kategorisinde önemli bir artışa neden olmuştur. Bir İtalyan ceza hukukçusu bu durum için “ceza davasının idarileşmesi” ifadesini kullanmıştır⁸². Bir idari işlemin yerine getirilmesindeki eksikliğin ya da aksaklığın cezaen kınanmasında ne tür bir islah amacı olabileceği haklı olarak sorgulanmıştır. Cezalandırmanın yöneldiği islah amacı bakımından suç enflasyonunun olumlu bir etkisi olmadığı sakınca yarattığı açıktır. Gereksiz suç tanımları, içerdikleri emir ve yasaklar itibarıyla cezalandırmanın islah amacına hizmet etmekten uzaktır⁸³.

Bu anlayış doğrultusunda cezai koruma konusu yapılan varlık ve menfaatler gözden geçirilmeli, hangi varlık ya da menfaatlerin cezaen korunacağı belirlenmesi amacıyla ölçütler geliştirilmelidir. Öncelikle, davranışın somut ihlal edici özelliği dikkate alınmalıdır. Cezalandırılacak fiil objektif olarak hukuka aykırı olmalı, ihlal oluşturmalıdır. İhlal, zarar ya da zarar tehlikesi olarak anlaşılabilir⁸⁴. Bu çerçevede, bir ceza hukuku sisteminin ihlal edicilik, bilenebilirlik-öngörülebilirlik, laiklik ve tasarruf ilkelerine göre yeniden kaleme alınabilmesi, bir siyasal ön koşulun mevcudiyetine bağlıdır: Genel kabul görmüş bir değerler sistemi⁸⁵.

İtalyan Anayasa Mahkemesi, 1988 yılında verdiği bir kararda (364/1988), ceza hukukunun ve ceza müeyyidesinin toplumun korunması bakımından son seçenek (*extrema ratio-ultima ratio*) olması gerektiğini, cezai düzenlemelerin anayasal açıdan önemli ve korunması gerekli varlık ya da menfaatlerin ihlalini engellemeye yönelik daha az sayıda ve anlaşılır normlardan oluşmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir⁸⁶.

Ceza hukukunun genişmesi ve suç tanımı enflasyonuna karşı minimum ceza hukuku deyiminin yanlış kullanıldığı ya da birey merkezli bakış açısına vasıta kılınarak suiistimal edilmek istendiği örnekler vardır. Öğretide

⁸² Bkz. Viglietta, 24.

⁸³ Viglietta, 24.

⁸⁴ Viglietta, 23.

⁸⁵ Viglietta, 25.

⁸⁶ Viglietta, 23.

minimum ceza hukuku anlayışı, hatalı biçimde, sadece bireysel varlık ve menfaatlerin cezai koruma konusu yapılması olarak sunulabilmiştir⁸⁷.

Halbuki minimum ceza hukuku, aydınlanma geleneğine uygun biçimde iki temel bileşen ya da kurucu unsurdan oluşur. Bunlardan ilki ceza hukukunun meşrulaştırılmasına yönelik meta-teorik bir paradigma olmasıdır. İkinci olarak minimum ceza hukuku anlayışı, teorik ve normatif bir ceza hukuku modeli içerir. Teori ötesi bir paradigma olarak minimum ceza hukuku anlayışı, sadece belli iki amaca yönelen bir ceza hukukunu meşru kabul eder: Negatif önleme ya da en azından temel hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin en azlanması (minimizasyonu) ve keyfi cezalandırma olgularının önlenmesi ya da minimizasyonu. Sözün kısası, ihlalin ve keyfiliğin en azlanması (minimizasyonu). Bir normatif model olarak minimum ceza hukuku cezai ve usuli güvenceler sistemini ifade eder. Yani bu sistem varlık ve menfaatler ile temel hak ve özgürlükler bakımından ikili koruma sağlayan bir sistemdir. Öyle ki bir yandan suçların yani ceza ihlallerinin yöneldiği mağdurların sahibi ya da hamili oldukları varlık veya menfaatleri, öte yandan suç isnadı altında bulunanların kolluk ve adli makamların keyfi ve aşırı tutumları ile infaz mercilerinin suiistimallerinden korunması amaçlanmaktadır. Bu yönüyle minimum ceza hukuku, daha güçlü olanın kanununa karşı güçsüzün kanununun yürürlükte olduğu bir yapı olarak tanımlanabilir. Minimum ceza hukuku, suçun işlenmesiyle birlikte mağdur olanı, muhakemenin başlamasıyla birlikte şüpheli ya da sanığı himaye ederken iki halde de güçsüz olanı korur. Bir normatif sistem olarak minimum ceza hukukunun etkinliği, ceza hukuku sisteminin bu ikili güvence sağlama gücüyle orantılıdır⁸⁸.

Kanunilik ilkesinin içinde olduğu krizin nedeni kanun enflasyonudur. Ceza ihlallerine ilişkin kanunlaştırma, başka bir anlatımla suç yaratma enflasyonu yargı teşkilatını dava yığımlarıyla tıkamakta, adli makamların etkinliği azalmakta, bu yoğunluk birincil öneme sahip varlık ve menfaatlere yönelik vahim ihlallere ilişkin muhakemelere yoğunlaşılmasını engellemektedir. Bu nedenle minimum ceza hukukunun, maksimum ceza hukukuna göre etkin olduğu açıktır. Sadece temel haklara yönelik ağır ihlaller ile birlikte yaşamının koşullarına yönelen vahim ihlallere engel olmayı amaçlayan bir ceza hukuku, suçlulukla gerçek anlamda mücadele edebilir. Bu suretle, aynı zamanda hem etkinlik hem de güvence sağlama işlevi güvence altına alınır. Bu sayede kanunilik ve güvenilirlik-öngörülebilirlik ilkeleri de

⁸⁷ Ferrajoli, 9.

⁸⁸ Ferrajoli, 9, 10.

gözetilmiş olur. Kanunilik ve güvenilirlik bu yönüyle hem ceza hukuku bakımından hem de ceza muhakemesinin işleyişi vasıtasıyla somutlaşmış olacaktır. Minimum ceza hukuku anlayışının sağladığı güvenceler, sadece keyfilğe engel olunmasına yönelik değildir. Aynı zamanda adli hataların önüne geçilmesini de güvence altına alır. Sadece yurttaşı keyfilikten korumaz, maddi gerçeğin bulunmasına da hizmet eder. Maddi gerçeklikten uzaklaşılması, kuşkusuz, adaletsizliklere yol açacaktır. Minimum ceza hukuku, bu sayede, ceza sorumluluğunun doğru biçimde belirlenmesine de hizmet eder. Güvencelerin yeniden tesisi ya da ihya edilmesi ceza hukuku ve ceza yargısının güvenilirliğini geri kazanmasının yegane yoludur⁸⁹.

Bu amaçla anayasalara suçun ihlal edicilik vasfının bir koşul olarak eklenmesi uygun olacaktır. Aynı biçimde depenalizasyon yapılması zorunludur. Sadece adli para cezası gerektiren fiiller suç olmaktan çıkarılmalıdır. Hapis cezasına ölçülü biçimde, zorunlu hallerde yer verilmelidir. Hapis cezasına seçenek yaptırımlar geliştirilerek zenginleştirilmelidir⁹⁰. Özgürlüğü bağlayıcı cezalar, orantılı olarak kabul edilmeli, önemli ihlaller için öngörülmesi, özgürlüğü bağlayıcı ceza gerektiren suçların sayısı azaltılmalıdır⁹¹. Beccaria, yaklaşık üç yüz yıl önce cezaların orantılı olması gereği bakımından şunları söylüyordu: “..cürüm ile ceza arasında bulunması gereken âdilâne nispete uygun cezaları tatbik etmelidir. Böyle cezalar mücrimin uzviyeti üzerinde en az tahripkâr oldukları halde, beşer zihinlerinde en kuvvetli ve en devamlı tesiri icra eyerler”. “Bir cezanın kendisinden beklenen faydaları temin edebilmesi için, bu cezanın verdiği âzap ve şiddetin, o suçun işlenmesinden hasıl olacak faydayı aşmış bulunması kâfidir; buna cezanın kat’i, ve cürümden beklenen faydanın da ziyaa uğrayacağıının muhakkak olmasını da ilâve etmek lâzımdır. İşte bu hududu geçen bütün cezalar faydasız ve binaenaleyh zulümdür”⁹². Beccaria, cezaların şiddeti açısından da sonuç çıkarılması gereken değerlendirmeler yapmıştır: “..cezanın dehşetli oluşu, ondan yakayı sıyırmak için büyük gayret sarfına ve işlenen bir tek suçun cezasından kurtulmak için birçok suçun işlenmesine sebebiyet verir. En korkunç işkencelerin tatbik edildiği diyar ve devirlerde en korkunç suçların işlendiği görülmüştür. İşkence arttıkça, denilebilir ki,

⁸⁹ Ferrajoli, 18, 19.

⁹⁰ Ferrajoli, 19. Benzer görüş bkz. Aydın, 97, 96.

⁹¹ Viglietta, 30.

⁹² Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi*, çev. Muhiddin Göklü (İstanbul: Güven Yayınevi, 1961), 177, 178.

duygular da kanunların dehşetine müsavi surette vahşileşip katılaşıır". “.. cezanın dehşeti, cezasız kalmayı tevlit eyleyecektir. İnsan yapısının mukavemeti, hâz ve zevklerde olduğu gibi, azap ve ıstıraplarda da bir dereceye kadardır. Dehşet veren bir işkence ve vahşeti ancak muvakkat bir istibdat tecviz edebilir, ve buna hayırhâh bir mevzuat sistemi aslâ göz yumamaz. Şayet kanunlar dehşet verici, yahut gayrı müstenir olursa, cezasız kalmak bizzat kanundan da doğar”⁹³.

Devletin şahsiyetine karşı suçların bazıları, haksız fiil sorumluluğunun caydırıcı işlevi ile yetinilebilecek kişilere karşı suçlar, cürüm ve kabahat ayırımının kabul edildiği ceza hukuku düzenlerinde kabahatler suç olmaktan çıkarılmalıdır. Özellikle, idari nitelikteki ruhsat ve izin süreçlerine ilişkin yükümlülükler aykırılık gibi ihlaller idari yaptırımların konusu olmalıdır. İdari makamların, ceza yargılamasına göre çok daha kısa sürede bu yaptırımları uygulayabilecek olmaları, bu tür ihlallerin kısa zamanaşımı sürelerinin dolması nedeniyle cezasız kalmasına engel olacaktır. Aynı zamanda bu tür ihlaller, suç fiillerinin konsunu oluşturduğu af kanunlarının da kapsamı dışında kalabilecek ve yaptırım sisteminin etkinliğini koruyacaktır. Öte yandan idari yaptırımların tüzel kişilere de yaygın biçimde uygulanabilmesi bu etkinliği artıracaktır⁹⁴.

Cezai hükümler ve ceza muhakemesi hükümleri sıradan bir kanun ile hukuk düzeninin bir parçası haline gelmemeli, ceza kanunu ve ceza muhakemesi kanunu ile uyumu, entegrasyonu gözetilerek nitelikli bir kanun yapma yöntemi benimsenip izlenmelidir. Suç öngören normlar ve ceza muhakemesi normları esas olarak sadece ceza ve ceza muhakemesi kanunlarında yer almalıdır. Bu hususlara uyularak oluşturulacak farklı bir yasama anlayışı ve sürecine ulaşılması muhtemel olmasa da imkansız da değildir⁹⁵.

IV. SUÇ HALİNE GETİRME SÜRECİNİN BİLİMSELLEŞTİRİLMESİ VE SEÇENEK YAPTIRIMLARIN ZENGİNLEŞTİRİLMESİ GEREĞİ

Hangi fiillerin suç haline getirilmesi gerektiği, hangi ihlallerin ceza müeyyidesi tehdidine bağlanmasının zorunlu olduğu soruları, olabildiğince

⁹³ Beccaria, 178, 179.

⁹⁴ Viglietta, 26.

⁹⁵ Ferrajoli, 19.

nesnel yöntemler kullanılarak yanıtlanmalıdır. Titiz bir yasama faaliyeti, ceza hukukunun genişlemesine engel olacak etkenlerden biridir.

Öte yandan, suç karşılığı hapis cezası yerine uygulanacak seçenek yaptırımların genişletilerek zenginleştirilmesi de, “suç enflasyonunun” olumsuz etkilerini bir ölçüde sınırlandıracak, şartla salıverilme ve denetimli serbestlik gibi kurumların amaçları dışında kullanılmasına engel olabilecektir.

A. Suç Haline Getirme Sürecinin Nesnelleştirilmesi

Hangi fiillerin suç sayılması gerektiği, suç öngörmenin bazı ölçütleri olup olmadığı titizlikle ele alınması gereken sorunlar ya da konulardır.

Niçin, neyin, ne kadar, nasıl ve kimin cezalandırılacağı sorularının yanıtlanması ya da yanıtlanabilir olması suç siyasetinin “altın kuralı”nı oluşturur⁹⁶. Başka bir anlatımla, bir fiilin suç haline getirilmesi için şu soruların yanıtlanması zorunludur. Niçin cezalandırmalı? Neyi cezalandırmalı? Ne kadar cezalandırmalı? Nasıl cezalandırmalı? Kimi cezalandırmalı?

Hukuk düzenleri, mevzu hukuk metinleri incelendiğinde, ceza müeyyidesine bağlamak (suç saymak) ya da ceza hukukunun konusu haline getirmek için ileri sürülen gerekçelerin çeşitli olduğu görülecektir. Bu çerçevede, kanunların gerekçeleri, hazırlık çalışmalarına ilişkin belgeler, bu konudaki öğreti görüşleri değerlendirilerek suç tanımlarının oluşturulma nedenleri tespit edilebilir. Bu tür çalışmalar sonucunda kanunkoyucunun farklı gerekçelerden hareket ettiği görülecektir. Bu gerekçelerin çeşitli biçimlerde tasnifi mümkündür. Bu çerçevede cezaya yüklenen farklı özellik ve işlevlerden hareketle farklı modellere ulaşılabileceği belirtilmiştir⁹⁷.

Sotis, cezanın orantılı olması (orantıcı görüş), ceza müeyyidesinin anayasal varlık ya da menfaatlerin korunmasına hizmet etmesi (normativist görüş), cezalandırmada fayda bulunması (faydacı görüş) ya da kurumsal nedenlerle ihlale (zarara) engel olunamayacağının kabullenildiği durumlarda ceza müeyyidesinin çaresizlik içinde seçilmesi (ikameci görüş) biçimindeki kanunlaştırma gerekçelerini birer model olarak önermiştir. Her bir model için “niçin cezalandırmalı?” sorusunun yanıtı verildikten sonra sırasıyla niceliksel

⁹⁶ Sotis, 114.

⁹⁷ İtalyan mevzuatına ilişkin kısmi bir değerlendirme açısından bkz. Sotis, 114.

ve niteliksel değişkenlere göre “nasıl ve ne kadar cezalandırmalı?”, “neyi ve kimi cezalandırmalı?” soruları da cevaplanmalıdır⁹⁸.

Yazar, kültür varlıklarının korunmasına ilişkin mevzuatı değerlendirdiği çalışmasında orantıcı modeli incelerken öncelikle “niçin cezalandırmalı?” sorusunu yanıtlamıştır. Orantıcı açıdan “niçin cezalandırmalı?” sorusu yanıtlanırken kültür varlığı ile bu niteliği taşımayan bir mal arasındaki nitelik farkı dikkate alınmaktadır. Kültür varlığının, sadece bir malvarlığı unsuru olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Kültürel bir değer taşıması, onu salt bir malvarlığı unsuru olmanın ötesine taşır. Bu durumda, kültür varlığına ilişkin özel bir cezai korumanın kabulü zorunludur. Tarihi bir kütüphanenin tahrip edilmesi, bu özelliğe sahip olmayan sıradan bir kamu malının tahrip edilmesinden ağır bir ihlal teşkil eder⁹⁹.

Aynı model içinde niceliksel değişkenler dikkate alınarak “ne kadar ve nasıl cezalandırmalı?” sorularının da yanıtlanması gerekir. Bu noktada cezalandırmanın meşruiyetinin ölçütü, varlığın önemi ile ceza arasındaki orandır. Varlığın değeri ile cezanın tür ve miktarı arasında denge bulunmalıdır. Örneğin hırsızlık suçunun basit biçimi ile yetinilmemeli, kültür varlığı üzerinde işlenmesi halinde fiil cezanın ağırlaştırıldığı nitelikli hırsızlık olarak kabul edilmelidir. Niceliksel değişkenlere göre “neyi ve kimi cezalandırmalı?” soruları da yanıtlanmalıdır. “Neyi cezalandırmalı?” sorusu yeni suç türleri öngörüp öngörmemek ile ilgilidir. Yeni bir suç türü öngörmek (yaratmak) ya da fiili, mevcut suç türlerinden birinin nitelikli biçimlerinden biri olarak öngörmek tercihleri bu değerlendirmeleri takiben yapılacaktır. Cezaen engellenmesi amaçlanan bir fiilin mevcut bir suç türü ya da kategorisi içinde, bu türün nitelikli bir biçimi olarak kabul edilebilmesi için mevcut normun yapısının, içeriğinin ve maddi konusunun (eğer varsa) buna elverişli olması gerekir. Örneğin malvarlığı değerlerinin aklanmasının engellenmesi ve cezalandırılmasına ilişkin bir ceza normunun, kültür varlıklarına zarar verilmesi biçimindeki fiiler bakımından temel bir kategori olarak kabulü mümkün değildir. İki fiil türü arasında benzer olgusal zarar bulunmamaktadır¹⁰⁰.

Niteliksel değişken, hukuki konunun niteliksel önemi ile ilgilidir. “Ne kadar ve nasıl cezalandırmalı?”, “neyi ve kimi cezalandırmalı?” soruları

⁹⁸ Sotis, 14 vd.

⁹⁹ Sotis, 114, 115.

¹⁰⁰ Sotis, 117, 118.

hukuki konunun önemi yönünden de yanıtlanır. Hukuki konunun önemi, maddi konunun özellikleri, ceza müeyyidesinin yanı sıra müsadere tedbirinin de uygulanmasını gerekli, orantılı ve meşru kılabılır. Niteliksel değişken açısından “neyi ve kimi cezalandırmalı?” soruları da yanıtlanacaktır. Cezai koruma bakımından mevcut suç tanımlarının nitelikli hallerinin oluşturulmasının ötesinde yeni davranış modalitelerinin öngörüldüğü suç tanımlarının kabul edilmesinin gerekli olup olmadığı, hukuki konunun önemi ile ilişkilidir. Öte yandan, suç türlerinin taksirli biçimlerinin kabul edilip edilmemesine ilişkin değerlendirme de bu değişken dikkate alınarak yapılacaktır¹⁰¹.

Bir suç tanımı yapılırken, bu suçun serbest davranışlı ya da bağlı davranışlı suç olarak düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı sorunu da cezaya yüklenen farklı işlevler ve bunlara göre yanıtlanacak “niçin, ne kadar, nasıl, neyi ve kimi cezalandırmalı?” soruları ile ilgilidir. Örneğin, cezanın asli işlevini anayasal varlıkların korunması olarak gören anlayış, suç teşkil eden davranışın değersizliği bakımından hukuki konunun anayasal önemini esas alır. Yüksek anayasal koruma altındaki bir varlık dikkate alındığı için bu varlığı ihlal eden davranışın modalitesinden ziyade ihlalin kendisi, varlık ya da menfaatin zarar görmesi öne çıkmaktadır. Bu tür bir varlık bakımından “neyi ve kimi cezalandırmalı?” sorularının yanıtı farklı olacaktır. Davranışın modalitesinin özel bir önemi olmayacağı için serbest davranışlı suç tanımı ile yetinilebilecektir. Öte yandan, belli varlık ya da menfaatlerin himayesinden sorumlu olan kamu görevlilerinin, bu yükümlülüklerin ihlalinin teşkil eden ve ihmali davranışla işlenen taksirli fiillerinden sorumlu tutulmalarının gerekli olup olmadığı sorusu da, bu varlıkların özel anayasal koruma altında buldukları göz önünde bulundurularak olumlu biçimde yanıtlanabilecektir¹⁰².

Dava zamanışımı sürelerine ilişkin tercihler ya da ceza muhakemesi koruma tedbirlerine başvurulması önündeki engellerin kaldırılması bakımından da “niçin, ne kadar, nasıl, neyi ve kimi cezalandırmalı?” sorularının yanıtları önemlidir. Bilindiği üzere, faydacı görüş, suç sayılan fiillere yönelebilecek kişilerin caydırılması esasından hareket eder. “Nasıl ve ne kadar cezalandırmalı?” soruları faydacı açıdan yanıtlanırken, daha uzun dava zamanışımı sürelerinin uygulanabilmesi ya da kişi özgürlüğünü sınırlandıran koruma tedbirlerinin uygulanabilir kılınması açısından uygun tür

¹⁰¹ Sotis, 118-120.

¹⁰² Sotis, 122.

ve ağırlıktaki ceza müeyyidelerinin öngörülmesi tercih edilebilir. Örneğin, tutuklama yasağı kapsamına girmeyecek özgürlüğü bağlayıcı ceza süreleri kabul edilebilir. Faydacı görüş açısından da söylendiği üzere, ceza normu kabul etmek, suç oluşturmak için mutlaka üç koşulu dikkate almak gerekir: Cezai kınama gerektiren fiillerin ampirik olarak ve kriminolojik esaslara göre belirlenmesi. Fiilin, genel bir değersizlik yargısının konusunu oluşturması. Bu içeriğin doğru ve açık bir anlatımla kanuni tanımında yerini bulması. Bu ölçütlere dikkat edilmemesi durumunda, tipiklikten beklenen yarar sağlanamaz ve suç yaratan normun uygulanabilirliği sorunlu hale gelir¹⁰³.

B. Seçenek Yaptırımların Genişletilmesi ve Zenginleştirilmesi

İnfaz kurumlarındaki hükümlü ve tutukluların sayısının, bu kurumların kapasitelerinin çok üstüne çıkması, hapis cezasına seçenek yaptırımlar konusundaki çalışma ve gelişmelerin hızlanmasına yol açmıştır. 14 Aralık 1990 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 45/110 sayılı karar ile kabul edilen Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Tokyo Kuralları) kapsamında hapis cezasına seçenek oluşturacak çeşitli kurumlar önerilmiştir¹⁰⁴.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2006/2 sayılı tavsiye kararı ile kabul edilen Avrupa Cezaevi Kuralları'nın giriş bölümünde özgürlüğü bağlayıcı cezaların başvurulacak son seçenek olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Esasen özgürlüğü bağlayıcı cezaların yerine getirilmesine ve ilgili kurumlara ilişkin esasların öngörüldüğü bir metinde, hapis cezasının son seçenek olarak vurgulanmasının önemli olduğu ve bunun bir anlayış değişikliğine işaret ettiği değerlendirilmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları olarak adlandırılan 2017/3 sayılı kararında Konsey üyesi devletlerin seçenek yaptırımları ya da kurumları geliştirmelerinin umulduğu ifade olunmuştur¹⁰⁵.

Özellikle hapis cezası yerine, denetimli gözetim ya da yargısal denetim, zararın tazmini ya da mağdura iade, belli bir ya da daha fazla kamu görevinden yasaklanma, bir meslek, sanat ya da faaliyetten yasaklanma, adli kınama (tevbih), ihtar, tüzel kişilerde yöneticilik yapma yasağı, idare ile sözleşme yapma yasağı, belli varlıkların yönetiminden yasaklanma, müsadere, ülke

¹⁰³ Sotis, 126.

¹⁰⁴ Doğan, 84.

¹⁰⁵ Doğan, 91 ve 93.

dışına çıkma yasağı, yerel yönetim sınırlarını terk etme yasağı, spor müsabakası yapılan yerlere girme yasağı, mahkumiyet hükmünün ilanı ya da yayımı, toplum yararına çalışma yükümlülüğü, konutta infaz, tüzel kişi bakımından izin iptali, tüzel kişiliğin feshi gibi seçenek yaptırımlar ya da kurumların yaygın biçimde öngörülüp uygulanmaları konusu değerlendirilmelidir¹⁰⁶.

SONUÇ

Cezalandırmanın bir zor uygulaması olması, suçun toplumsal bir olgu teşkil etmesi, hukuk ve toplum bilimleri dışında sanat, edebiyat gibi farklı dalların da suç ve cezalandırma pratiklerine ilgi duymasına yol açmıştır.

İdeolojilerin ve siyaset felsefesinin başlıca konuları arasında yer alan devletin dönüşümü, ceza hukuku bakımından da etkili olmuştur. Devletin otoriterleşmesi, verili bir düzenin farklı etkenlere göre değişimi, suç ve ceza bakımından teorik ve pratik dönüşümlere neden olmuştur.

Toplumsal olgu olarak suçun bir değersizlik yargısına karşılık gelmesi beklenir. Ancak bu değersizlik yargısı toplumun hangi katmanlarının, zümrelerinin tercihlerine göre tespit edilecek, bir farklılığın, suç saymayı gerektirecek düzeyde tehdit teşkil ettiği hangi ölçütlere göre belirlenecektir? Kimilerine göre sapma olarak nitelendirilen her farklılık, tehdit olarak algılanan toplumsal talepler suç olarak kabul edilebilir mi?

On Dokuzuncu Yüzyıl'ın endüstrileşen Avrupa kentlerindeki aşırı nüfus artışı, örgütlenen yeni sınıf, yeni tehdit algılarına yol açmış Liberal ideolojiden beslenen Fransız Devrimi'ni izleyen bu yüzyılda ceza hukuku otoriter yüzünü göstermişti. O dönemde yeni kent nüfusunun Eski Çağ'ın yağmacı ve barbarlarıyla, göçebe klanlarla karşılaştırıldığından yukarıda bahsedildi.

Çağdaş ceza hukukunun ceza müeyyidesini son seçenek olarak kabul etmesine karşın, ürünü olduğu modernitenin baş etmek zorunda olduğu iki yüzyıl öncesini andıran önemli toplumsal sorunlar karşısında ceza hukukunun genişlediği, bir suç enflasyonu ile karşı karşıya kaldığı açıktır. Özellikle güvenlik kaygısı ya da yinelenen güvenlik teması, yeni tehdit algıları ceza hukukunun uygulama alanının daraltılması önündeki en önemli engeli oluşturmaktadır. Güvenlik temasının Avrupa coğrafyasında yeni bir genel

¹⁰⁶ Bu konudaki en geniş ve güncel çalışma olması dolayısıyla bkz. Doğan, 95 vd., Viglietta, 31. Aydın, 98, 99.

kamu düzeni oluşturulması düşüncesine hizmet ettiği göz ardı edilmemelidir. Günümüz Avrupa'sında Avrupa Konseyi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mevcudiyet sebeplerinin başlıcası olan İkinci Dünya Savaşı'na tanık olmuş, izlerini yaşayan ve hatırlayan çok sayıda insan kalmamıştır. Büyük Savaş'ın yol açtığı yıkımın bir daha yaşanmaması için kurulan bu kurumlar, imzalanan belgeler bugün de önemli birer güvence oluşturmakla birlikte, kaybetmekte olduğu sosyoekonomik mevzi dolayısıyla Avrupa orta sınıfının yaşam standartlarını, mevcut nimetleri koruma ya da geri kazanma kaygıları, yeni tehdit algıları ile güvenlik temasını besleyen ve iki yüzyıl öncesini andıran bir ortam yaratmıştır. Bu ortam kendini siyasal davranışlarda da göstermektedir. Bu gelişmeler ışığında, ceza hukukunun yeni bir muhafazakarlaşma ve otoriterleşme dönemine girmesi tehlikesi mutlaka dikkate alınmalıdır.

Hukukçuların dahi takip etmekte zorlandıkları ya da zorlanacakları yeni ve yapay suç türlerinin oluşturulmasından kaçınılmalıdır. Depenalizasyon önemini koruyan bir yöntemdir. Ceza hukukunun genişmesi ve suç enflasyonu, savcılıkların ve mahkemelerin olanaklarının çok üstünde bir işyüküne yol açmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere bu işyükü, dava zamanaşımı sürelerinin dolması tehlikesi, vahim suçların faillerinin yargılanmasına ilişkin muhakemelere daha az zaman ayrılması, adil yargılanma hakkı ihlalleri gibi sonuçlara yol açabilmektedir.

Bir fiilin suç olarak kabul edilmesi gerekip gerekmediği, temel ölçütlerden yararlanılarak nesnel verilere göre belirlenmelidir. Ceza müeyyidesi gerektiren fiillerin, kriminolojik veriler kullanılarak tespiti zorunludur. Bu fiillerin, genel bir değersizlik yargısına konu oluşturması gerekir. Ayrıca ceza normu, uygun ve açık bir anlatımla, anlaşılır biçimde kaleme alınmalıdır.

Suç ve suçluluğun, toplum yaşamı içinde ortaya çıktığı açıktır. Suçun sadece bireysel etkenlerden doğmaması, toplumsal etkenlerin suçun ve suçluluğun ortaya çıkmasında temel nedenleri oluşturması¹⁰⁷ karşısında, toplumsal düzen üzerine düşünülmesizin suçla mücadele etmek, sadece ceza müeyyidesinden medet ummak, tatminkar bir sonuç doğurmayacaktır.

İnanca göre kardeşi Habil'i öldürerek ilk cinayeti işleyen Kabil'den bu yana ceza müeyyidesinin suça engel olduğu, failleri caydırdığı

¹⁰⁷ Aydın, 93.

görülmemiştir¹⁰⁸. Toplum bilimlerine istatistik yöntemlerinin uygulanmasında önemli bir rol oynayan matematikçi ve astronom Adolphe Quételet, 1829 yılında yayınladığı bir çalışmada 1830 yılının suçluluk rakamlarını hatasız biçimde öngörmüştür. Yazar, hangisinin daha etkili olduğuna karar vermenin güç olduğunu belirterek suç olgusunun ardında yatan etkenlerin fizik dünya ya da toplumsal düzen olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁹. Quételet'nin çalışmalarının da aralarında bulunduğu dönemin istatistik incelemeleri ve bunlara ilişkin yorumlar çeşitli açılardan eleştirilmekte olsa da, kent nüfusunda patlama, açlık gibi farklı toplumsal nedenler ve değişkenlerle suçluluğun artışı arasındaki ilişkileri ortaya koymaktadır¹¹⁰.

Hemen yukarıda da ifade olunduğu gibi, suçun ve suçluluğun ardındaki toplumsal etkenler dikkate alınmadan, suça engel olabilecek sosyoekonomik tedbirler ve politikalar geliştirilmeden son seçenek olması gereken ceza müeyyidesine başvurulması, toplumsal gerçekliğin göz ardı edilmesidir.

Düşünür soruyor, “Suçluluğa yol açan düzenin değiştirilmesi konusunda düşünmek gerekirken hücreyi yeni gelenlere açmak için bir çok suçlunun cezalarını infaz eden cellada bu övgü neden?”¹¹¹

¹⁰⁸ Karl Marx, *Punishment and Society* (Ed. Gertrude Ezorsky) (Albany: State University of New York Press, 1972), 358.

¹⁰⁹ Bkz. Marx, 359.

¹¹⁰ Bkz. Chevalier, 127-131.

¹¹¹ Marx, çev. T.K., s. 359.

KAYNAKÇA

- Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*. Milano: Giuffrè, 1994.
- Aydın, Devrim. “Ceza Hukukunun Geleceği ve Yeni Yaptırım Biçimleri.” *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 12 (Nisan 2010): 87-101.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Bassiouni, Mahmoud Sherif. *Le Fonti e Il Contenuto del Diritto Penale Internazionale Un Quadro Teorico*. Milano: Giuffrè, 1999.
- Beccaria, Cesare. *Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi*, Çeviren Muhiddin Göklü. İstanbul, Güven Yayınevi, 1961.
- Chevalier, Louis. *Labouring Classes and Dangerous Classes in Paris During the First Half of the Nineteenth Century*. London: Routledge & Kegan Paul, 1973.
- De Salvia, Michele: “La place de la Notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel>, Erişim tarihi: 10.6.2013
- Doğan, Duygu Çağlar. *Hapis Cezasına ve İnfazına Seçenek Kurumlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Durkheim, Emile. *Cezanın Evriminin İki Kanunu*, Çeviren Hamide Topçuoğlu. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1966.
- Ferrajoli, Luigi. *Crisi della legalità e diritto penale minimo*. Roma: Donzelli Editore, 2002, ss. 9-21.
- Fletcher, George. *Grammatica del Diritto Penale*. Bologna: Mulino, 2004.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford-New York: Oxford University Press, 2000.
- France, Anatole. *Kırmızı Zambak*, Çeviren Tahsin Yücel. İstanbul: Can Yayınları, 2021.
- Harris, David, Michael O’Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çeviren Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Henry, Stuart. *Social Deviance*. Cambridge: Polity Press, 2012.
- Katoğlu, Tuğrul. *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.
- Kerenyi, Karl. *La Pena di Prometeo*. Padova: CEDAM, 1967, ss. 121-133.
- Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale Parte Generale*. Padova: CEDAM, 1992.

- Marx, Karl. *Punishment and Society*, ed. Gertrude Ezorsky. Albany: State University of New York Press, 1972, ss. 358-359.
- Norrie, Alan W. *Law, Ideology and Punishment Retrieval and Critique of the Liberal Ideal of Criminal Justice*. Dordrecht: Kluwer, 1991.
- Okuyucu Ergün, Güneş. *Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023.
- Palombarini, Giovanni. *Per un altro diritto penale*. Roma: Donzelli Editore, 2002, ss. 3-8.
- Panikkar, Raymond. *La Faute Originante ou L'Immolation Créatrice Le Mythe de Prajapati*. Padova: CEDAM, 1967, ss. 65-100.
- Radbruch, Gustav. "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", Translated by Bonnie Litschewski. Paulson, Stanley L. Paulson) *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 26, S. 1 (2006): ss. 1-11.
- Rude, George: *The Growth of Cities and Popular Revolt, 1750-1850: With Particular Reference to Paris*. New Jersey: Humanities Press, 1988.
- Sotis, Carlo. *La tutela penale dei beni culturali mobili. Osservazioni in prospettiva a de iure condendo*. Milano: Giuffrè, 2015, ss. 111-135.
- Taner, Tahir. *Ceza Hukuku Umumi Kısım*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Viglietta, Gianfranco. *Repressione penale e alternative di tutela*. Roma: Donzelli Editore, 2002, ss. 23-34.

AIHM'İN ÇEVRE İÇTİHADININ İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ DAVALARINA UYGULANABİLİRLİĞİ

Applicability of The ECtHR's Environmental Case Law to Climate Change Litigations

Merve ALÇIK ENGÜRÜLÜ*

ÖZ

Çevre hakkını ayrıca ve açıkça düzenlemeyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (Sözleşme veya AİHS) denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AIHM) önüne çevre ile ilgili başvurular sıklıkla gelmektedir. Mahkemenin bugüne kadar çevresel meselelerle ilgili vermiş olduğu kararlar özellikle yaşam hakkı ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile ilişkilendirilmektedir. Mahkemeye iklim değişikliğinin zararlı etkilerinin hak ihlallerine sebep olduğu gerekçesiyle yapılan başvurular bulunmaktadır. AIHM önüne gelen iklim değişikliği davaları yeni bir olgu olmasına karşın bu çalışmanın yapıldığı esnada mahkemenin kabul edilemez bulduğu yalnızca iki karar mevcuttur. Mahkemenin iklim değişikliği hakkında esasa ilişkin vermiş olduğu bir karar henüz bulunmamaktadır. Yanı sıra, Mahkemenin iklim değişikliği sebebiyle meydana gelen sınır aşan çevresel zararlar açısından yargı yetkisini değerlendirdiği bir kararı da bulunmamaktadır.

İklim değişikliği davaları, iklim değişikliğinin zamana yayılan kümülatif etkileri sebebiyle, zarar riskinin ve mağduriyetin kanıtlanması; sınır aşan çevresel zararların meydana gelmesiyle devletlerin yargı yetkisinin

Makalenin Geliş Tarihi: 30.11.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 01.08.2023.

Bu makale, 12-13 Aralık 2022 tarihlerinde Çankaya Üniversitesi tarafından çevrimiçi gerçekleştirilen Ceren Damar Şenel III. Genç Bilim İnsanları Sempozyumunda sunulan tebliğin genişletilmiş ve geliştirilmiş halidir. Yazar, çalışmanın hazırlanması sürecindeki katkıları için Doç. Dr. Nihan Yancı Özalp'e teşekkürlerini sunar.

* Arş. Gör. Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: malcik@gsu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5335-6540.

belirlenmesi açısından zorluklar taşımaktadır. Çalışmada mahkemenin çevre içtihadının derdest iklim değişikliği davalarında uygulanabilirliği özellikle sınır aşan çevresel zararlar karşısında mahkemenin yargı yetkisi ve başvuruçuların mağdur sıfatı hususları bakımından değerlendirilecektir. Son olarak Mahkemenin çevre içtihadında esasa ilişkin yaptığı değerlendirmelerinin derdest iklim değişikliği davalarında uygulanabilirliği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İklim Değişikliği Davaları, Yargı Yetkisi, Sınır Aşan Çevresel Zararlar, Mağdur Sıfatı, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı.

ABSTRACT

Environmental applications frequently come before the European Court of Human Rights (ECtHR), the European Convention on Human Rights (Convention or ECHR) supervisory mechanism, which does not regulate the right to the environment separately and explicitly. Regarding environmental matters, ECtHR's judgements are mainly linked to protecting the right to life, privacy, and family life. There are applications to the ECtHR because the harmful effects of climate change cause rights violations. ECtHR has only declared two climate change litigations inadmissible so far. The ECtHR has yet to decide on the merits of climate change. Moreover, there is no judgement of the ECtHR to evaluate its jurisdiction regarding transboundary environmental harms caused by climate change.

Climate change has cumulative effects over time. In climate change litigations, proving the damage and victim status and determining the ECtHR's jurisdiction regarding transboundary environmental harms is difficult. In this article, the applicability of the ECtHR's environmental case law in pending climate change cases will be evaluated in terms of the jurisdiction of the ECtHR and the victim status of the applicants, especially in the face of transboundary environmental damages. We'll discuss if the Court's consideration of environmental case law is applicable in climate change cases.

Keywords: Climate Change Litigation, Jurisdiction, Transboundary Environmental Harms, Victim Status, Right to Respect for Private and Family Life.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme), çevre hakkını düzenlememesine rağmen çevre ile ilgili meseleler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) önüne geldiğinde, Mahkeme verdiği kararlarla Sözleşmeyi çevrenin korunmasına dair yükümlülükleri de içerir şekilde yorumlamıştır. Adından da anlaşılacağı üzere insan haklarını içeren Sözleşme metni, insan merkezli (antroposentrik) bir dille yazılmasına rağmen çevrenin korunması yorum yoluyla Sözleşmeye dâhil edilmiştir. Öğretide, Sözleşmede çevre hakkına ayrıca yer verilmemesinin sebebi olarak Sözleşmenin imza edildiği tarihte çevre hakkının henüz gelişmemiş olmasına dayandırılmaktadır. Ek protokoller kabul edilmek suretiyle zaman içerisinde Sözleşmeye eklenen haklar olmasına karşın çevre hakkının eklenmediği görülmektedir. Bunun bir sebebi, Mahkemenin halihazırda çevrenin korunmasını kararlarına yorum yoluyla dâhil etmesi ve anılan kararları aracılığıyla Sözleşmedeki haklarla çevrenin korunması arasında kurduğu bu ilişkiyi yeterli görmesidir. Diğer bir sebebi ise, Sözleşmenin daha ziyade birinci kuşak hakları korumak istemesidir. Zira, yorum yoluyla Mahkemenin kararlarına dâhil edilen çevrenin korunması, kişinin haklarını etkilediği ölçüde Sözleşmedeki güvencelerden faydalanmaktadır. Çevrede meydana gelen bozulma veya kirlilik, ancak insanın bedensel ve/veya ruhsal bütünlüğünü ya da yaşam alanını etkilediği ölçüde ihlale neden olmaktadır.

Çalışmanın amacı, öncelikle Mahkemenin çevresel meselelere dair verdiği kararlarda nasıl bir inceleme yaptığının tespit edilmesidir. Bu kararların görülmekte olan iklim değişikliği davalarında uygulanabilir olup olmadığı değerlendirilerek Mahkemenin bu davalarda ileri sürülen iddialar karşısında nasıl bir yol izleyebileceğini irdelemektir. Çalışmada öncelikle Mahkemenin çevre ile ilgili meselelere dair kararlarında yaşam hakkı ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını nasıl ele aldığı incelenecektir. İklim değişikliği davalarında başvuruçular davalı devlet veya devletlerin sera gazı salımlarının kümülatif ve sınır aşan etkilerine maruz kaldıklarını iddia etmektedirler. Sınır aşan çevresel zararlar karşısında başvuruçuların ikamet etmedikleri davalı devletler açısından Mahkemenin yargı yetkisi hususunu nasıl değerlendireceği tartışılacaktır. Başvuruçuların AİHS'in 2. maddesinin (yaşam hakkı) ve 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiği iddiaları karşısında Mahkemenin yargı yetkisi hususunda oluşturduğu içtihadını iklim değişikliği davalarına nasıl uyarlayabileceği tartışılacaktır. Akabinde başvuruçuların mağdur sıfatını haiz oldukları iddialarını Mahkemenin nasıl değerlendirebileceği tartışılacaktır.

İklim değişikliği davaları, uluslararası yargı mekanizmaları önüne sıklıkla gelmekte olup günümüzde bu tür davaların arttığı gözlemlenmektedir. Her ne kadar Mahkeme, çevrenin korunması yönünde içtihat oluştursa da iklim değişikliği sebebiyle meydana gelen çevresel bozulmalara dair hak ihlali iddiaları karşısında henüz esasa ilişkin bir karar vermemiştir. Bu çalışmanın yapıldığı esnada iklim değişikliği ile ilgili yalnızca iki başvuruya dair mahkemenin kabul edilemezlik kararı verdiği görülmektedir.¹ Derdest başvurulardan üçü hakkında ise duruşma aşamasına geçilmiştir.²

İklim değişikliği insan yaşamına doğrudan veya dolaylı zararlı etkilerde bulunarak çevresel zararları sebebiyet vermektedir. Devletlerin, iklim değişikliğinin anılan zararlı etkileri karşısında uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan öngörülebilir zararları önleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Mahkemenin Büyük Dairesinin iklim değişikliği ile ilgili vereceği kararlarda izleyeceği yol insan hakları ile iklim değişikliği bağlantısında mevcut ve müstakbel başvurulara ışık tutacaktır. Çünkü Mahkemenin içtihadı, Sözleşmenin yorumlanması açısından önem arz etmekte olup; sözleşmecî devletler açısından bağlayıcıdır. Yanı sıra, bu içtihat Mahkemenin benzer davalarda ne karar vereceğine dair bir gösterge sağlamaktadır. Fikrimizce, Mahkemenin çevre ile ilgili vermiş olduğu kararlardan yola çıkarak uygulanacak kriter ve koşulların, derdest iklim değişikliği davalarında da belirleyici olacağı düşünülmektedir.

¹ ECHR, “Climate Change Fact Sheet,” https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Climate_change_ENG.pdf; Mahkeme, *Humane Being ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Başvuru No: 36959/22, K.T. 01.12.2022 ve *Plan B. Earth ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Başvuru No:35057/22, K.T. 13.12.2022 başvuruları hakkında kamuya kapalı ve yazılı usulle tek hâkim tarafından başvuru sahiplerinin Sözleşme kapsamında bir ihlalin mağduru olduklarını iddia edecek kadar etkilendiklerinden bahisle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Anılan başvurulara dair verilen kabul edilemezlik kararları mahkemenin basın bülteninde kısaca yer almış olup; ayrıca yayımlanmamaktadır.

² *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet*, Başvuru No:39371/20, *Carême/Fransa*, Başvuru No:7189/21 ve *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre* Başvuru No:53600/20 başvuruları açısından ise Büyük Daire sözlü aşama olan duruşma aşamasına geçilmesine karar vermiştir. *Carême/Fransa* başvurusu ile *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre* başvurularının duruşması 29.03.2023 tarihinde görülmüştür; *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet* başvurusunun duruşmasının ise 2023 yılının adli tatili akabinde yapılmasının planlandığı Mahkeme tarafından kamuoyu ile paylaşılmıştır; European Court of Human Rights, Press Release, Grand Chamber Procedural Meeting in Climate Cases, (03.02.2023), <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7559178-10387331>, erişim tarihi:30.05.2023.

İklim değişikliği davalarının tümünde yaşam ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ihlal iddialarının ortak olması sebebiyle, çalışmamızda yalnızca yaşam hakkı ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile çevre bağlantısının kurulduğu içtihadı odaklanılacaktır. Mahkemenin içtihadında çevre ile bu haklar arasındaki bağlantıyı nasıl kurduğunu, bu hakları nasıl yeşillendirdiği³ açıklanacaktır. İklim değişikliğinin zararlı etkilerinin kümülatif niteliği, süregelen bir zamanda gerçekleşiyor oluşu ve sınır aşan çevresel zarar iddiaları mahkemenin yargı yetkisi meselesini karmaşık hale getirmektedir. Bu nedenle mahkemenin kabul edilebilirlik aşamasında incelediği yargı yetkisi hususunun ve başvurucuların mağdur sıfatının nasıl ele alındığının ifade edilmesi gerekmektedir. Özellikle sınır aşan çevresel zararlar söz konusu olduğunda mahkemenin yargı yetkisinin nasıl belirleneceği önem arz etmektedir. Dolayısıyla, çalışmamızda öncelikle Mahkemenin yargı yetkisini nasıl belirlediğine değinilecek; akabinde, mevcut iklim değişikliği davalarında başvurucuların iddiaları da göz önünde tutularak, AİHM'in başvurucuların mağdur sıfatını, çevrenin korunması konusunda AİHS'in 2. ve 8. maddeleriyle kurulan bağlantıyı ve Mahkemenin yargı yetkisini bu davalarda nasıl uygulayabileceği tartışılacaktır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA ÇEVRE

A. Genel Olarak

AİHS ve ek protokollerinde çevre hakkı veya çevresel usuli haklar ayrıca yer almamasına rağmen, Sözleşmenin denetim mekanizması olan Mahkeme, Sözleşmede yer alan hakları çevrenin korunması açısından yorumlarken bu hakları içtihadıyla koruma altına alarak genişletmiştir.⁴ Mahkeme, çevre ile

³ Hana Müllerová, "Environment Playing Short-Handed: Margin of Appreciation in Environmental Jurisprudence of the European Court of Human Rights," *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 24, no.1 (2015): 86.

⁴ Christina Voigt, "The Climate Change Dimension of Human Rights: Due Diligence and States' Positive Obligations," *Journal of Human Rights and the Environment* 13, Special Issue (2022): 156; Natalia Kobylarz, "The European Court of Human Rights: An Underrated Forum for Environmental Litigation", in *Sustainable Management of Natural Resources Legal Instruments and Approaches*, editors by Helle Tegner Anker Birgitte and Egelund Olsen, (Cambridge: Intersentia, European Environmental Law Forum, 2018), 100; Erkan Duymaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Çevrenin Korunmasına Katkısı", *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, no.47, (2012): 122, 123; Nihan Yancı Özalp, "Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı," *Anayasa Hukuku Dergisi* 2, no.3 (2013): 53, 54; Ahmet Mithat Güneş, *Çevre Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 166; İbrahim Ö. Kaboğlu ve Nihan Yancı Özalp,

özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı arasında doğal bir ilişki olduğunu içtihadıyla tespit ederek kararlarında bu ilişkiye yer vermek suretiyle çevre içtihadını geliştirmeye devam etmektedir.⁵ Sözleşmede yer alan insan haklarının bireyler tarafından tam anlamıyla ve eksiksiz kullanımı için sağlıklı bir çevre ön koşuldur. Sağlıklı bir çevrenin mümkün olmadığı varsayımında,

Çevre Hakkı (İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021), 257; Dilara Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 400; Gülay Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı,” iç. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu (Ankara: Avrupa Konseyi, 2013), 305; Orla Kelleher, “Incorporating Climate Justice into Legal Reasoning: Shifting Towards a Risk-Based Approach to Causation in Climate Litigation,” *Journal of Human Rights and The Environment* 13, no. 1 (2022): 301; Armando Rocha and Rômulo Sampaio, “Climate Change Before the European and Inter-American Courts of Human Rights Comparing Possible Avenues Before Human Rights Bodies,” *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 32, no.2 (2023) 281; David Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates and Buckley Carla, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çevirenler Mehves Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan (Ankara: Avrupa Konseyi, 2013), 373; Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Bakanlar Komitesi’ne AİHS’e güvenli, temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkı hususunda ek bir protokol hazırlamak ve anılan hakkın Sözleşmeye dahil edilmesi; üye devletlerin de çevreyi insanların onurlu ve sağlıklı bir şekilde yaşamalarına ve diğer temel hakları tam olarak kullanmalarına izin veren koşullara sahip olmalarını sağlama sorumluluğunu açıkça ortaya koymaları; yanı sıra gelecek nesiller için de dahil olmak üzere ulusal düzeyde güvenli, temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevrenin çok daha etkili bir şekilde korunmasını teşvik etmelerini 29 Eylül 2021 tarihli, 2211 numaralı tavsiye kararında belirtmiştir. (Parliamentary Assembly, “Anchoring the Right to a Healthy, Environment: Need for Enhanced Action by The Council of Europe,” Recommendation 2211, <https://pace.coe.int/fr/files/29501/html>, accessed 22.11.2022, parag.3.1) Öğretide, her ne kadar Mahkeme içtihadıyla sağlıklı bir çevre hakkını özel ve aile hayatına saygı hakkı içerisinde korusa da Sözleşmenin sağlıklı bir çevre için ayrıca asli bir hak öngörmediği ve bunun da Mahkemeye sınırsız yargı yetkisi vermediği için sınırları olduğu belirtilmektedir. Mahkeme tarafından çevrenin korunması ile ilgili verilen yakın tarihli kararlarda Yargıç Serghides tarafından kaleme alınan farklı gerekçe görüşünde, özellikle iklim değişikliğinin olumsuz etkileri sebebiyle kaçınılmaz bir şekilde sağlıklı bir çevre hakkının bir nevi *jus cogens* kuralı haline gelebileceği; Mahkeme içtihadında her ne kadar sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı (AİHS madde 8) kapsamında belirli ölçüde korunsu da, sağlıklı bir çevre hakkını içeren yeni bir ek protokolün kabul edilmesine ihtiyaç olduğunun altı çizilmektedir. (*Pavlov ve diğerleri/Rusya*, Başvuru No: 31612/09, K.T. 11.10.2022, Yargıç Serghides’in farklı gerekçesi, 33 vd.)

⁵ Voigt, “The Climate Change Dimension of Human Rights,” 156, 157; Müllerová, “Environment Playing Short-Handed,” 86.

kişilerin Sözleşmede yer alan haklarını tam anlamıyla ve eksiksiz kullanmaları da ne yazık ki mümkün olamayacaktır. Çevre ile ilgili meselelerin genellikle Mahkeme önüne yaşam hakkı ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile bağlantılı olarak geldiği görülmektedir. Mahkeme tarafından bugüne kadar incelenen başvuruların konusu genel olarak gürültü kirliliği, endüstriyel kirlilik, atık yönetimi, su kirliliği, insan kaynaklı şehir planlama ve inşaattan kaynaklanan sorunlar ve doğal afetler gibi bir dizi çevresel faktörün bireysel insan hakları üzerindeki etkisi ile ilgilidir.⁶

1. Başka Bir Hakkın Sınırı Olarak Çevrenin Korunması

Mahkeme içtihadında çevrenin korunması kamu yararı olarak görülmekte ve bu amaçla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün olabilmektedir. Bir kamu yararı olarak çevrenin korunması hususu Mahkeme kararlarında çoğunlukla mülkiyet hakkının, bazen de özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının bir sınırı olarak görülmektedir.⁷ Mahkeme, Sözleşmede yer alan bir hak ve özgürlüğün bir kamu yararı olarak çevrenin korunması sebebiyle sınırlandırılmasını ele alırken devletlere tanıdığı geniş takdir marjı çerçevesinde somut olay üzerinden inceleme yapmaktadır. Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerin korunması konusunda asli yükümlülük ikincillik ilkesi gereği Sözleşmeciler devletlere hasredilmiştir. Dolayısıyla, çevreyi korumak için alınacak önlemlerin öncelikle Sözleşmeciler devlete ait olduğu söylenebilecektir.⁸ Mahkeme, bu nedenle çevrenin korunması hususunda alınacak önlemlerin Sözleşmede yer alan hakları sınırlandırması açısından Sözleşmeciler devletlere geniş bir takdir marjı

⁶ Council of Europe, “Manual Human Rights and The Environment Containing Principles Emerging from the Case Law of the European Court on Human Rights and The Conclusions and Decisions of The European Committee of Social Rights,” <https://rm.coe.int/manual-environment-3rd-edition/1680a56197>, 19, parag.34; Katharina Franziska Braig and Stoyan Panov, “The Doctrine of Positive Obligations as a Starting Point for Climate Litigation in Strasbourg: The European Court of Human Rights as a *Hilfssheriff* in Combating Climate Change?”, *Journal of Environmental Law & Litigation*, no.35, (2020): 269.

⁷ Yancı Özalp, “Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı,” 57, 58, 62; Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin,” 125, 126, 127; Kaboğlu ve Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 258; Nühket Yılmaz Turgut, “The European Court Of Human Rights And The Right To The Environment,” *Ankara Law Review* 4, no:2 (2007): 5, 10.

⁸ Council of Europe, “Manual Human Rights and The Environment,” 20, parag. 35.

tanımaktadır.⁹ Ancak öğretilerde VOIGT, Mahkeme tarafından verilen son kararlarda, Mahkemenin geleneksel geniş takdir marjı yaklaşımının daha belirli takdir marjı yaklaşımına (*certaine marge d'appréciation*) doğru kaydığını belirtmektedir. Yazara göre, belirli takdir marjı yaklaşımı ile kastedilen Mahkemenin bir çevresel zarar karşısında tam olarak ne yapılması gerektiğini belirleme görevi olmasa da Sözleşmeciler devletlerin o durum karşısında gerekli özeni gösterip göstermediğini –*due diligence* standardını– değerlendirmesidir.¹⁰ Yabancı öğretilerde *due diligence* olarak ifade edilen bu davranış yükümlülüğü etkili bir çevre hukuku sistemi ve düzenlemeleri ile istişare ve bildirim ilkelerinin oluşturulması ve uygulanması da dâhil olmak üzere, kendi yetki alanları dâhilinde yürütülen faaliyetlerin diğer devletlerin çevresine zarar vermemesi için tüm devletlerce gerekli özenin gösterilmesini ifade eder.¹¹

2. Çevrenin Korunması Açısından Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Mahkeme içtihadında çevresel meselelerin bireylerin insan haklarından yararlanmasını engelleyebileceği kabul edildiğinden¹², çevre sorunları çeşitli hükümler kapsamında, özellikle Sözleşmenin 2., 3., 6., 8., 10. ve ek 1. protokolünün 1. maddesi kapsamında¹³ ele alınmaktadır. Bir hakkın kullanılmasında ilgili öngörülebilir önemli bir risk olduğunda, Sözleşmeciler devletlerin bu riski önlemek, sınırlamak veya telafî etmek için harekete geçebileceği durumlarda pozitif yükümlülüklerinden söz edilir. Çevrenin korunması, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri gerçekleştirmek üzere devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi gereğiyle de

⁹ Yancı Özalp, “Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı,” 59; Armelle Gouritin, “Potential Liability of European States Under the ECHR for Failure to Take Appropriate Measures With a View to Adaptation to Climate Change,” in *Climate Change Liability*, eds: Michael Faure and Marjan Peeters, (Cheltenham: Edward Elgar, 2011), 141.

¹⁰ Voigt, “The Climate Change Dimension of Human Rights,” 161; *Cordella ve diğerleri/İtalya*, Başvuru No:54414/13 ve 54264/15, K.T.24.06.2019, parag.158; Catherine Le Bris “Droits de l’Homme et Droits de l’Humanité au Regard de la Crise Climatique,” *Journal Européen Des Droits de l’Homme*, no.2, (2022): 143.

¹¹ Philippe Sands, Jacqueline Peel, Adriana Fabra and Ruth Mackenzie, *Principles of International Environmental Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 747.

¹² *Guerra ve diğerleri/İtalya*, Başvuru No:14967/89, K.T.19.02.1998, parag.60.

¹³ Anılan maddeler yaşam hakkı (2. madde), işkence yasağı (3. madde), adil yargılanma hakkı (6. madde), özel ve aile hayatına saygı hakkı (8. madde) ve mülkiyet hakkını (1 numaralı protokol 1. madde) hüküm altına almaktadır.

Mahkeme içtihadına konu edilmektedir. Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükler kişilere direkt olarak çevrenin korunmasını istemek hususunda talep yetkisi vermese de çevresel zararlı etkiler sebebiyle Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin doğrudan etkilenmesi halinde devletlerin kişilerin hak ve özgürlüklerinin zararlı etkilere karşı önleme yükümlülükleri bulunmaktadır.¹⁴ Mahkeme, çevresel zararlı etkiler sebebiyle kişilerin Sözleşmede yer alan yaşam, özel hayata ve aile hayatına saygı ve mülkiyet haklarının doğrudan etkilenmesi halinde, bu haklardan tam yararlanılması için gereken pozitif yükümlülüğünü yerine getirmeyen devleti sorumlu tutarak çevrenin korunmasına dolaylı katkı sağlamaktadır.¹⁵

3. Çevrenin Korunması Amacıyla Getirilen Usul Güvenceleri

Mahkeme içtihadıyla çevrenin korunması hususunda devletlerin pozitif yükümlülüklerinin içeriğinin usul güvenceleri ile genişletilmesi de söz konusu olmaktadır.¹⁶ Mahkeme, kişilerin Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerinin çevresel bozulmalardan doğrudan etkilendiği hallerde, usule dair güvencelerden faydalanılabileceğini ifade etmektedir.¹⁷ Çevresel bilgiye erişim hakkı, çevresel karar alma sürecine halkın katılım hakkı ve çevresel konularda yargıya erişim hakkı çevrenin korunması amacıyla getirilen usul güvenceleridir.¹⁸ Mahkeme, kararlarında Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Alma Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi diğer bir deyişle Aarhus Sözleşmesine atıf yaparak anılan usul güvencelerini kişilere tanımaktadır.¹⁹

¹⁴ Kaboğlu ve Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 258; Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, 305; *Fadeyeva/Rusya*, Başvuru No: 55723/00, K.T. 09.06.2005, parag. 68; Harris, O’Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 397; Müllerová, “Environment Playing Short-Handed,” 87.

¹⁵ Yılmaz Turgut, “The European Court Of Human Rights,” 19.

¹⁶ Kaboğlu ve Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 244, 258; Güneş, *Çevre Hukuku*, 166; Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, 400; Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin,” 153.

¹⁷ Kaboğlu ve Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 258; Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin,” 125; Yancı Özalp, “Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı,” 74; Seda Yurtcanlı Duymaz, “Çevre Örgütlerinin Çevresel Yönetime Katılma Sürecinde Dayandığı Haklar,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 26, no.107, (2013): 184 vd.; Müllerová, “Environment Playing Short-Handed,” 87.

¹⁸ Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin,” 155.

¹⁹ Çevrenin korunması amacıyla kişilere tanınan usul güvencelerinin AİHM kararlarında nasıl ele alındığı ilerleyen başlıklarda yaşam hakkı ile çevre bağlantısı; özel ve aile

B. Mahkemenin Yargı Yetkisi

Mahkemenin önüne gelen bir başvurunun kabul edilebilir olup olmadığını incelerken yargı yetkisinin bulunup bulunmadığına bakmaktadır. Ancak bu yargı yetkisi sınırsız değildir.²⁰ Sözleşmenin 32. maddesinde, “Mahkeme’nin yargı yetkisi, 33., 34., 46. ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşmenin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar. Mahkeme’nin yetkili olup olmadığı hakkında ihtilaf durumunda kararı Mahkeme verir.”²¹ denilmektedir. Sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde, “Başvurunun konu bakımından Sözleşme veya Protokollerinin hükümleriyle bağdaşmaması...”²² denilmektedir. Mahkeme önüne gelen bir başvurunun kabul edilebilirliğini incelerken başvurunun kişi, yer, zaman, konu bakımından mahkemenin yetki sınırları içinde olması gerekmektedir.

Mahkemenin yargılama yetkisine ilişkin kabul edilemezlik nedenleri, kişi bakımından bağdaşmazlık (*ratione personae*), yer bakımından bağdaşmazlık (*ratione loci*), zaman bakımından bağdaşmazlık (*ratione temporis*) ve konu bakımından bağdaşmazlık (*ratione materia*) olarak belirlenmiştir.²³ Kişi bakımından bağdaşmazlık, başvuru tarafından ihlal edildiği iddia edilen Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüğün sözleşmecî devlet tarafından işlenmemiş oluşunu veya anılan ihlalin sözleşmecî devlete isnat edilmez olmasını ifade eder.²⁴ Aynı şekilde başvurucağının da ihlalden sorumlu olduğunu iddia ettiği sözleşmecî devletin toprakları dışında bulunması kişi bakımından bağdaşmazlık nedeni olacaktır.²⁵ Yer bakımından bağdaşmazlık, başvurucağının tarafından iddia edilen sözleşme ihlalinin sözleşmecî devletin yargı yetkisi alanı dışında veya sözleşmecî devletin fiilen denetim yapmadığı bir

hayatına saygı hakkı ile çevre bağlantısının değerlendirildiği başlıklarda detaylı olarak inceleneceğinden burada kısaca zikredilmekle yetinilmiştir.

²⁰ Faruk Bilir, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi ve Ermeni Soykırımını İnkârı Suç Sayan Düzenleme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14, no.2, (2006): 299.

²¹ ECHR, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 20.

²² ECHR, 22.

²³ ECHR, “Practical Guide on Admissibility Criteria,” August 2022, https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf, 47 vd.; Harris, O’Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 814 vd.

²⁴ ECHR, “Practical Guide on Admissibility Criteria,” 47.

²⁵ Bilir, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi”, 325.

yerde meydana gelmiş olmasıdır.²⁶ Zaman bakımından bağdaşmazlık, sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen ihlal iddiaları bakımından sözleşmeci devletlerin sorumlu tutulamamasıdır.²⁷ Konu bakımından bağdaşmazlık ise, Mahkemeye yapılan bir başvuruda başvurucunun ihlal edildiğini iddia ettiği hakkın Sözleşme ve eki protokollerle korunmuyor olmasıdır.²⁸

İnsan haklarına ilişkin bir uluslararası antlaşmanın tarafı olan devletler tarafından, Sözleşmede ve eki protokollerde yer alan haklara ilişkin olarak, bu devletlerin yargı alanı içerisinde bulunan ve devletin fiili egemenlik yetkisini kullandığı topraklarda, yine Sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki ve hala yürürlükte olduğu süreçteki ihlallerden dolayı sorumlu tutulabilmesi mümkündür; ki bu da Mahkemenin yargılama yetkisine ilişkin yukarıda anılan bağdaşmazlıkların bulunmamasına bağlıdır. Anılan bağdaşmazlıkları Mahkeme, her somut olayın koşullarına göre re'sen ele almaktadır.²⁹

Sözleşmenin 1. maddesinde, “Yüksek sözleşmeci taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, Sözleşmenin birinci bölümünde yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlar.”³⁰ denilmektedir. Kural olarak, sözleşmeci devlet, kendi yetki alanı içinde bulunan kişilerin Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklerini ihlal etmemekle yükümlüdür. Sözleşmeci devlet, kendi yetki alanı dışında gerçekleşen hak ihlallerinden sorumlu tutulamayacağından; sözleşmeci devletin kendi yetki alanının ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.³¹ Yargı yetkisinin kullanılması, bir devletin Sözleşmenin ihlaline yol açan eylem veya ihmallerden sorumlu tutulabilmesi için gerekli bir koşuldur.³²

Sözleşmenin 1. maddesi açısından, yargı yetkisinin bir devletin kendi toprakları ile sınırlı, yani bölgesel (*Territoriality Principle*) olduğu

²⁶ ECHR, “Practical Guide on Admissibility Criteria,” 52.

²⁷ ECHR, “Practical Guide on Admissibility Criteria,” 64.

²⁸ ECHR, “Practical Guide on Admissibility Criteria,” 69.

²⁹ ECHR, “Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights,” https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_ENG.pdf, parag.6.

³⁰ ECHR, 6.

³¹ ECHR, “Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights,” parag.1.

³² Jacques Hartmann and Marc Willers QC, “Protecting Rights Through Climate Change Litigation Before European Courts,” *Journal of Human Rights and The Environment* 13, no.1, (2022): 104.

söylenilecektir.³³ Ancak bazı durumlarda, bölgesellik kuralının istisnaları olabilmektedir. Sözleşmecî devletin 1. madde kapsamındaki yargı yetkisi, bazı durumlarda devlet makamlarının veya o devlette bulunan gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin kendi toprakları dışında sonuçlar doğuran fiillerini de kapsayabilmektedir.³⁴ Bölgesellik ilkesinin istisnası olan bu husus, Mahkemenin *Loizidou/Türkiye* kararında gündeme gelerek belirli koşullar altında devletin kendi toprakları dışında, o devlet tarafından işlenen insan hakları ihlallerinin rapor edilmesini mümkün kılmıştır.³⁵ Kararda, yasal veya yasalara aykırı olarak gerçekleştirilen bir askeri harekât sonucunda bir devletin ulusal toprakları dışında başka bir toprak üzerinde etkili kontrol sağlaması halinde söz konusu devletin sorumluluğunun doğabileceği; etkili kontrol kullanılan alanlarda devletin Sözleşmeden doğan hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğünün olduğu kabul edilmiştir.³⁶

Mahkemenin uyguladığı etkili kontrol kriteri, kişi üzerinde etkili kontrol sağlanması ihtimalinde de mümkündür. Sözleşmecî devletin diplomatik yetkililerinin o devletin vatandaşı olmayan veya o devlette ikamet etmeyen kişiler üzerinde etkili kontrol uyguladıkları ölçüde bu kişileri Sözleşmecî

³³ ECHR, “*Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights*,” parag.13; Bilir, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi”, 324; *Banković ve diğerleri/Belçika ve 16 diğer devlet*, Başvuru No:52207/9, K.T.12.12.2001, parag.59-61; Monica Feria-Tinta, “The Future of Environmental Cases in The European Court of Human Rights: Extraterritoriality, Victim Status, Treaty Interpretation, Attribution, Imminence and ‘Due Diligence’ in Climate Change Cases”, *Journal of Human Rights and Environment* 13, Special Issue, (2022): 176; Helen Keller and Corina Heri, “The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR,” *Nordic Journal of Human Rights* 40, no.1 (2022): 7, 9; Olivier De Frouville, “Les Droits de l’Homme au Service de l’Urgence Climatique?”, *Journal Européen Des Droits de l’Homme*, N.2, (2022): 180.

³⁴ ECHR, “*Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights*,” parag.44; ECHR, *Factsheet – Extra-territorial jurisdiction of States Parties, Extra-territorial Jurisdiction of States Parties to the European Convention on Human Rights*, https://www.echr.coe.int/documents/fs_extra-territorial_jurisdiction_eng.pdf, 1,2; Bilir, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi”, 328; Feria-Tinta, “The Future,” 176; Le Bris, “Droits de l’Homme,” 142; Hartmann and Willers QC, “Protecting Rights,” 104.

³⁵ *Loizidou/Türkiye*, Başvuru No:15318/89, K.T. 18.12.1996; De Frouville, “Les Droits de l’Homme,” 180, 181; Harris, O’Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 832.

³⁶ ECHR, *Factsheet – Extra-territorial jurisdiction of States Parties, Extra-territorial Jurisdiction of States Parties to the European Convention on Human Rights*, 2; Le Bris, Le Bris, “Droits de l’Homme,” 142, 143.

devletin yargı yetkisi içine dâhil etmektedir.³⁷ *Due diligence* standardı, devlet tarafından uygulanan güç üzerindeki etkili kontrolü ne kadar büyükse, yükümlülüğünün de o kadar fazla olacağını ifade etmektedir.³⁸

C. Mağdur Sıfatı

Mahkemeye başvuran başvuruların mağdur sıfatının tespiti yargılama sürecinin ayrılmaz bir parçasıdır. AİHS, *actio popularis* olarak ifade edilen halk davası usulünü öngörmemekte; Mahkeme de bu usule izin vermemektedir.³⁹ Özellikle Sözleşmede yer alan haklarının ihlal edildiğini iddia eden başvurucu veya başvuruların haklarına yapılan müdahale sonucunda onların bireysel açıdan zarara uğramış olmalarını yani mağdur olmalarını aramaktadır. Bu husus, Sözleşmenin 34. maddesinde “*Bu sözleşme ve protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci taraflardan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkemeye başvurabilir.*” ve Sözleşmenin 35. maddesinde kabul edilemezlik koşullarında “*başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması*” olarak ifade edilmektedir. Mağdur sıfatı ile bağlantılı olarak *locus standi* kavramı ile başvurucunun Mahkemede dava açma ehliyeti kastedilmektedir. Başvurucunun AİHM’de dava açma ehliyetine sahip olabilmesi için ise mağdur sıfatı koşulunu taşıması gerekmektedir.

Mağdur kavramı, iddia edilen ihlalden doğrudan etkilenen doğrudan mağdurlar ile ihlalin zarara yol açacağı durumlarda bunun sonlandırılmasını istemek için geçerli ve kişisel bir menfaati olan dolaylı mağdurları da kapsar.⁴⁰ Mahkeme, potansiyel mağdur kavramı kapsamında, bazı özel hallerde henüz bireysel olarak zarara uğramamış olan diğer bir deyişle henüz doğrudan veya dolaylı mağdur sıfatını taşımayanların da başvurularını kabul edilebilir bulmaktadır.⁴¹ Başvurucunun Mahkeme tarafından potansiyel mağdur

³⁷ ECHR, “Factsheet – Extra-territorial jurisdiction of States Parties, Extra-territorial Jurisdiction of States Parties to the European Convention on Human Rights,” 1.

³⁸ De Frouville, “Les Droits de l’Homme,” 181.

³⁹ *Cordella ve diğerleri/ İtalya*, parag.100; Hartmann and Willers QC, “Protecting Rights,” 108.

⁴⁰ ECHR, “Practical Guide on Admissibility Criteria,” 11; Feria-Tinta, “The Future,” 180; Hartmann and Willers QC, “Protecting Rights,” 108.

⁴¹ Yerel mevzuatın içerdiği ve izin verdiği telekomünikasyon araçları ile izlemeye dair gizli tedbirlerin kendisine uygulandığı iddiasıyla Mahkemeye yapılan başvuruda başvurucuya bu gizli tedbirlerin uygulandığının açıkça tespit edilemediği; ancak

sıfatının kabul edilebilmesi için başvuru üzerinde kişisel olumsuz etki doğuran bir ihlal ortaya çıkma ihtimaline dair, makul ve ikna edici kanıtların sunulmuş olması gerekmektedir. Mahkeme, bu noktada soyut, salt farazi ve kanıtı dayanmayan ihlal iddialarını yetersiz bulmaktadır.⁴² Mahkeme başvuru sahiplerinin mağdur sıfatını değerlendirirken potansiyel olumsuz etkiler açısından yüksek bir eşik uygulamaktadır.

Fägerskiöld/İsveç kararında, Mahkeme, başvuru sahiplerinin evlerinden 400 metre uzağa kurulan rüzgâr tribünleri hakkında gürültü kirliliğine dair yaptıkları başvuruda, başvuru sahiplerinin Mahkemeye veya ulusal makamlara sağlıklarının gürültü ve ışıktan olumsuz etkilendiğine dair tıbbi belgeler sunmadıkları gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Anılan başvuruda, gürültü ve ışık yansımalarının seviyesi Mahkeme tarafından başvuru sahiplerinin katlanması gereken asgari eşik üzerinde kalacak derecede ciddi bulunmamıştır.⁴³ *Cordella ve diğerleri/İtalya* kararında, 180 başvuru sahibinden 19'u için, Mahkeme, yüksek çevresel risk etkisi altında kalan kasabalarda hiç yaşamadıkları ve çelik fabrikalarından çıkan zehirli emisyonların sağlıklarını olumsuz etkilediği durumundan kişisel olarak etkilendiklerini göstermemeleri sebebiyle mağdur sıfatına sahip olmadıklarını tespit etmiştir.⁴⁴ Mahkeme tarafından mağdur sıfatına sahip olmadığı tespit edilen 19 başvuru sahibinden, yüksek çevresel risk etkisi altında kaldığı tanımlanan coğrafi bölgenin sınırlarının belirlenmesine itiraz etmeleri ve yaşadıkları yerde yüksek çevresel risk etkisi bulunduğunu ispatlayan ikna

Sözleşmeli devlette bulunan kişilerin potansiyel olarak postalarının, e-postalarının potansiyel olarak izlenebileceği bir gözetim sistemi kurması karşısında, tartışmalı mevzuat, sözleşmeli devletteki posta ve telekomünikasyon hizmetlerinin tüm kullanıcılarını veya potansiyel kullanıcılarını doğrudan etkilediği belirtilmiştir. Dolayısıyla, Mahkeme davanın özel koşullarını dikkate alarak, başvuru sahiplerinden her birinin, Sözleşme'nin ihlalinin mağduru olduğunu iddia etme hakkına sahip olduğu sonucuna varmıştır. (*Klass ve diğerleri/Germany*, Başvuru No:5029/71, K.T. 06.09.1978, parag.37); Bir başka başvuruda, Mahkeme, başvuru hakkındaki sınır dışı edilme kararının uygulanması halinde bu karar sonunda kişinin iade edileceği ülkede işkenceye uğrayacağı öngörülebilir bir sonuç riski taşıyorsa bu halde potansiyel mağdur kavramına dâhil olabileceğine karar vermiştir. (*Soering/Birleşik Krallık*, Başvuru No:14038/88, K.T. 07.07.1989, parag.90.); Harris, O'Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 819.

⁴² ECHR, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 15; Feria-Tinta, "The Future," 180; Harris, O'Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 820.

⁴³ *Fägerskiöld/İsveç*, Başvuru No: 37664/04, K.T. 01.10.2008, parag.17.

⁴⁴ *Cordella ve diğerleri/İtalya*, parag.138; Feria-Tinta, "The Future," 180.

edici kanıtlar sunmaları halinde mağdur olarak değerlendirilebileceklerini belirtmiştir.⁴⁵

Mahkeme tarafından gerçekleşeceği iddia edilen risk ile kişi arasında yeterince potansiyel bir bağlantı olup olmadığını belirlemek için, her bir vakada bir risk değerlendirmesi yapılmalıdır. Dolayısıyla, potansiyel mağdur sıfatının tartışıldığı vakalar genellikle, bireysel bir uygulama tedbirinin henüz uygulanmadığı vakalarla veya ilgili mevzuatın uygulandığı ancak başvuru henüz etkilemediği durumlarda söz konusu olmaktadır.⁴⁶

D. Yaşam Hakkı ve Çevre Bağlantısı

Sözleşmenin 2. maddesinde “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.” denilmektedir.⁴⁷

Çevresel kirlilik veya bozulmalar kişinin yaşam hakkını olumsuz etkileyebilmektedir. Yaşam hakkı ve çevre bağlantısı, özellikle tehlikeli endüstriyel faaliyetler veya öngörülebilir doğal afetler halinde kişilerin yaşamlarının tehlikeye düşmesi veya yaşamlarını kaybetmesi ile gündeme gelmektedir.⁴⁸ Esasen Mahkeme, burada kişilerin güvenli bir çevrede yaşama hakkını güvencelemektedir. Ayrıca, Mahkeme, yaşam hakkını ölüm meydana gelmesi dahi, potansiyel olarak ölümcül bir gücün uygunsuz kullanıldığı durumda diğer bir deyişle hakka zarar gelme riski bulunan bir durumda da ele almaktadır.⁴⁹

Mahkemeye göre, sadece doğrudan bir devletin görevlilerinin eylemlerinden kaynaklananlar değil; aynı zamanda devletle doğrudan

⁴⁵ Cordella ve diğerleri/İtalya, parag.103.

⁴⁶ Nordlund, Alexandra. “Locus Standi in Climate Change Cases Before the European Court of Human Rights,” Thesis, Juridicum, (Örebro: Örebro Universitet, School of Law, Psychology and Social Work, 2021) <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1599354/FULLTEXT01.pdf>.

⁴⁷ ECHR, 6.

⁴⁸ Kaboğlu ve Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 260; Yancı Özalp, “Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı,” 73, 84; Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin,” 135; Harris, O’Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 44.

⁴⁹ Council of Europe, “Manual Human Rights and The Environment,” 22, parag. 39; Kelleher, “Incorporating,” 302.

bağlantılı olmayan özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilen eylem veya faaliyetler neticesinde gerçekleşen tehditlerle veya ölümlerle ilgili olarak sözleşmeci devletlerin kişinin yaşam hakkını korumak amacıyla pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.⁵⁰ Devletlerin anılan pozitif yükümlülükleri, her zaman devletten kaynaklanmayan, ama devlet tarafından kontrol edilebilen özel hukuk kişileri veya sosyal gelişmelerden kaynaklanan ihlallerin önlenmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.⁵¹

Sözleşmeci devletlerin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif koruma yükümlülüğü, kişinin hayatının risk altında olduğu durumlarda söz konusudur.⁵² Çevre ile bağlantılı olarak yaşam hakkı incelemesi Mahkeme önüne tehlikeli endüstriyel faaliyetler ile doğal afetler hususunda gelmektedir.⁵³

1. Tehlikeli Endüstriyel Faaliyetler

Mahkeme, sözleşmeci devletlerin yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin, kamu makamları veya özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilen başlıca nükleer testlerin uygulanması, zehirli emisyonlu kimyasal fabrikaların işletilmesi, atık toplama sahaları gibi tehlikeli faaliyetler bağlamında uygulanabileceğini tespit etmiştir. Genel olarak, sözleşmeci devletin yükümlülüklerinin kapsamı, tehlikeli faaliyetlerin potansiyel zararlılık düzeyi ile hayati risklerin öngörülebilirlik düzeyi gibi faktörlere göre değişmektedir.⁵⁴

Bir tehlikeli faaliyet neticesinde kişilerin yaşam hakkına yönelik ihlalin önlenmesi amacıyla, öncelikle sözleşmeci devlet, o tehlikeli faaliyete özgü özellikleri göz önünde bulundurarak kişilerin yaşamlarına yönelik faaliyetten kaynaklı potansiyel risk düzeyini dikkate alan gerekli idari ve yasal düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür. Mahkeme bu idari ve yasal

⁵⁰ Council of Europe, “Manual Human Rights and The Environment,” 22; Braig and Panov, “The Doctrine of Positive Obligations,” 270.

⁵¹ Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yan Etki,” iç. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu (Ankara: Avrupa Konseyi, 2013), 54.

⁵² Council of Europe, “Manual Human Rights and The Environment,” 22, parag. 38.

⁵³ Marta Torre-Schaub, “The Future of European Climate Change Litigation: The Carême Case Before The European Court of Human Rights,” *VerfBlog*, August 10, 2022, <https://verfassungsblog.de/the-future-of-european-climate-change-litigation/>.

⁵⁴ Council of Europe, “Manual Human Rights and The Environment,” 22; Kaboğlu ve Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 260.

düzenlemelerin yaşam hakkına yönelik riskler açısından caydırıcılık sağlaması gerektiğinin altını çizmektedir.⁵⁵

Sözleşmeci devletler, tehlikeli endüstriyel faaliyetler yürüten işletmelerin ruhsat, faaliyet izinleri veya bu faaliyetlerin denetimine dair yasal düzenlemeleri yapmakla yükümlüdürler. Mahkemeye göre sözleşmeci devlet tüm bu önleyici önlemleri alırken aynı zamanda tehlikeli faaliyet sebebiyle oluşabilecek riskler hakkında halkın bilgi edinme hakkına özel bir vurgu yapmalıdır.⁵⁶ Sözleşmeci devlet, bir usul güvencesi olarak tehlikeli faaliyet yürütülmesi sebebiyle gerçekleşebilecek risklerle ilgili kişileri bilgilendirmeli ve kişilerin bu risklerden haberdar olmalarını sağlamalıdır.

Tehlikeli bir faaliyet sebebiyle kişiler yaşamını kaybetmiş ise, bu halde sözleşmeci devlet, usule ilişkin olarak yaşam hakkını ihlal edenler hakkında bağımsız, tarafsız ve etkili bir soruşturma yürütmekle yükümlüdür.⁵⁷

Tehlikeli endüstriyel faaliyetler sebebiyle kişilerin yaşam hakkını ihlalden devletin sorumlu tutulabilmesi için, Mahkeme, bu faaliyetlerin yaşama yönelik oluşturduğu risk veya risklere yönelik olarak önlem almamasını aramaktadır. Tehlikeli endüstriyel faaliyetler sebebiyle devletin kişilerin yaşam hakkına yönelik gerçek, yakın ve acil bir riskin varlığını biliyor olması veya bilmesi gereken bir durumda olması gerekmektedir. Bu halde devlet tarafından anılan riski bertaraf etmek üzere alınması gereken önlemler, gerçekleştirilmesi gereken pozitif yükümlülükler gerçekleştirilmediği takdirde Mahkeme devletin sorumluluğuna gitmektedir. Dolayısıyla sözleşmeci devletin koruma yükümlülüğünün kapsamının, yaşama yönelik riskin öngörülebilirliğine bağlı olduğu söylenebilecektir. Bilinen ve bilinmesi beklenen öngörülebilir zararlı etkiler bir devletin bu tür sonuçları önlemek için gerekli özeni göstermek ve bunları tamamen önlemek

⁵⁵ Council of Europe, "Manual Human Rights and The Environment," 25; Öneriyıldız/Türkiye, Başvuru No:48939/99, K.T.30.11.2004, parag.89; Cordella ve diğerleri/İtalya, parag.159; Voigt, "The Climate Change Dimension of Human Rights," 163; Keller and Heri, "The Future is Now," 14; Gouritin, "Potential", 145; Kelleher, "Incorporating," 301 vd.; Kristian Cedervall Lauta and Jens Elo Rytter, "A Landslide on a Mudslide? Natural Hazards and The Right to Life Under the European Convention on Human Rights," *Journal of Human Rights and The Environment* 7, no.1, (2016): 115.

⁵⁶ Öneriyıldız/Türkiye, parag.90.

⁵⁷ Öneriyıldız/Türkiye, parag.91; Council of Europe, "Manual Human Rights and The Environment," 26, parag.47; Harris, O'Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 51.

mümkün olmadığı takdirde ise bunların etkilerini sınırlamak için makul olan her şeyi yapmak zorunda olduğu anlamına gelmektedir.⁵⁸ Kişilerin yaşam hakkına yönelik gerçek, yakın veya acil bir riskin hemen gerçekleşmesi gereken bir riskten ziyade ilgili kişileri doğrudan tehdit eden bir risk olduğunun anlaşılması gerekmektedir.⁵⁹

2. Doğal Afetler

Yaşam hakkına yönelik çevresel risklerden biri de doğal afetlerdir. Doğal afetler, kişilerin yaşam hakkını tehdit etmekte; bazen ise yaşamın sonlanabilmesine sebep olabilmektedir. İnsan kaynaklı gerçekleşmeler dahi bazı koşullarda doğal afet sebebiyle yaşam hakkına yönelik müdahalelerden sözleşmecî devletler sorumlu tutulabilmektedir.

Mahkeme, insan kontrolünün dışında olsa dahi, doğal afetler durumunda da sözleşmecî devletlerin kişilerin can kaybını önlemeye yönelik pozitif yükümlülüklerini makul uyarı ve savuma mekanizmaları aracılığıyla yerine getirmeleri gerektiğini belirtmektedir.⁶⁰

Doğal afetler açısından, Mahkeme, tehlikeli faaliyetlerde olduğu gibi sözleşmecî devletin pozitif yükümlülükleri hususunda yaşam hakkına yönelik tehditlere karşı etkili bir caydırıcılık sağlamak üzere yasal ve idari çerçeveyi uygulamasını ve halkın da yeterince bilgilendirilmesi gerektiğini tekrarlamaktadır. Devlet, yaşamı tehdit eden acil durum ve bu nedenle meydana gelen ölümlerin adli soruşturma ile takip edilmesini sağlamakla yükümlüdür.⁶¹ Ancak tehlikeli endüstriyel faaliyetlere karşılık doğal afetlerin insan kontrolünün ötesinde olması, doğal afet nedeniyle yaşam hakkına yönelen tehditler açısından devletlere tanınan takdir marjının tehlikeli bir faaliyetin yürütülmesinden kaynaklanan bir tehdit karşısında daha geniş tutulmasına sebep olmaktadır.⁶²

⁵⁸ Feria-Tinta, “The Future”, 191.

⁵⁹ Öneriyıldız/Türkiye, parag.101; Feria-Tinta, “The Future,” 189, 191; Le Bris, “Droits de l’Homme,” 142; Braig and Panov, “The Doctrine of Positive Obligations,” 270; Kelleher, “Incorporating,” 303.

⁶⁰ Council of Europe, “Manual Human Rights and The Environment,” 24; Kaboğlu ve Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 261; Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin,” 136.

⁶¹ *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, K.T.29.09.2008, parag.129, 130, 131, 132.

⁶² *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, parag.135; Cedervall Lauta and Rytter, “A Landslide,” 118 vd.

Devletin, doğal afet sebebiyle kişilerin yaşam hakkını ihlalden sorumlu tutulabilmesini her koşulda geçerli kılmak hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. Bir doğal afet sebebiyle kişilerin yaşam haklarına yönelik risklerden devleti sorumlu tutabilmek, Mahkemeye göre doğal tehlikenin yakın ve açıkça tanımlanabilir veya öngörülebilir olması halinde mümkün olabilmektedir. Özellikle açıkça tanımlanabilen ve insan yerleşimi veya kullanımı için tahsis edilen bir alanda etkili olan ve tekrarlayan bir doğal afetten söz edilmektedir.⁶³

Bir bölgenin depreme yatkın olduğu durumlarda, yaşam hakkı açısından yetkililerin yıkıcı etkilerini minimumda tutmak için depremin yarattığı felaketin ölçeğini azaltmak ve bununla başa çıkma kapasitelerini güçlendirmek için önleyici tedbirler almalarını gerektirdiği ifade edilmiştir.⁶⁴

E. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı ve Çevre Bağlantısı

Çevre ile özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı arasındaki ilişki çoğunlukla çevresel kirlilik veya bozulmalar sebebiyle kişinin özel hayata ve aile hayatının veya konutunun (yaşam alanının) üzerinde doğrudan olumsuz bir müdahale bulunması üzerine kurulmaktadır.⁶⁵ Konut hakkı, sadece yaşam alanını kullanım hakkını değil, aynı zamanda bu alandan rahatsız edilmeden yararlanma hakkını da garanti etmektedir. Bu anlamda çevresel kirlilik veya bozulmalar, insanların evlerinin olanaklarından yararlanmasını engelleyen, gürültü, emisyon, koku veya diğer rahatsızlık biçimleri olabilir.⁶⁶ Mahkemeye göre, şiddetli çevre kirliliği kişilerin yaşamlarını tehlikeye atmaksızın özel hayata ve aile yaşamlarını olumsuz etkileyecek şekilde refahlarını, esenliklerini ve konutlarından veya yaşam alanlarından keyif almalarını engelleyebilir.⁶⁷ Sözleşmenin 8. maddesi ile korunan hukuksal çıkarılardan biri

⁶³ *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, parag.137.

⁶⁴ *M. Özel ve diğerleri/Türkiye*, Başvuru No:14350/05, 15245/05 ve 16051/05, K.T.17.11.2015, parag.173

⁶⁵ Council of Europe, "Manual Human Rights and The Environment," 34, parag. 59; Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", 306; Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, 401; Harris, O'Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 384, 385.

⁶⁶ Kobylarz, "The European Court of Human Rights: An Underrated Forum for Environmental Litigation," 112.

⁶⁷ *López Ostra/İspanya*, Başvuru No: 16798/90, K.T.09.12.1994, parag.51; Özellikle López Ostra/İspanya kararı ile Mahkeme çevrenin korunması ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı arasında içkin ve reddedilemez bir bağ olduğu belirtilmiştir.

olan kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünün bir parçasını da sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı oluşturmaktadır.⁶⁸

Bir çevresel kirliliğin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal edebilmesi için öncelikle kişinin özel hayatına, aile hayatına, konutuna doğrudan bir zararlı etkide bulunması gerekmektedir. Çevresel kirlilik veya bozulmaya kamu makamlarının tehlikeli faaliyetleri sebebiyet verebileceği gibi özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin yürüttüğü tehlikeli faaliyetler de verebilir. Pozitif yükümlülük doktrini uyarınca, devletler, kişilerin Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerini korumak için pozitif yükümlülüklerini yerine getirmelidirler. Bu yükümlülüklerin bir gereği olarak özel hukuk tüzel kişilerinin eylem veya işlemlerinin bir çevresel kirliliğe sebebiyet vermesi ihtimalinde devletlerin bu kirliliğin yayılmasını önleme yükümlülüklerine ek olarak, kişilerin kirliliğe dair çevresel bilgiye erişim haklarını kullanabilmelerini sağlama yükümlülüğü de bulunmaktadır.⁶⁹

Çevresel kirlilikten kaynaklanan doğrudan ve zararlı etki kişinin hakkını ciddi ve yakın bir tehlike altında bırakıyor olmalıdır. Kayda değer bir dereceye varmayan zararın sorumluluk açısından tahammül edilebilirliği ve genel bir önleme yükümlülüğünün yalnızca önemli zarar riski içeren faaliyetlerle ilgili olarak ortaya çıktığı genel olarak kabul görmektedir.⁷⁰ Kişisel doğrudan etkinin Mahkemece aranıyor olması, başvurucular tarafından iddia edilen çevresel zarar sebebiyle *actio popularis* şeklinde bir başvuru yapılmasını da engellemektedir.⁷¹

Bu noktada mahkeme, çevresel kirlilik veya bozulma ile kişi üzerindeki doğrudan ve zararlı bir etki arasındaki illiyet bağımlı ve bu zararlı etkinin belirli bir asgari düzeye erişmiş olup olmadığını her somut olay bazında değerlendirmektedir.⁷² Mahkeme, somut olayın koşullarını gözeterik çevresel

⁶⁸ Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı,” 304, 305.

⁶⁹ Kaboğlu ve Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 262; Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı,” 306; Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin,” 155; Yüzer Eltimur, *AIHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, 400, 402, 404; Le Bris, “Droits de l’Homme,” 140; Harris, O’Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 373, 385.

⁷⁰ Kobylarz, “The European Court of Human Rights: An Underrated Forum for Environmental Litigation,” 113.

⁷¹ Kobylarz, “The European Court of Human Rights: An Underrated Forum for Environmental Litigation,” 106; Fera-Tinta, “The Future,” 181.

⁷² Council of Europe, “Manual Human Rights and The Environment,” 35; Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı,” 306; Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları

kirliliğin yoğunluğu, süresi, kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü üzerindeki etkilerini çevresel bağlamda değerlendirerek asgari eşik düzeyini belirler.⁷³ Kişi risk kaynağının ne kadar yakınında yaşıyorsa o kadar fazla zarara maruz kalması söz konusudur. Burada zarar ile mağdur arasında fiziksel olarak kurulan bir illiyet bağı mevcuttur. Böylece Sözleşmenin 8. maddesiyle mağdurları riskli faaliyetle ilişkilendirmek için mekânsal ve zamansal bir araç sağlanmış olmaktadır.⁷⁴

Rahatsızlığın yoğunluğu ve süresi ile fiziksel veya zihinsel etkileri gibi davanın tüm koşullarına ve ayrıca genel çevresel bağlama göre asgari eşik değerlendirilmektedir. Mahkeme, çevresel kirlilik sebebiyle kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin mutlaka kişinin sağlığını ciddi anlamda tehlikeye sokan bir etkisinin olmasını aramamaktadır. Sağlığa zararlı bir etki olmasa dahi, herhangi bir çevresel kirlilik sebebiyle, -ki bu kirlilik endüstriyel sanayi atıklarından kaynaklanan kirlilik, herhangi rahatsız edici bir ses, gürültü veya koku kirliliği olabilmektedir-, kişinin özel ve aile hayatı veya konutu yani geniş anlamda kişinin yaşam alanı belirli bir rahatsızlık verici düzeye ulaşıyor ise bu durumda da Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali söz konusu olabilmektedir.⁷⁵

Çevresel kirlilik veya bozulma sebebiyle kişinin Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan hakkı üzerindeki doğrudan olumsuz etki, yani hakka müdahale Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçlara uygun olmalıdır. Meşru amaçlar; kanunilik, demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması şeklindedir.⁷⁶ Hakka yapılan müdahalenin Sözleşmenin 8. maddesinde sayılan meşru amaçlara

Mahkemesinin,” 145; Kaboğlu ve Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 261; Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, 406, 407; Kobylarz, “The European Court of Human Rights: An Underrated Forum for Environmental Litigation,” 112.

⁷³ Council of Europe, “Manual Human Rights and The Environment,” 35; Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin,” 145.

⁷⁴ Rocha and Sampaio, “Climate Change Before the European,” 283.

⁷⁵ Council of Europe, “Manual Human Rights and The Environment,” 35, parag. 61; Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin,” 146; Kobylarz, “The European Court of Human Rights: An Underrated Forum for Environmental Litigation,” 113; Torre Shaub, “The Carême Case,”; Kelleher, “Incorporating,” 302.

⁷⁶ ECHR, 11.

uygun olmasının yanı sıra, müdahale ile meşru amaç orantılı olmalıdır.⁷⁷ Mahkeme, çevresel meselelerle ilgili olarak Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında kişinin hakkına yapılan müdahalelerde sözleşmecî devletlerin takdir marjını oldukça geniş değerlendirmektedir.⁷⁸

Mahkeme, çevresel kirliliği veya bozulmaları Sözleşmenin 8. maddesi açısından okurken sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına dayanmakla birlikte, kararlarında usule ilişkin çevresel bilgi edinme, çevresel katılım ve çevresel meselelerde adalete erişim hakkına da işaret etmektedir.⁷⁹ Mahkeme kararlarında çevresel bilgi edinme hususunda Birleşmiş Milletler (BM) Çevre ve Kalkınma Konferansı tarafından kabul edilen, Rio Deklarasyonunun 10. prensibine⁸⁰; çevresel meselelerde bilgiye erişim, karar alma sürecine katılım ve adalete erişime dair Aarhus Sözleşmesine atıfta bulunarak usul güvencelerini tanımaktadır. *Taşkın ve diğerleri/Türkiye* kararında sözleşmecî devletlerin çevresel politikaları belirleme hususunda, karar verme sürecinde çevreye zararlı etkileri olabilecek ve kişilerin haklarını ihlal edebilecek faaliyetler konusunda bilgilendirilmesinin sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bilgilendirme sağlanırken kişilerin özellikle faaliyetlerin zararlı etkilerini tahmin etmelerine ve değerlendirmelerine olanak tanınması gerektiği ifade edilmiştir. Kişilerin çevresel meselelerde karar alma sürecinde görüş ve düşüncelerine yeterli ağırlığın verilmesi ve bu ağırlığın verilmemesi ihtimalinde ilgili karar, eylem veya işleme karşı kişilere mahkemeye başvuru hakkının da tanınması gerektiğinin altı çizilmiştir.⁸¹ Sözleşmenin 8. maddesi

⁷⁷ Council of Europe, “Manual Human Rights and The Environment,” 46; Kaboğlu ve Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 263.

⁷⁸ *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Başvuru No: 36022/97, K.T. 08.07.2003, parag. 97, 98 ve 100; Yancı Özalp, “Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı,” 59; Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin,” 149 vd.; Harris, O’Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 399.

⁷⁹ Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı,” 306; *Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, Başvuru No:46117/99, K.T.30.03.2005, parag.98, 99 ve 100; *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, parag. 99, 128.

⁸⁰ “Çevre sorunları, ilgili düzeyde tüm ilgili vatandaşların katılımıyla en iyi şekilde ele alınır. Ulusal düzeyde, her birey, tehlikeli maddeler ve kendi topluluklarındaki faaliyetler hakkında bilgiler de dahil olmak üzere, kamu yetkilileri tarafından tutulan çevre ile ilgili bilgilere uygun erişime ve karar alma süreçlerine katılma fırsatına sahip olacaktır. Devletler, bilgiyi geniş çapta erişilebilir kılarak kamu bilincini ve katılımını kolaylaştıracak ve teşvik edecektir. Tazminat ve telafi de dahil olmak üzere adli ve idari işlemlere etkin erişim sağlanacaktır.” (*Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, parag.98.)

⁸¹ *Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, parag.119.

çerçevesinde kişilerin özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında çevresel meselelerde kişilerin bilgi edinmelerine ve karar alma sürecinde görüşlerinin ne derece dikkate alınacağına ilişkin devletlere Mahkeme tarafından bir pozitif yükümlülüğün yüklendiği görülmektedir.⁸²

Mahkeme Sözleşmenin 8. maddesine yönelik bir ihlal olup olmadığını değerlendirirken orantılılık ilkesi gereği, kamu yararı ile bireyin yararı arasındaki adil dengenin kurulup kurulmadığını da dikkate almaktadır.⁸³

İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ DAVALARINA AİHM'İN ÇEVRE İÇTİHADININ UYGULANABİLİRLİĞİ

Uluslararası yargı mekanizmaları önündeki iklim değişikliği davaları, insan hakları hukuku kapsamında hem devlet yetkililerinin hem de uluslararası faaliyetler gösteren özel hukuk tüzel kişilerinin iklim değişikliğine karşı tepkisini iyileştirme aracı olarak görüldüğünden önem arz etmektedir.⁸⁴ AİHM önündeki derdest iklim değişikliği davalarına⁸⁵ bakıldığında, davalarda Mahkeme ve başvuruçular tarafından kamuoyu ile paylaşılan bilgiler doğrultusunda özellikle devletlerin sera gazı emisyonlarını

⁸² *Guerra/İtalya*, parag.60; *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, parag. 99, 128; Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı,” 306; Kaboğlu ve Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, 265; Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin,” 154; Yancı Özalp, “Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı,” 83; Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, 408; Harris, O’Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 398, 399.

⁸³ Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, 271, 402.

⁸⁴ Hartmann and Willers QC, “Protecting Rights,” 90.

⁸⁵ 30 Mayıs 2023 tarihi itibarıyla halihazırda on iklim değişikliği davası Mahkeme önünde derdesttir: *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet*, *Carême/Fransa*, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre*, *Soubeste ve diğerleri/Avusturya ve diğer 11 devlet*, *De Conto/İtalya ve 32 diğer devlet*, *Uricchio/İtalya ve 32 diğer devlet*, *Greenpeace Nordic ve diğerleri/Norveç ile Müllner/Avusturya*, *Engels ve diğerleri/Almanya ve Norwegian Grandparents’ Climate Campaign/Norveç*’tir. <http://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/european-court-of-human-rights/>.; European Court of Human Rights, Climate Change Fact Sheet, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Climate_change_ENG.pdf.; Feria-Tinta, “The Future,” 172-174; Büyük Daire önündeki *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet*, *Carême/Fransa*, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre* başvuruları dışında kalan diğer başvuruların Büyük Daire önündeki üç başvuru hakkında karar verilene kadar ertelenmesine karar verilmiştir.

azaltmak için gösterdikleri çabaların yetersizliği ve Sözleşmenin 2. maddesi ile 8. maddesinin ihlal edildiği iddiaları tüm davalarda ortaktır. Anılan derdest davalardan bazılarının başvuru sahipleri özellikle iklim değişikliğinin sonuçlarına daha fazla maruz kalan grupta yer almaları (örneğin; çocuk, genç veya yaşlı kadın olmaları) sebebiyle ayrımcılığa maruz kaldıkları ve Sözleşmenin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının ihlali iddiaları yanı sıra; başvuru sahiplerinin bulunduğu sözleşmecilerde iç hukukta etkili bir yola başvuru yapmanın mümkün olmaması sebebiyle Sözleşmenin 13. maddesinde yer alan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Yalnızca *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre* başvurusunda, mahkemeye etkili erişim haklarının ihlal edildiği iddiası bulunmaktadır. Başvuru sahipleri, iç hukuk yollarının tüketilmesi amacıyla yaptıkları müracaatlarda yerel mahkemelerin esasa ilişkin iddialarını irdelemediğini iddia etmektedirler. Mahkeme önündeki iklim değişikliği davalarından *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet*⁸⁶, *Carême/Fransa*⁸⁷ ve *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre*⁸⁸ başvurularında ilgili daireler, Büyük Daire lehine yargı yetkisinden el çekmiş olup, davalar Sözleşmenin 30. Maddesi uyarınca Büyük Daire tarafından karara bağlanacaktır.⁸⁹ Bu başvurularda verilecek kararlar iklim değişikliği ile ilgili olarak Mahkemenin bundan sonra önüne gelecek davalara ışık tutacaktır.

⁸⁶ *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet*, Başvuru No:39371/20.

⁸⁷ *Carême/Fransa*, Başvuru No:7189/21.

⁸⁸ *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre*, Başvuru No:53600/20.

⁸⁹ Her üç başvuru için ilgili Daire, Büyük Daire lehine dosyalardan el çekmiştir. AİHS'in 30. Maddesinde; "Eğer Daire önünde görülmekte olan dava, Sözleşme ve Protokollerinin yorumu konusunda ciddi bir sorun doğuruyorsa ya da bir sorunun çözümü Mahkeme tarafından daha önceden verilmiş bir karar ile çelişme yaratabilecekse, Daire, daha karar vermemiş olmak kaydıyla, başvurudan el çekerek dosyayı Büyük Daire'ye gönderebilir." Maddede belirtildiği gibi, Büyük Daire lehine dosyadan dairelerin el çekmesi, Sözleşmenin veya eki protokollerin yorumu konusunda ciddi sorun doğurma hali ile Mahkemenin önceki kararlarıyla çelişme yaratabilecek hallerde söz konusudur. Salt, ilgili dairelerin çalışmanın yapıldığı esnada bu üç başvuru açısından Büyük Daire lehine el çekmesi, anılan başvuruların önemini göstermektedir. Mahkeme, iklim değişikliği konusunda, yargılamayı ve bu yargılama sonunda verilecek kararı Büyük Daire'ye bırakmıştır. Bu çalışmanın yapıldığı tarihte anılan başvurular hala Büyük Daire önünde derdesttir. *Carême/Fransa* ve *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre* başvurularının Büyük Daire önündeki ilk sözlü duruşmaları 29 Mart 2023 tarihinde görülmüştür. *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet* başvurusunun duruşmasının ise 27 Eylül 2023 tarihinde yapılması planlanmaktadır.

Kişi hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan Mahkemenin önüne gelen bu başvurularda daha önce çevresel meselelerle ilgili vermiş olduğu içtihadı ne ölçüde uygulayabileceği bu başlık altında tartışılmak istenmektedir. Öncelikle, iklim değişikliğinin zararlı etkilerinin kümülatif oluşu ve sınır aşan çevresel zararlara sebebiyet verdiği iddiaları karşısında Mahkemenin yargı yetkisini nasıl belirleyeceği; ardından bu davalarda mağdur sıfatını nasıl yorumlayacağı değerlendirilecektir. Son olarak Mahkemenin çevre ile ilgili verdiği içtihadındaki esasa ilişkin kriterlerinin iklim değişikliği davalarında başvuruçuların yaşam hakkı ile özel ve aile hayatına saygı haklarının ihlaline dair iddiaları karşısında nasıl uygulanacağı hususlarına değinilecektir.

F. İklim Değişikliği Davalarında Sınır Aşan Çevresel Zararlar Karşısında Mahkemenin Yargı Yetkisi

Mahkemenin yargı yetkisi hususunda bölgesellik ilkesinin geçerli olduğu ve yanı sıra Mahkeme içtihadıyla bu ilkenin istisnası olarak etkili kontrol uygulanan yer açısından da Mahkemenin yetkili olduğunun kabul edildiği belirtilmişti. Ancak iklim değişikliğinin etkileri bölgesel sınır tanımamaktadır. İklim değişikliği sebebiyle A ülkesinden yayılan sera gazlarının zararlı etkisi B ülkesinde hissedilebilmektedir.⁹⁰ AİHM önüne gelen iklim değişikliği davalarından *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet* başvurusunda, başvuruçuların yargı yetkisi altında yaşadıkları devlet ile bu devlet dışındaki diğer sözleşmecî devletler tarafından Sözleşmedeki haklarının ihlal edildiği iddiası mevcuttur. Başvuruçular tarafından bu başvuruda ihlal iddiaları Sözleşmeyi imzalayan tüm ülkelere yöneltilmiştir. Başvuruçuların bu iddiası sınır aşan bir çevresel zarar iddiası olup öğretide çevresel çapraz iddialar (*diagonal environmental claims*) olarak da anılmaktadır.⁹¹ Ancak öğretide sınır aşan çevresel zarar iddialarının tartışmalı olduğu belirtilmektedir.⁹²

⁹⁰ Le Bris, "Droits de l'Homme," 142.

⁹¹ Ferial-Tinta, "The Future," 175; Tıpkı Duarte Agostinho ve diğerleri başvurusu gibi Mahkemeye yapılan iklim değişikliği ile ilgili davalardan birden fazla devlet aleyhine yapılanlarda da sınır aşan çevresel zarar iddiaları bulunmaktadır.

⁹² Linnéa Nordlander, "Litigating Climate Change in The Arctic: The Potential of Sámi Human Rights Claims," *Journal of Human Rights and The Environment* 13, no.2 (2022): 423.

Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet başvurusunda başvurucular, sınır aşan çevresel zararlar hakkında Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin olarak, zararlardan sorumlu tutulması gerektiğini iddia ettikleri 33 devletin de Paris Antlaşması ile BM İklim Değişikliğine Dair Çerçeve Sözleşmesine taraf oldukları, iklim değişikliğinin tüm bu devletlerin toprakları içinde ve dışında etkisinin hissedildiğini, zararlı etkilerin devletler tarafından öngörülebilir olduğunu, devletlerin bu zararları bildiklerini, davalı devletlerin iklim değişikliğine yaptıkları katkılar açısından kontrol uyguladıklarını iddia etmektedirler.⁹³ İklim değişikliğinin Sözleşmeciler devletlerin toprakları içinde hissedilen zararlı etkiler açısından, şüphesiz ki zararlı etkiler şikayet edilen Devletlerin topraklarında üretilen emisyonlarla ilgili olduğundan, açıkça Mahkeme tarafından belirlenen yetki kapsamına girmektedir.⁹⁴ Başvurucuların devletlerin toprakları dışında hissedilen zararlı etkiler açısından, sınır aşan çevresel zarar iddialarının devletin yargı yetkisi içinde olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Sınır aşan çevresel zarar iddiaları hususunda Mahkemenin henüz vermiş olduğu bir karar bulunmamakla birlikte; bu hususta Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin (*AAİHM*) verdiği OC-23/17 sayılı tavsiye görüşü ve yakın zamanda bu tavsiye kararını dikkate alan BM Çocuk Hakları Komitesinin *Sacchi ve diğerleri* kararlarında⁹⁵ iklim değişikliği sebebiyle sınır aşan çevresel zararlara dair yapılan tespitler bulunmaktadır.

AAİHM'nin tavsiye görüşü dava olarak nitelendirilmese de insan hakları mahkemeleri tarafından devletlerin yükümlülüklerinin haritasını çıkarmak veya iklim değişikliği hafifletme veya uyum politikalarının genel eksikliğini değerlendirmek için kullanılabilir.⁹⁶ AAİHM'nin yaşam ve kişisel bütünlüğün korunması bağlamında çevreye ilişkin devletlerin yükümlülüklerini değerlendirdiği anılan tavsiye görüşünde, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesinin yer ve kişi bakımından uygulamasının değerlendirdiği görülmektedir. AAİHM, sözleşmeciler devletin yürüttüğü bir faaliyet sebebiyle meydana gelen sınır aşan çevresel zararlar, o devlette bulunmayan kişilerin

⁹³ Duarte Agostinho ve diğerleri başvuru dilekçesi, Annex, parag.20; Bridget Lewis, "Children's Human Rights-based Climate Litigation at the Frontiers of Environmental and Children's Rights," *Nordic Journal of Human Rights* 39, no.2 (2021): 194.

⁹⁴ Hartmann and Willers QC, "Protecting Rights," 105.

⁹⁵ *Sacchi ve diğerleri/Arjantin, Brezilya, Fransa, Almanya ve Türkiye*, 104/19, 105/19, 106/19, 107/19 ve 108/19.

⁹⁶ Rocha and Sampaio, "Climate Change Before the European," 280.

haklarının ihlal ediyor ve zarar verici eylem ile hak ihlali arasında illiyet bağı bulunuyorsa o devletin yargı alanı içinde olduğunu kabul etmiştir.⁹⁷ AAİHM, böylece etkili kontrol kriterini o devletin kendi sınırları dışındaki bir alan veya sınırları dışındaki kişiler üzerindeki denetim olarak değil, kendi ülkesinde gerçekleşen ancak etkilerini sınırları dışında da gösteren faaliyetler üzerindeki denetim olarak yeniden şekillendirmiştir.⁹⁸ Bu denetimi yaparken de sınır aşan çevresel zarar ile hak ihlali arasındaki illiyet bağının kurulması gerekmektedir. Ancak yine de sınır aşan çevresel zararlara dair illiyet bağına dayalı bu testin uygulanmasının istisnai durumlarda olması gerektiği belirtilmektedir.⁹⁹ AAİHM'ye göre, yargı yetkisinin kullanılması, insan haklarının ihlaline neden olan faaliyetler üzerinde etkili bir kontrole sahip olması ve bunun sonucunda insan haklarının zarar görmesine halinde söz konusu olur.¹⁰⁰

Bir devletin etkili kontrol uyguladığı faaliyetler neticesinde oluşan sınır aşan çevresel zararların devletlerin yargı yetkisi içine dâhil edilmesi görüşü, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin denetim organı olan BM Çocuk Hakları Komitesi önüne gelen beş farklı ülkenin şikâyet edildiği *Sacchi ve diğerleri* başvurularında da Komite, AAİHM'nin anılan tavsiye görüşünde kullandığı yargı yetkisi testini benimsemiş ve iklim değişikliğinden kaynaklanan zararlar açısından bu testi uygulamıştır. Komite, devletin kendi topraklarındaki emisyon kaynakları üzerinde etkili kontrol uygulamak suretiyle gerçekleştirdiği faaliyetleri ile o devletin topraklarında yaşamayan çocukların hakları üzerindeki olumsuz etki arasında illiyet bağı mevcutsa bu durumda o devletin yargı yetkisi dâhilinde olacağını tespit etmiştir.

AAİHM, sınır aşan çevresel zararlarla ilgili olarak yargı yetkisi testi konusunda *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet* başvurusunda AAİHM'nin tavsiye görüşünde yer alan faaliyetler üzerinde

⁹⁷ Bahar Konuk Sommer, “Çevre ve İnsan Hakları İlişkisine Yeni Bir Yaklaşım: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Oc-23/17 Sayılı Tavsiye Görüşü,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no.1, (2020): 390; Lewis, “Children's Human Rights-based Climate Litigation,” 191; Rocha and Sampaio, “Climate Change Before the European,” 287.

⁹⁸ Feria-Tinta, “The Future,” 178; Lewis, “Children's Human Rights-based Climate Litigation,” 191; De Frouville, “Les Droits de l'Homme,” 182.

⁹⁹ Konuk Sommer, “Çevre ve İnsan Hakları,” 390; Rocha and Sampaio, “Climate Change Before the European,” 287.

¹⁰⁰ Feria-Tinta, “The Future,” 178.

etkili kontrol ve illiyet bağına dayanan yeni testi benimseyecek olursa¹⁰¹, davalı devletlerin üzerinde etkili kontrol uyguladığı iklim değişikliğinin olumsuz etkilerini artıran faaliyetleri ile o devlette yaşamayan başvuru hakları arasında illiyet bağının kurulması halinde devletin insan hakları ihlalden sorumlu tutulabilmesinin önünün açılması mümkün olacaktır. Aksi halde, *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet* başvurusu özelinde başvuru hakları taşıyan ülke olan Portekiz dışındaki diğer ülkeler açısından davalı devletlerin sorumlu tutulabilmesi kabul edilebilirlik aşamasında sekteye uğrayacaktır. Fikrimizce, AİHM önündeki *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet* başvurusunun bir benzeri olan *Sacchi ve diğerleri* başvurusunda BM Çocuk Hakları Komitesi'nin AAİHM'nin tavsiye görüşünde yer alan faaliyet üzerinde etkili kontrol kriteri ve illiyet bağına dayalı testi benimsemesi, AİHM'in de bu görüşü benimseyebileceği ihtimalini kuvvetlendirmektedir.¹⁰² Hatta, sınır aşan çevresel zararlar açısından Mahkemenin yargı yetkisi doktrini, bugün sadece devletler tarafından gerçekleştirilen fiiller veya faaliyetleri içerdiği kadar gelecekte özel hukuk tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilen fiilleri veya faaliyetleri içerecek şekilde de genişletilebilecektir.¹⁰³

Yargı yetkisine ve sınır aşan yükümlülükler yönünde mevcut yaklaşım, iklim değişikliği davalarının bugüne kadar uluslararası ve bölgesel insan hakları organlarında çok nadir olmasının nedenlerinden biri olmakla birlikte; *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet* başvurusu, sınır aşan çevresel zarar şikayetlerinin kabul edilebilirliğinin Mahkeme tarafından çözüme kavuşturulması ve Mahkemenin bölgesellik ilkesinin istisnalarını genişletmek için önemli bir fırsat sunmaktadır.¹⁰⁴

¹⁰¹ AİHM ve AAİHM arasındaki etkileşime bir örnek olarak; AİHM'in zorla kaybetmelere dair AAİHM'nin içtihadında yer alan gerekçeleri benimsemesinin anılan mahkemeler arasındaki etkileşime işaret ettiği yönünde; Ferial-Tinta, "The Future", 178, 179.

¹⁰² Benzer görüşte; Rocha and Sampaio, "Climate Change Before the European," 287, 288; Yazarlar devletlerin sera gazı emisyonlarını düzenlemek ve kontrol etmek için üçüncü devletler üzerindeki etkisini göz önünde bulundurarak yargı yetkilerini kullanmaları gerektiğini söylemenin zor olmadığını; AİHM'in AAİHM'nin yargı yetkisi testine açıkça katılmamasının muhtemel olmadığını; AAİHM'nin anılan yargı yetkisi testinin sera gazı yayıcılar ve bundan olumsuz etkilenen bireyler arasındaki boşluğu koruduğunu; bu yargı yetkisi testinin devletlerin sınır ötesi yükümlülüklerini yerine getirmek açısından makul bir ilk adım olabileceğini ifade etmektedirler.

¹⁰³ Braig and Panov, "The Doctrine of Positive Obligations", 291.

¹⁰⁴ Lewis, "Children's Human Rights-based Climate Litigation," 194; Keller and Heri, "The Future is Now," 11.

G. İklim Değişikliği Davalarında Başvurucuların Mağdur Sifatının Değerlendirilmesi

İklim değişikliğinin zararlı etkilerinden etkilenen başvurucuların, Sözleşme kapsamındaki haklarının doğrudan, fiilen ve yakın bir şekilde etkilendiği iddialarının karşılaştığı zorluk, kabul edilebilirlik aşamasında başvurucuların mağdur sıfatına sahip olduklarını mahkeme karşısında temellendirebilmeleri üzerinedir. Belirtildiği üzere, Mahkeme önünde kişilerin mağdur sıfatına sahip olabilmeleri için ya iddia edilen ihlalden doğrudan etkilendiklerini; ya da ihlalin sonlandırılmasını istemek için geçerli ve kişisel bir menfaatlerinin bulunduğunu somut bir şekilde göstermeleri gerekmektedir. Yahut potansiyel olarak mağdur olduklarını, iklim değişikliğinin zararlı etkilerinin başvurucular üzerinde gelecekte kişisel ve olumsuz etki doğurma riskinin bulunduğunu kanıtlamaları gerekmektedir.¹⁰⁵ İklim değişikliğinin sebep olduğu zararın tek bir anda sonuç vermemesi, bazen yıllarca maruz kalınan, süregelen zararlı etkilerin sonuçlarının zamana yayılması bu anlamda başvurucuların kişisel zararını veya zarar ihtimalini göstermeleri açısından zorluk olarak görülmektedir. İklim değişikliği Dünya üzerinde yaşayan herkesi etkilediğinden başvurucuları herkesten ayıran kişisel zararı veya zarar ihtimalini nasıl gösterilebilecekleri hususunda Mahkemenin başvurucuların Sözleşmede tanınan insan haklarından yararlanma üzerindeki etkisine odaklanması gerekmektedir.¹⁰⁶

BM Çocuk Hakları Komitesinin önüne gelen *Sacchi ve diğerleri* başvurularında Komite, başvuru çocukların iklim değişikliğine dair mağdur sıfatı iddialarına yönelik, iklim değişikliğinin zararlı etkilerinden hem bu tür etkileri deneyimleme tarzları hem de iklim değişikliğinin onları yaşamları boyunca etkileme potansiyeli açısından düşünüldüğünde başvurucuların özellikle etkilendiklerini not etmiştir.¹⁰⁷ Komite önündeki *Sacchi ve diğerleri* başvuruları, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması sebebiyle kabul edilemez bulunmuş; mağdur sıfatı şartına uyulmaması sebebiyle başarısızlığa uğramamıştır. Komite, başvurucuların dilekçelerindeki iddialarında mağdur sıfatlarını haklı çıkaracak şekilde kişisel olarak gerçek ve önemli bir zarara

¹⁰⁵ Keller and Heri, "The Future is Now," 3; Rocha and Sampaio, "Climate Change Before the European," 285.

¹⁰⁶ Rocha and Sampaio, "Climate Change Before the European," 285.

¹⁰⁷ *Sacchi ve diğerleri/Arjantin, Brezilya, Fransa, Almanya ve Türkiye*, 104/19, 105/19, 106/19, 107/19 ve 108/19; *Feria-Tinta*, "The Future," 181.

maruz kaldıklarını ilk bakışta tespit etmiştir.¹⁰⁸ *Sacchi ve diğerleri* başvurularında dile getirilen iddiaların mağdur sıfatı açısından yeterli olduğunun tespit edildiği BM Çocuk Hakları Komitesinin bu kararı AIHM önündeki benzer başvurulara ışık tutabilir.

Mahkeme, *Cordella ve diğerleri/İtalya* kararında, davaya konu edilen çelik fabrikalarından kaynaklanan kirliliğin yerel halk üzerindeki olumsuz sağlık etkileriyle bağlantılı olduğuna dair kanıtları dikkate alarak, inceleme yapmadan kirliliğin kaçınılmaz olarak ona maruz kalanları çeşitli hastalıklara karşı daha savunmasız hale getirdiğine karar vermiştir. Mahkeme bu kararında başvuruçuların mağdur sıfatının nasıl belirlendiği veya hangi kanıtların gerekli olduğu konusunda net bir belirleme yapmasa da; değerlendirdiği bazı faktörler ve değerlendirmesini dayandırdığı kanıt standardını ortaya koymuştur.¹⁰⁹ Ayrıca Mahkemeye göre, sunulan çok sayıda rapor ve bilimsel çalışmanın fabrikaların faaliyetleri ile kişilerin tehlikeye giren sağlık durumu arasında nedensel bir bağlantının varlığını kanıtladığını tespit etmiştir.¹¹⁰ KELLER ve HERI'ye göre, Mahkeme *Cordella ve diğerleri/İtalya* kararında yaptığı bu muhakemeyi ve ortaya koyduğu kanıt standardını bekleyen iklim değişikliği davalarında tekrarlamayı seçerse, iklim değişikliğinin insan sağlığına ve esenliğine yönelik risklere ilişkin şimdiye kadar bol miktarda bulunan bilimsel kanıtlara muhtemelen güvenecek ve başvuruçuların mağdur sıfatı için kişisel olumsuz etki doğuran bir ihlal ortaya çıkma ihtimaline dair makul ve ikna edici kanıtlar sunmalarını ayrıca aramayacaktır.

Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve diğer 32 devlet başvurusunda, başvuruçular orman yangınlarının ve iklim değişikliği sebebiyle artan sıcaklıkların yaşam haklarını ve özel ve aile hayatına saygı haklarını etkilediğini iddia etmektedirler. İklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki zararlı etkileri hususunda başvuruçular, üzerlerinde kişisel olumsuz etki doğuran bir ihlal ortaya çıkma ihtimaline dair, makul ve ikna edici kanıt olarak Hükümetlerarası İklim Değişikliği Panelinin (*Intergovernmental Panel on Climate Change*) 1.5 derecelik ısınmaya dair raporunda yer alan verilerini sunmuşlardır. 1.5 derecelik bir ısınmanın insan sağlığını oldukça önemli derecede etkileyeceğine; sıcağa bağlı hastalık ve ölüm oranını artıracığına

¹⁰⁸ *Sacchi ve diğerleri/Arjantin, Brezilya, Fransa, Almanya ve Türkiye*, 104/19, 105/19, 106/19, 107/19 ve 108/19, parag.9.14; Fera-Tinta, "The Future," 182.

¹⁰⁹ Nordlund, "Locus Standi in Climate Change Cases," 22.

¹¹⁰ *Cordella ve diğerleri/İtalya*, parag.105, 106; Keller and Heri, "The Future is Now," 5; Nordlund, "Locus Standi in Climate Change Cases," 23.

dair raporda yer alan veriler sunulmuştur. Yanı sıra, başvurucuların artan ısı ve buna bağlı olumsuz sonuçlardan zarar görme riskine maruz kaldıkları ve yaşamları boyunca da kalacakları ifade edilmiştir. Özel olarak Portekiz'de yaşayan bazı başvurucuların evlerinin yakınlarında orman yangınlarına maruz kalmaları üzerine yaşadıkları kaygılar dile getirilmiştir.

Mahkeme önünde derdest olan iklim değişikliği davalarından başvuru dilekçeleri kamuoyu ile paylaşılan diğer davalara bakıldığında, bunlardan *Müllner/Avusturya* başvurusunda, başvuru MS hastası olup, iklim değişikliği kaynaklı sıcaklık artışından hastalığının direkt olumsuz etkilendiğini, MS hastalarının %60 ile 80'inin sıcaklık duyarlılığından mustarip olduğu, bunun ise tıbbi bir tedavisinin olmayıp sadece vücut sıcaklığının düşürülmesi ile mümkün olabileceği; iklim değişikliği kaynaklı sıcaklık artışının başvurucuyu evden dışarı çıkamayacak derecede etkilediğini ve yaşam alanını kısıtladığı iddia edilmektedir. Başvuru dilekçesinde başvurucunun kişisel hakkının doğrudan etkilendiğine dair iddiaları yanı sıra davalı devlet Avusturya'nın iklim değişikliği sebebiyle ölçülen sıcaklık artışlarına dair bilimsel raporlar yer almaktadır. Bir diğer başvuru olan, *Verein Klima.Seniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre* başvurusunda da, bir dernek tarafından mahkeme karşısında temsil edilen başvurucuların yaş ortalamasının 73 olması ve iklim değişikliğinden kaynaklanan sıcaklık dalgasının başvurucuların hastalıklarını olumsuz olarak etkilediği, başvuruculardan bazılarının kalp pili kullandığı, kardiyovasküler hastalıklarının olduğunu, bazılarının ise astım gibi solunum yolu hastalıklarının olduğu, bu hastalıklara sahip olan başvurucuların hareket kabiliyetinin iklim değişikliği kaynaklı sıcaklık artışlarıyla kısıtlandığı iddia edilmektedir. İklim değişikliği kaynaklı sıcak hava dalgalarından zarar görme riskine genel nüfustan daha yüksek bir oranda sahip olduklarından bahisle gerçek ve ciddi bir ölüm riski ile karşı karşıya oldukları, özel ve aile hayatına saygı haklarının asgari eşiği aşan derecede olumsuz etkilendiği ve potansiyel mağdur oldukları iddiaları söz konusudur. Mevcut bilimsel raporlarda belirtilen veriler, başvurucuların tamamen soyut ve varsayımsal iddialar ile hareket etmediklerini göstermektedir. Ancak diğer yandan ise, başvurucuların iklim değişikliğinin zararlı etkilerinin haklarını ihlal ettiğine dair kişisel etki ihtimaline açısından sundukları kanıtların Mahkeme nezdinde ne derece makul ve ikna edici olduğu tartışmaya açıktır. Fikrimizce, salt bilimsel raporlarda iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine dair verilere dayanarak yapılan mağdur sıfatı iddiaları, kişisel doğrudan etkilere dair somut, makul ve ikna edici açıklamalarla desteklendiği ölçüde Mahkeme tarafından potansiyel mağdurluk kapsamında değerlendirilerek kabul edilebilir. Böylece,

başvurucuların ispat yükleri belirli bir ölçüde azaltılabilir. İklim değişikliğinin başvurucular üzerindeki zararlı etkilerini şu an için kesin bir şekilde kanıtlamak tamamen mümkün olmasa da mevcut bilimsel veriler ve başvurucuların makul ve ikna edici kişisel zarara ilişkin açıklamaları Mahkemenin konuyu potansiyel mağdurluk açısından olumlu görmesini gerektirecek ihtimali içinde barındırmaktadır. Ancak yine de iklim değişikliğinin potansiyel olarak herkesi etkilediği göz önüne alındığında belirli bir kişinin diğer etkilenen herkesten farklı olarak potansiyel mağdur sıfatının kabul edilmesi noktasında sunulacak kanıtların ne olacağının tartışmalı olduğu söylenebilir. Çünkü hali hazırda Mahkemenin uyguladığı potansiyel mağdur sıfatını haiz olma eşiği görünüşte yüksektir ve başvurucuların gelecekte maruz kalacaklarını iddia ettikleri riski inandırıcı bir şekilde destekleyen kanıtlar sunmalarını gerektirir.¹¹¹ Son olarak belirtmek gerekir ki, iklim değişikliğinin etkilerinin dağınık ve yaygın doğası, iklim değişikliği davalarında bir sorundur; ancak bu sorundan herkesin etkilendiği gerçeği, kimsenin mağdur olmadığı anlamına gelecek şekilde de yorumlanmamalıdır.¹¹² Başvurucuların iddiaları karşısında Mahkeme, iklim değişikliğinin zararlı etkileri sebebiyle sunulan bilimsel raporlar ve özel olarak kişisel etkilere dair açıklamalar ve iddialar ışığında başvurucuların potansiyel mağdur sıfatını taşıdıklarını kabul edebilir.

Sözleşmenin 34. maddesi, ihlalden zarar gördüğünü iddia eden dernekler gibi özel hukuk kişilerinin de mahkemeye başvurmasına olanak tanımaktadır. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre* başvurusunda başvuruculardan biri dernek olarak faaliyet göstermekte olup tüzel kişiliğe sahiptir. Bu halde, derneğin mağdur sıfatının bulunup bulunmadığı Mahkeme tarafından değerlendirilecektir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve sivil toplum kuruluşları, hak ihlali doğurduğunu iddia ettikleri işlem, eylem veya ihmalden doğrudan etkilendiklerini ispat etmek zorundadırlar. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarının üyelerinin haklarını etkileyen işlem, eylem veya ihmaller sebebiyle tüzel kişilik olarak mağdur oldukları iddiaları Mahkeme tarafından kabul edilemez bulunmaktadır.¹¹³ Ancak, Mahkemenin belirli bir grubun haklarını savunmak amacıyla kurulan bir sivil toplum kuruluşunun, iç hukuktaki yargılamalarda taraf olması halinde, hem derneğin hem de üyelerinin iç hukuktaki yargılamalarda meydana gelen ihlaller açısından

¹¹¹ Benzer görüşte, Nordlund, “*Locus Standi* in Climate Change Cases,” 31 vd.

¹¹² Rocha and Sampaio, “Climate Change Before the European,” 285.

¹¹³ Harris, O’Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 822.

mağdur olarak kabul edildiği kararları mevcuttur.¹¹⁴ *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre* başvurusunda, başvuru derneğinin mağdur statüsü, adil yargılanma hakkının ihlali iddiaları bakımından değerlendirilebilir. Anılan başvuruda başvuru derneğinin Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği iddiaları mevcuttur. Mağdur sıfatı açısından başvuru dilekçesinde, başvuru derneğinin, üyelerinin haklarını savunduğu ve bu anlamda doğrudan mağdur olduğu iddia edilmektedir. Başvurucunun tüzel kişi olması sebebiyle Sözleşmenin 2. ve 8. maddelerinin korumasından mahrum bırakılmaması gerektiği belirtilerek Mahkemenin *Gorraiz Lizarriga ve diğerleri/İspanya* kararına dikkat çekilmektedir.¹¹⁵ Başvuru derneği açısından, Mahkemenin mağdur sıfatına dair önceki kararlarında yaptığı katı yorumu devam ettirmesi ihtimalinde derneğinin yalnızca adil yargılanma hakkı açısından mağdurluk sıfatının bulunduğu söylenebilecektir. Buna karşılık, Mahkemenin, mevcut katı yorumunu esnetmeye karar vermesi ihtimalinde gerçek kişilerin çıkarlarını savunan tüzel kişiliğinin Sözleşmenin 2. ve 8. maddeleri açısından da mağdur sıfatının bulunduğu sonucuna ulaşabilecektir. Mahkemenin başvuru derneğinin mağdur sıfatını belirlemek açısından mevcut katı yorumundan sapıp sapmayacağı; mağdur sıfatı şartlarını tüzel kişilikler açısından esnetip esnetmeyeceği hususunun anılan başvurunun ilerleyen aşamalarında netlik kazanacağı düşünülmektedir.¹¹⁶

¹¹⁴ Harris, O'Boyle, Bates and Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 823; *Gorraiz Lizarriga ve diğerleri/İspanya*, Başvuru No:62543/00, K.T. 27.04.2004, parag.38; Mahkemenin, *Gorraiz Lizarriga ve diğerleri* kararında, başvuru derneğinin ihtilaflı yargılamaya kendi adlarına değil, menfaatlerini savunmak amacıyla kurdukları dernek aracılığıyla taraf olduklarını; bu koşullar altında Sözleşmedeki "mağdur" kavramının evrimsel olarak yorumlanması gerektiğini; kişilerin karmaşık idari kararlarla karşı karşıya kalması halinde haklarını etkili bir şekilde savunabilmeleri için sivil toplum kuruluşlarına başvurabildiklerini ve çoğu zaman bir sivil toplum kuruluşu vasıtasıyla haklarını savunmanın ellerinde bulunan tek yol olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla Mahkemenin, mağdur kavramını yorumlarken bu hususu göz ardı etmemesi gerektiği; mağdur kavramının aşırı biçimsel yorumunun Sözleşmede güvence altına alınan hakların korunmasını etkisiz hale getirebileceği belirtilmiştir. Anılan başvuruda başvuru derneğinin, kendi üyelerinin çıkarlarını korumak ve savunmak için yerel mahkemeler önünde açılan davalarda taraf olduğu da göz önünde tutularak adil yargılanma hakkı açısından mağdur olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.

¹¹⁵ *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre* başvuru dilekçesi, parag.35.

¹¹⁶ Ole W Pedersen, "Climate Change Hearings and ECtHR," *EJIL: Talk! April 4, 2023*, <https://www.ejiltalk.org/climate-change-hearings-and-the-ecthr/>.

H. Mahkemenin Çevre İçtihadındaki Esasa Dair Değerlendirmelerinin İklim Değişikliği Davalarında Uygulanabilirliği

İklim değişikliğinin yakın gelecekteki potansiyel ciddi etkileri göz önüne alındığında, Mahkemenin bu davalarda vereceği kararlar bir kilit noktası niteliği taşımaktadır. AİHM, iklim değişikliği davalarının esasa ilişkin değerlendirme aşamasına geçer ve esasa ilişkin bir karar verir ise, bu kararın gerekçesi, halihazırda iklim değişikliğini ele alan çeşitli ulusal yargıçlar tarafından da dikkatle değerlendirilecektir.¹¹⁷ Derdest iklim değişikliği davaları stratejik olarak çok sayıda sözleşmecî devlete karşı yapılan başvurular ve spesifik bir devlete karşı yapılan başvurular olarak ayrılabilir. Çok sayıda sözleşmecî devlete karşı yapılan başvuruların, şayet Mahkemenin yapacağı yargılama neticesinde başarılı olması varsayımında, sera gazı emisyonlarını azaltmayı zorunlu kılan ve tüm bu devletleri bağlayan kararlarla sonuçlanabilir. Bunlar, spesifik bir devlete karşı yapılan başvurulara nazaran daha fazla emisyon azaltımı ve sözleşmecî devletlerin ortak bir azaltım politikası belirlemesinde daha yaygın bir etki sağlayabilecektir. Ancak bu davalar özellikle daha önceki başlıklarda da bahsedildiği üzere sınır aşan çevresel zararlar bağlamında ve Mahkemenin yargı yetkisi hususunda dezavantajlıdır. Spesifik bir devlete karşı yapılan iklim değişikliğine dair başvurular, daha az yaygın etkiye sahip olsalar da bu yaklaşımın başarı şansı daha yüksek olabilir. Bu davalar yalnızca başvurucuların ikamet ettiği devletleri hedef almıştır. AİHS'in ülke dışında uygulanması sorunu bu başvurularda bulunmamaktadır. Yine de tek bir davanın emisyon azaltımları üzerinde daha az etkisi olsa bile gelecekteki uygun hafifletmeye dair düzenlemeleri güvence altına almak için diğer devletlere yönelik iddialara dayanak bir emsal oluşturabilir.¹¹⁸

Bu noktada bahsetmek gerekir ki, Hollanda Yüksek Mahkemesince (HYM) görülen *Urgenda* davasında, AİHS'te yer alan insan hakları temel dayanak olarak kullanılarak, Sözleşmenin 2. ve 8. maddelerindeki haklar ile iklim değişikliği arasında bir bağlantı kurulmuştur. Bu bağlantı aracılığıyla bir devletin iklim değişikliğiyle mücadele etmek için harekete geçmesi; bu amaçla sera gazı emisyonlarını daha fazla sınırlamak üzere uygun önlemleri alma yükümlülüğünün bulunduğu belirtilerek hak temelli gelecekte açılacak

¹¹⁷ Christel Cournil, "Les Prémisses de Révolutions Juridiques ? Récent Contentieux Climatiques Européens", *Revue Française de Droit Administratif* no.5, (2021) : 965.

¹¹⁸ Nordlander, "Litigating Climate Change," 423.

davalar için emsal teşkil edecek bir karara imza atılmıştır.¹¹⁹ *Urgenda* davasında, HYM, iklim değişikliği ile Sözleşmenin 2. ve 8. maddelerindeki haklar arasındaki bağlantıyı, devletin böyle bir riskin farkında olması gerektiği; ilgili kişileri doğrudan tehdit eden gerçek ve yakın bir riske karşı önleyici tedbirler alma yükümlülüğü olarak ifade etmektedir. HYM'ye göre devletin önleyici tedbirler alma yükümlülüğü tehlikenin gerçekleşmesi belirsiz olsa veya tehlike uzun vadede gerçekleşebilse dahi var sayılır. Kaldı ki, HYM'ye göre bilimsel kanıtlar iklim değişikliğinin gerçek ve yakın bir risk oluşturduğunu doğrulamaktadır.¹²⁰ *Urgenda* davası, iklim değişikliği ile Sözleşmenin temel insan hakları arasında bağlantı kurması ve bu bağlantı neticesinde devletin iklim değişikliği tehdidine karşı Sözleşme temelinde hareket etme zorunluluğunu göstermesi açısından başarılı bir örnek olarak gösterilmektedir.¹²¹ AİHM, önüne gelen mevcut iklim değişikliği davalarında *Urgenda* kararından pekala esinlenebilir ve temel haklar ile iklim değişikliği arasındaki bağlantıyı tıpkı HYM tarafından *Urgenda* kararında belirtildiği üzere kurabilir.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin tümünün aynı zamanda iklim değişikliğine dair Paris Antlaşmasına da taraf olmaları, Mahkemenin iklim değişikliği davalarında, devletlerin pozitif yükümlülüklerini belirlerken Paris Antlaşması kapsamında devletlerin taahhüt ettiği yükümlülükler atıfta bulunabilir mi? sorusunu akla getirmektedir. Diğer bir deyişle, Mahkeme, devletlerin insan haklarından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini belirlerken, iklim değişikliği sözleşmelerini dikkate alabilir mi?¹²² VOIGT'e göre, Paris Antlaşmasında dile getirilen devletlerin iklim değişikliği karşısındaki davranış standardı AİHS'in 2. ve 8. maddelerindeki haklar açısından devletlerin pozitif yükümlülüğünün içeriğini oluşturmaktadır.¹²³ Paris Antlaşmasında, başlangıç kısmında tarafların iklim değişikliğini ele almak için harekete geçerken insan haklarına ilişkin yükümlülüklerine saygı duyması, bunları geliştirmesi ve dikkate alması gerektiği vurgusu devletlerin halihazırda taraf olduğu mevcut insan hakları antlaşmalarına veya geleneksel insan hakları yükümlülüklerine işaret etmektedir. Dolayısıyla, Mahkeme,

¹¹⁹ Therese Karlsson Niska, "Climate Change Litigation and the European Court of Human Rights - A Strategic Next Step?," *The Journal of World Energy Law & Business* 13, no.4 (2020): 335, 336.

¹²⁰ Niska, "Climate Change Litigation," 336.

¹²¹ Niska, "Climate Change Litigation," 337.

¹²² Feria-Tinta, "The Future," 182.

¹²³ Voigt, "The Climate Change Dimension of Human Rights," 162.

devletlerin iklim değişikliği karşısında Sözleşmenin 2. ve 8. maddelerinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini belirlerken, devletlerin uygun ve makul tedbirler almaları hususunda neyin veya nelerin uygun ve makul tedbir olup olmadığını Paris Antlaşmasında yer alan taahhütleri dikkate alarak değerlendirebilir. Ancak bu noktada Paris Antlaşmasında taraf devletlerin imza altına aldıkları taahhütlerin birer sonuç taahhüdü olmadığını göz önünde tutulması gerekmektedir.¹²⁴ Fikrimizce de AİHM, iklim değişikliği davalarını incelerken AİHS'e taraf devletlerin aynı zamanda Paris Antlaşmasının da tarafı olmaları sebebiyle, Sözleşmenin 2. ve 8. maddelerinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini belirlerken Paris Antlaşmasında yer alan taahhütleri dikkate alabilecek potansiyele sahiptir. Mahkemenin şu ana kadar Paris Antlaşmasına atıf yaptığı bir kararı bulunmamaktadır. Çevresel usuli haklar hususunda sıklıkla Aarhus Sözleşmesine atıf yapan Mahkeme, iklim değişikliği hususunda derdest iklim değişikliği davalarında vereceği kararlarda Paris Antlaşmasına atıf yapabileceği görüşündeyiz. Paris Antlaşması devletlerin pozitif yükümlülüklerine dair uygun ve makul tedbirlerin belirlenmesine katkı sunmaya elverişlidir. Paris Antlaşmasında devletlerin taahhüt ettikleri yükümlülükler aynı zamanda insan haklarının korunmasını sağlama amacı gütmektedir.

Mahkeme yakın geçmişte önüne gelen *Cordella ve diğerleri/İtalya* ve *Pavlov ve diğerleri/Rusya* başvurularında özel ve aile hayatına saygı hakkını incelerken, *due diligence* standardını uygulamıştır. Mevcut davalarda kirlilik seviyesini azaltmak için alınması gereken önlemleri tam olarak belirlemenin kendisine ait olmadığını; ancak ulusal makamların çevre kirliliği sorununa gerekli özeni gösterip göstermediğini ve davada çatışan tüm çıkarları dikkate alıp almadığını araştırmanın görevi olduğunu belirtmiştir.¹²⁵ *Pavlov ve diğerleri/Rusya* kararında Mahkemenin başvurucuların Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan haklarının ihlal edildiğine karar verirken dayandığı bir faktör olarak mevcut davada hava kirliliğinin uzun süredir devam eden ve davalı devlet tarafından iyi bir şekilde bilinen farkındalık durumudur. Bu farkındalık ve bilme hali, devletin Sözleşmenin 8. maddesi açısından pozitif yükümlülüğünü doğurmaktadır.¹²⁶ Mahkeme, bu davada bölgenin ekonomik çıkarları karşısında başvurucuların haklarını dengelemek için makul ve uygun

¹²⁴ Voigt, "The Climate Change Dimension of Human Rights," 164, 165.

¹²⁵ *Cordella ve diğerleri/İtalya*, parag. 161; *Pavlov ve diğerleri/Rusya*, parag. 90; Hartmann and Willers QC, "Protecting Rights," 111.

¹²⁶ *Pavlov ve diğerleri/Rusya*, parag. 77.

önlemler alıp almadığını değerlendirmiştir. İklim değişikliği davalarında da başvurucular esasen devletlerin iklim değişikliğinin zararlı etkilerine karşı pozitif yükümlülüklerine değinirken devletlerin iklim değişikliğine bilerek ve durumun farkında olarak katkıda bulunmaya devam ettiklerini ve sera gazı salımlarını azaltmadıklarını veya taahhüt ettikleri uyum yükümlülüklerine uymadıklarını iddia etmektedirler. Özellikle de başvurucular dilekçelerinde davalı devletlerin Paris Antlaşmasına taraf olduklarını ve iklim değişikliğinin sebebiyet verdiği muhtemel zararları bildiklerini ve iklim değişikliği karşısındaki taahhütlerini de yerine getirmediklerini zikretmektedirler. İklim değişikliği ile ilgili zararlı etkiler dolayısıyla kişinin yaşam alanından, özel ve aile hayatından keyif almasının engellenme riski mevcutsa; devletlerin bireyleri öngörülebilir doğal afetlere karşı koruma konusunda pozitif bir yükümlülüğü olduğu düşünüldüğünde, iklim değişikliğinden kaynaklanan zararlı etkileri hafifletme yükümlülüğünün Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında korunması gerektiği söylenebilecektir. Taraf devletlerin insan haklarını koruma yükümlülükleri, diğer devletlerin neden olduğu zararlı çevresel etkilerden kişilerin korunmalarını içerir.¹²⁷

Mahkeme, ayrıca iklim değişikliği bağlamında sözleşmecî devletin emisyon azaltma çabalarını var olan en son bilimsel kanıtlara dayandırıp dayandırmadığını ve azaltma veya hafifletme politikalarını değerlendirmek üzere halka gerekli ve yeterli bilgiyi sağlayıp sağlamadığını değerlendirebilir.¹²⁸

İklim değişikliği ile ilgili davalarda Mahkeme, esasa ilişkin değerlendirme yaparken, uluslararası çevre hukuku ilkelerini gözetebilir.¹²⁹ Devletlerin yargı yetkisi alanında olan kişileri korumak için pozitif önlemler alma konusundaki genel davranış yükümlülüğünü yani *due diligence* standardını uygulayabilir. Mahkeme davalı devletlerin, uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmek için en uygulanabilir ve mevcut araçlarını kullanarak alması gereken önlemlerin yeterliliğini değerlendirecektir.¹³⁰ Bir devletin iklim değişikliği ile ilgili eylemleri; harekete geçme veya önleme fırsatının olup olmadığı ve öngörülebilir olup olmadığı açısından

¹²⁷ Rocha and Sampaio, "Climate Change Before the European," 283.

¹²⁸ Lucy Maxwell, Sarah Mead and Dennis van Berkel, "Standards for Adjudicating the Next Generation of Urgenda-Style Climate Cases," *Journal of Human Rights and The Environment* 13, no.1 (2022): 50.

¹²⁹ Keller and Heri, "The Future is Now," 15.

¹³⁰ Voigt, "The Climate Change Dimension of Human Rights," 170; Feria-Tinta, "The Future," 190.

değerlendirilmelidir.¹³¹ Davalı devlet, başvuruçuların özel ve aile hayatına saygı hakkına yönelik gerçek ve yakın bir riskin varlığını biliyor veya bilmesi gerektiği halde bu riskin bertaraf edilmesi hususunda harekete geçilmemişse bu halde yükümlülükler aykırılık ve devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bilinen, beklenen veya öngörülebilir riskler açısından devletin bu riskleri önleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Öğretide, takdir marjı doktrininin, sözleşmeciler devletlere iklim değişikliğinin etkilerinin hafifletilmesi alanında geniş takdir yetkisi veriyormuş gibi de okunmaması gerektiği belirtilmektedir. İklim değişikliği hususunda Mahkemenin, sözleşmeciler devletlerin pozitif yükümlülükleri bağlamında devletlere tanıdığı takdir marjını “*hedefe ulaşmada uygun aracın/araçların seçimi*” ile sınırlı olacak şekilde, dar yorumlaması gerektiği ifade edilmektedir. İklim değişikliği sebebiyle gerçekleşmiş ve gerçekleşecek zararlara veya hak ihlallerine ilişkin olarak devletlere tanınan takdir marjı, yalnızca uluslararası sözleşmelerle belirlenen sıcaklık artışını sınırlandırma hedefine ulaşmak için alınacak spesifik sera gazı salımlarını azaltma önlemlerini seçmekle sınırlı olmalıdır.¹³²

Pavlov ve diğerleri/Rusya kararında görüldüğü üzere, devletin çevreyi kirleten özel hukuk tüzel kişilerinin endüstriyel faaliyetlerini düzenlemeye yönelik pozitif yükümlülüklerini açıklayarak, benzer iklim değişikliği vakaları için potansiyel olarak önemli bir köprü oluşturduğu söylenebilecektir. Böylece devletlerin kendi yetki alanlarındaki özel şirketlerin faaliyetleri ile ilgili yasal düzenleme yapma çabalarının incelenmesi mümkün hale gelecektir. Yani, devletler, iddia edilen insan hakları ihlaline özel şirketlerin sebep olmuş olabileceğini ileri sürerek artık sorumluluktan kaçamayacaklardır.¹³³

¹³¹ Feria-Tinta, “The Future,” 191.

¹³² Voigt, “The Climate Change Dimension of Human Rights,” 169; Kelleher, “Incorporating,” 304; Paul Clark, Gerry Liston, Ioannis Kalpouzos, “Climate Change and the European Court of Human Rights: The Portuguese Youth Case”, *EJIL: Talk! October 6, 2020*. <https://www.ejiltalk.org/climate-change-and-the-european-court-of-human-rights-the-portuguese-youth-case/>.

¹³³ Nele Schultdt, “Pavlov v Russia: Welcoming The Court’s Proactive Shift in Its Handling of Environmental Complaints, Including Their Evidentiary Challenges,” *Strasbourg Observers, November 15, 2022*, <https://strasbourgobservers.com/2022/11/15/pavlov-v-russia-welcoming-the-courts-proactive-shift-in-its-handling-of-environmental-complaints-including-their-evidentiary-challenges/>.

Mahkeme önünde derdest bulunan, başvuruçuların iç hukuk yollarını tüketmeksizin yaptığı başvurularda¹³⁴ hiçbir yerel mahkeme daha önce olayları tespit etmemiş ve mevcut kanıtları değerlendirmemiş olacaktır. Böyle olsa dahi Mahkeme davalı devletlerin pozitif yükümlülüklerini gerçekleştirip gerçekleştirmediğini belirlerken davalı devletlerin sunacağı savunmalarda yer alacak olan hem çevrenin korunması hususunda yürürlüğe konulan yasal ve idari çerçeveye ve pozitif yükümlülüklerine dair beyanlara hem de mevcut bilimsel kanıtlara göre kendi değerlendirmelerini yapabilecektir.¹³⁵ Başvuruçuların iç hukuk yollarını tüketerek Mahkemeye yaptıkları iklim değişikliği davalarında ise, Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi esnasında yerel mahkemelerin tespit ettiği olay ve kanıtlarla birlikte bilimsel kanıtlardan faydalanarak davalı devletlerin yükümlülüklerini belirleyecektir. İklim değişikliğinin güncel ve küresel bir olgu oluşu ve teknik uzmanlık gerektirmesi, Mahkemenin bilimsel kanıtları uygun şekilde tartabilmesini sağlamak adına uzman kişilerin veya kuruluşların üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılması, konferanslar veya araştırma ziyaretleri veya iklim bilimcilerle kurumsal iş birliği şeklinde görüş sunmasına olanak tanyabilecektir.¹³⁶

ROCHA ve SAMPAIO'ya göre, Mahkemenin iklim değişikliğinden kaynaklanan zararlı etkiler sebebiyle hak ihlali iddialarını değerlendireceği davalarda, iklim değişikliğinin uzun süreli ve kümülatif etkileri sebebiyle ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığının kanıtlanamama ihtimali 8. maddede yer alan mekânsal ve zamansal araçları kullanmayı zorlaştıracaktır. Bu halde, yazarlar Sözleşmenin 2. maddesinin, taraf devletlerin azaltım ve uyum politikalarını belirleme konusunda daha işlevsel olabileceği görüşündedirler. Kişi üzerindeki iklim değişikliği kaynaklı olumsuz etkiler yaşamı doğrudan tehdit eden büyük ölçekli ancak zamana yayılan etkilerdir. Yazarlara göre, Mahkeme, önündeki derdest iklim değişikliği davalarında Sözleşmenin 8. maddesine odaklanmaktan ziyade Sözleşmenin 2. maddesini dikkate almalıdır. Çünkü iklim değişikliğinin riskleri ve zararları 8. madde açısından mekânsal olarak sınırlı olmasına rağmen 2. madde açısından yaşam hakkını doğrudan tehdit eden büyük ölçekli etkiler içermektedir. İklim değişikliğinin

¹³⁴ Bu çalışmanın yapıldığı esnada Mahkemenin kamuoyu ile paylaştığı belgelerden hareketle mevcut başvurulardan yalnızca *Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet* başvurusunda iç hukuk yolları tüketilmeksizin AİHM'e başvurulmuştur.

¹³⁵ Keller and Heri, "The Future is Now," 16.

¹³⁶ Keller and Heri, "The Future is Now," 16, 17.

zararlı etkileri tek başına yaşam hakkını ihlal etmese bile, zararlı etkilerin sıklıkla ve uzun vadede üst üste birikmesi, doğrudan veya dolaylı olarak yaşam hakkını tehdit etme riskini artırmaktadır. Mahkeme, anılan davalarda yaşam hakkının korunmasının istikrarlı bir iklim ve sağlıklı bir çevre gerektireceğini tespit edebilecektir.¹³⁷

Mahkemenin, başvurucuların yaşam hakkı ihlalleri açısından iklim değişikliği olgusunu sözleşmeciler devletlerin tehlikeli endüstriyel faaliyetlerinin yaydığı sera gazı salımları açısından ele alması varsayımında; devletlere tanınan takdir marjı daha az olacakken; başvurucuların yaşam hakkı ihlalleri iddialarında olduğu üzere deniz seviyesi yükselmesi sebebiyle seller, orman yangınları ve benzeri felaketleri iklim değişikliği olgusunun bir doğal afet¹³⁸ olduğu varsayımından yola çıkarak ele alması ihtimalinde; devletlere tanınan takdir marjı daha geniş tutulabilecektir. Öğretide, Mahkeme tarafından özellikle yaşam hakkı ve çevre bağlantısının kurulduğu içtihatla yapılan tehlikeli endüstriyel faaliyetler ile doğal afet ayrımını sürdürmenin gittikçe zorlaştığı belirtiliyor. Doğanın kendisi düzenlenemezken; doğayı insan yaşamı için tehlikeli hale getiren her şey devletler veya yetkililer tarafından düzenlenebilir. Örneğin, bir sel riski, imar düzenlemesi yoluyla veya belirli bir bina yönetmeliğinin sonucu olarak kısmen veya tamamen önlenilebiliyorsa, benzeri düzenleyici adımların bir enerji santralının ruhsatlandırılmasından veya denetiminden daha az sıkı inceleme altına alınmasının keyfiliğine dikkat çekilmektedir.¹³⁹ CEDERVALL LAUTA ve RYTTER tarafından sözleşmeciler devletinin Sözleşmenin 2. maddesi kapsamındaki yaşamı korumak amacıyla önleyici tedbirler alma yükümlülüğünün kapsamını tanımlamaya yönelik, ister insan kaynaklı, ister doğal isterse her ikisi birden olsun, tehlikenin kökenini vurgulamak yerine, söz konusu tehlikenin veya tehlikelerin risk profilini somut olarak değerlendiren kapsayıcı yaklaşım önerilmektedir.¹⁴⁰ Özellikle iklim değişikliği bağlamında, başvurucuların yaşam hakkı iddiaları incelenirken, Mahkeme iklim değişikliği olgusunu önceki çevre içtihadında kullandığı

¹³⁷ Rocha and Sampaio, "Climate Change Before the European," 283.

¹³⁸ Öğretide, doğal afet (*natural disaster*) kavramının bugün doğal, teknik ve sosyal unsurların birleşiminden oluştuğu; afet araştırmalarında afetlerin asla doğal olmadığı vurgusunun yaygın ifade edilen bir aksiyom olduğu; bir afetin ne olduğu ve nasıl ele alınması gerektiğine dair modern teorinin, "afet" kavramını temel olarak sosyal kavramlara dayandırdığı belirtilmektedir. (Cedervall Lauta and Rytter, "A Landslide", 119 vd.)

¹³⁹ Cedervall Lauta and Rytter, "A Landslide," 122.

¹⁴⁰ Cedervall Lauta and Rytter, "A Landslide," 124.

tehlikeli endüstriyel faaliyetlerle yahut doğal afetlerle ilişkilendirebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, hangisi ile ilişkilendirirse ilişkilendirsin, Dünya üzerinde iklim değişikliğini tehlikeli hale getirmeye devam eden koşulları devletlerin düzenlemesi veya engellemesi hususunda Mahkemenin devletlere bırakacağı takdir yetkisi geniş tutulmamalıdır. Öğretide önerilen kapsayıcı yaklaşım gereği Mahkemenin iklim değişikliğinin yaratacağı risk profili değerlendirilerek ve devletlere bırakılacak takdir yetkisi dar tutularak inceleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak öğretide KELLER ve HERI'ye göre, iklim değişikliğiyle ilgili hak ihlallerini tespit etmek diğer bir deyişle iklim değişikliğiyle mücadele ederek insan haklarını korumaya yönelik yeterli tedbirlerin yokluğunun Sözleşmeyi ihlal ettiğini bulmak için aşamaz engeller bulunmamaktadır. Ancak iklim değişikliğine yeterince yanıt vermenin teknik, siyasi, bilimsel ve ekonomik karmaşıklığı göz önüne alındığında, Mahkemenin bu süreçte ikincil rolünü vurgulamayı ve devletlerin karar verme sürecini ertelemeyi seçebileceği unutulmamalıdır.¹⁴¹

SONUÇ

Mahkeme, Sözleşmenin günümüz şartları ışığında yorumlanması gereken bir belge, “yaşayan bir enstrüman” (*modus vivendi*) olduğunu sıklıkla vurgulamaktadır. Mahkemenin, iklim değişikliği sebebiyle oluşan hak ihlali iddialarını içerir başvurular hakkında vereceği kararlarda hem usule hem de esasa dair çözümlenmesi gereken problemlerin mevcudiyeti yadsınamaz. Mahkeme, sözleşmeciler devletlerin öncelikle Paris Antlaşması kapsamındaki hafifletme ve uyum taahhütlerini yerine getirmelerini sağlamak; aynı zamanda kişilerin uğradıkları veya uğrayacakları zararlı etkiler açısından hukuki çareler sağlamak hususunda itici güç oluşturma konusunda potansiyele sahiptir.

Öncelikle iklim değişikliğinin yarattığı sınır aşan çevresel zararlar karşısında Mahkemenin yargı yetkisi hususunda, AAİHM'nin tavsiye görüşü doğrultusunda bir devletin etkili kontrol uyguladığı faaliyetler neticesinde iklim değişikliğinin zararlı etkilerine bulunduğu katkılar açısından oluşan sınır aşan çevresel zararların devletlerin yargı yetkisi içine dâhil edilmesini benimseyeceği görüşündeyiz. BM Çocuk Hakları Komitesinin *Sacchi ve diğerleri* kararlarında AAİHM'nin tavsiye görüşünün benimsenmesi,

¹⁴¹ Keller and Heri, “The Future is Now,” 17, 18; Benzer görüşte, Rocha and Sampaio, “Climate Change Before the European,” 288.

Mahkemenin de yargı yetkisi açısından faaliyetler üzerinde etkili kontrol testini benimseyeceği ihtimalini kuvvetlendirmektedir.

Mağdur sıfatı hususunda, Mahkemenin *Cordella ve diğerleri/İtalya* kararında ortaya koyduğu kanıt standardı doğrultusunda, iklim değişikliği davalarında başvuru potansiyel mağdur sıfatını değerlendirirken, iklim değişikliğinin insan sağlığına yönelik risklere ilişkin bilimsel kanıtlar ve buna ek başvuru dilekçelerinde ileri sürdükleri iddialar doğrultusunda ayrıca bir kanıt incelemesi yapmadan başvuru potansiyel mağdur sıfatlarının olduğu kabul edilebilmelidir. Zararlı etkilerini bir anda değil; uzun zaman içerisinde yavaş yavaş gösteren iklim değişikliği karşısında başvuru potansiyel mağdur sıfatlarını belirlemek hususunda Mahkemenin daha esnek davranması gerektiği fikrindeyiz.

Mahkemenin çevresel meselelere dair kararlarında sözleşmecî devletlere tanıdığı geniş takdir marjı yaklaşımının *Cordella ve diğerleri/İtalya* kararı akabinde iklim değişikliği ile ilgili başvurular karşısında da belirli takdir marjı yaklaşımının sürdürülmesi yönünde olması gerektiği kanısındayız. Mahkeme, sözleşmecî devletlerin pozitif yükümlülükleri bağlamında devletlere tanıdığı takdir marjını önlemin veya önlemlerin seçimi ile sınırlı olacak şekilde, dar yorumlamalıdır. Fikrimizce, Mahkeme devletlerin makul ve yeterli önlemleri almalarında pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini değerlendirmek, bir nevi durum tespiti yapmak koşuluyla iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinin nasıl ve ne şekilde önlenmesi gerektiğini devletlere bırakabilecek daha ziyade belirli takdir marjı yaklaşımını pekâlâ benimseyebilir. İklim değişikliği davalarında Mahkeme, Sözleşmecî devletlerin iklim değişikliğini önlemek hususunda hangi tedbirleri alması gerektiğini belirlemeden; sadece gerekli özeni gösterip göstermediklerini (*a standart of due diligence*) belirleyebilmelidir.

Mahkemenin, önüne gelen iklim değişikliği davalarında hak ihlali bulunduğu karar vermesi ihtimalinde mevcut hak ihlalini gidermek adına ne gibi çözümler getireceği de merak konusudur. Örneğin, *Müllner/Avusturya* başvurusunda Mahkemenin başvuru özel ve aile hayatının ihlal edildiğine karar verdiği varsayımında, ihlalin ortadan kaldırılması için ne gibi giderimler belirleyecektir? Sera gazı salımı açısından Mahkemenin ihlal kararı ile eski hale iadeyi sağlaması veya başvuru lehine maddi ve manevi tazminata hükmederek ihlali durdurması mümkün görünmemektedir. Mahkemenin, kararında davalı devletin Paris Antlaşmasına atıf yapması ve antlaşma kapsamında devletin taahhüt ettiği azaltım ve uyum taahhütlerine

uyuması gerektiğine hükmetmesi ihtimalinde başvurucunun iklim değişikliği sebebiyle hakkına yönelik ihlalin giderimini ne ölçüde sağlayacağı tartışmalıdır. İklim değişikliği davaları kişilere yönelik belirli bir ihlali tanımaya çalışmaktan çok, pozitif hukuk kurallarının yorumunu geliştirmek için belirli bir vakanın ötesine geçerek daha genel bir hedef izlerse daha faydalı olacaktır.¹⁴²

Böylece, devletlerin iklim değişikliği taahhütleri ile bu taahhütleri gerçekleştiren eylemler arasındaki açığın AİHM'in tutarlı ve yerleşik içtihadıyla kapatılabileceği fikrindeyiz. AİHM, mevcut çevresel konulardaki emsal içtihadını iklim değişikliği meselesinin tartışıldığı davalara doğru genişletmeli ve iklim acil durumu karşısında bir an önce harekete geçmelidir. Mahkeme, taraf devletlerin de bu konuda düzenlemeler yapmaları hususunda harekete geçmelerini sağlamalıdır. Neticede, Mahkemenin vereceği kararlar, bağlayıcılığa sahip olduğundan, taraf devletlerin potansiyel azaltım ve uyum çabaları açısından mevzuat ve politika değişikliklerini olumlu yönde etkileyebilir ve yönlendirebilir.

AİHM, önündeki iklim değişikliği davalarında vereceği kararlar ile iklim değişikliği hukukundaki uygulama boşluğunu doldurabilecektir. Böylece sözleşmeciler devletler tarafından iklim değişikliğinin sebep olduğu küresel krizle mücadelede ihtiyaç duyulan adımların atılmamış olmasından dolayı hesap verilebilirliklerini sağlayabilecektir.

¹⁴² Le Bris, "Droits de l'Homme," 142.

KAYNAKÇA

- Arslan Öncü, Gülay. “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı.” İç. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, 301-333. Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.
- Bilir, Faruk. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi ve Ermeni Soykırımını İnkârı Suç Sayan Düzenleme.”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 no.2 (2006): 299-343.
- Boyar, Oya. “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yan Etki.” İç. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, 53-81. Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.
- Braig, Katharina Franziska and Stoyan Panov. “The Doctrine of Positive Obligations as a Starting Point for Climate Litigation in Strasbourg: The European Court of Human Rights as a *Hilfsheriff* in Combating Climate Change?.” *Journal of Environmental Law & Litigation*, no.35 (2020): 261-298.
- Cedervall Lauta, Kristian and Jens Elo Rytter. “A Landslide on a Mudslide? Natural Hazards and The Right to Life Under the European Convention on Human Rights.” *Journal of Human Rights and the Environment* 7, no.1 (2016): 111-131.
- Cournil, Christel. “Les Prémisses de Révolutions Juridiques ? Récent Contentieux Climatiques Européens.” *Revue Française de Droit Administratif*, no.05 (2021): 957-966.
- De Frouville, Olivier. “Les Droits de l’Homme au Service de l’Urgence Climatique?.” *Journal Européen Des Droits de l’Homme* no.2 (2022): 170-192.
- Duymaz, Erkan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Çevrenin Korunmasına Katkısı.” *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, no.47 (2012): 121-160.
- Feria-Tinta, Monica. “The Future of Environmental Cases in The European Court of Human Rights: Extraterritoriality, Victim Status, Treaty Interpretation, Attribution, Imminence and ‘Due Diligence’ in Climate Change Cases.” *Journal of Human Rights and Environment* 13, Special Issue (2022): 172-194.
- Gouritin, Armelle. “Potential Liability of European States Under the ECHR for Failure to Take Appropriate Measures with a View to Adaptation to Climate Change.” In *Climate Change Liability*, edited by Michael Faure and Marjan Peeters, 134-165. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- Güneş, Ahmet Mithat. *Çevre Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Harris, David, Michael O’Boyle, Ed Bates, and Carla Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çevirenler Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan. Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.

- Hartmann, Jacques and Marc Willers QC. "Protecting Rights Through Climate Change Litigation Before European Courts." *Journal of Human Rights and The Environment* 13, no.1 (2022): 90-113.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. ve Nihan Yancı Özalp. *Çevre Hakkı*. İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021.
- Kelleher, Orla. "Incorporating Climate Justice into Legal Reasoning: Shifting Towards a Risk-Based Approach to Causation in Climate Litigation." *Journal of Human Rights and The Environment* 13, no.1 (2022): 290-317.
- Keller, Helen and Corina Heri. "The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR." *Nordic Journal of Human Rights* 40, no.1 (2022): 1-22.
- Kobylarz, Natalia. "The European Court of Human Rights: An Underrated Forum for Environmental Litigation." in *Sustainable Management of Natural Resources Legal Instruments and Approaches* edited by Helle Tegner Anker Birgitte and Egelund Olsen, 5: 99-120. European Environmental Law Forum. Cambridge: Intersentia, 2018.
- Konuk Sommer, Bahar. "Çevre ve İnsan Hakları İlişkisine Yeni Bir Yaklaşım: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Oc-23/17 Sayılı Tavsiye Görüşü." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no.1 (2020):384-393.
- Le Bris Catherine. "Droits de l'Homme et Droits de l'Humanité au Regard de la Crise Climatique." *Journal Européen Des Droits de l'Homme*, no.2 (2022) : 137-153.
- Lewis, Bridget. "Children's Human Rights-based Climate Litigation at the Frontiers of Environmental and Children's Rights." *Nordic Journal of Human Rights* 39, no.2 (2021):180-203.
- Maxwell, Lucy, Sarah Mead and Dennis Van Berkel. "Standards for Adjudicating The Next Generation of Urgenda-Style Climate Cases." *Journal of Human Rights and The Environment* 13, no.1 (2022): 35-63.
- Müllerová, Hana. "Environment Playing Short-Handed: Margin of Appreciation in Environmental Jurisprudence of the European Court of Human Rights." *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 24, no.1 (2015):83-92.
- Niska, Therese Karlsson. "Climate Change Litigation and the European Court of Human Rights - A Strategic Next Step?." *The Journal of World Energy Law & Business* 13, no.4 (2020): 331-342.
- Nordlander, Linnéa. "Litigating Climate Change in The Arctic: The Potential of Sámi Human Rights Claims." *Journal of Human Rights and The Environment* 13, no.2 (2022): 416-440.

- Rocha, Armando and Rômulo Sampaio. "Climate Change Before the European and Inter-American Courts of Human Rights Comparing Possible Avenues Before Human Rights Bodies." *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 32, no.2 (2023): 279-289.
- Sands, Philippe, Jacqueline Peel, Adriana Fabra and Ruth Mackenzie. *Principles of International Environmental Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Voigt, Christina. "The Climate Change Dimension of Human Rights: Due Diligence and States' Positive Obligations." *Journal of Human Rights and Environment* 13, Special Issue (2022):152-171.
- Yancı Özalp, Nihan. "Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı." *Anayasa Hukuku Dergisi* 2, no.3 (2013): 53-93.
- Yılmaz Turgut, Nükhet. "The European Court Of Human Rights And The Right To The Environment." *Ankara Law Review* 4, no.2 (2007):1-24.
- Yurtcanlı Duymaz, Seda. "Çevre Örgütlerinin Çevresel Yönetime Katılma Sürecinde Dayandığı Haklar." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 26, no.107 (2013): 173-198.
- Yüzer Eltimur, Dilara. *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

İNTERNET KAYNAKLARI

- Clark, Paul, Gerry Liston, Ioannis Kalpouzos. "Climate change and the European Court of Human Rights: The Portuguese Youth Case", *EJIL:Talk! October 6, 2020*. <https://www.ejiltalk.org/climate-change-and-the-european-court-of-human-rights-the-portuguese-youth-case/>.
- Council of Europe. "Manual Human Rights and The Environment Containing Principles Emerging from the Case Law of the European Court on Human Rights and The Conclusions and Decisions of The European Committee of Social Rights", Third Edition, <https://rm.coe.int/manual-environment-3rd-edition/1680a56197>.
- ECHR. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.
- ECHR, "Climate Change Fact Sheet," https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Climate_change_ENG.pdf.
- ECHR. "Factsheet – Extra-territorial jurisdiction of States Parties, Extra-territorial Jurisdiction of States Parties to the European Convention on Human Rights," https://www.echr.coe.int/documents/fs_extra-territorial_jurisdiction_eng.pdf.

ECHR. Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_ENG.pdf.

ECHR. “*Practical Guide on Admissibility Criteria*,” August 2022, https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf.

Nordlund, Alexandra. “*Locus Standi in Climate Change Cases Before the European Court of Human Rights*.” Thesis, Juridicum, (Örebro: Örebro Universitet, School of Law, Psychology and Social Work, 2021)

<http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1599354/FULLTEXT01.pdf>.

Parliamentary Assembly. “Anchoring the Right to a Healthy, Environment: Need for Enhanced Action by The Council of Europe.” Recommendation 2211, <https://pace.coe.int/fr/files/29501/html>.

Pedersen, Ole W. “Climate Change Hearings and ECtHR.” *EJIL:Talk! April 4, 2023*. <https://www.ejiltalk.org/climate-change-hearings-and-the-ecthr/>.

Schuldt, Nele. “Pavlov v Russia: Welcoming the Court’s Proactive Shift in Its Handling of Environmental Complaints, Including Their Evidentiary Challenges.” *Strasbourg Observers, November 15, 2022*.

<https://strasbourgobservers.com/2022/11/15/pavlov-v-russia-welcoming-the-courts-proactive-shift-in-its-handling-of-environmental-complaints-including-their-evidentiary-challenges/>.

Torre-Shaub, Marta. “The Future of European Climate Change Litigation: The Carême Case Before The European Court of Human Rights.” *VerfBlog, August 10, 2022*. <https://verfassungsblog.de/the-future-of-european-climate-change-litigation/>.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ BAŞVURULARI/KARARLARI

Banković ve diğerleri/Belçika ve 16 diğer devlet, Başvuru No:52207/9, K.T.12.12.2001.

Budayeva ve diğerleri/Rusya, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, K.T.29.09.2008.

Carême/Fransa, Başvuru No:7189/21.

Cordella ve diğerleri/İtalya, Başvuru No:54414/13 ve 54264/15, K.T.24.06.2019.

Duarte Agostinho ve diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet, Başvuru No:39371/20.

Fadeyeva/Rusya, Başvuru No: 55723/00, K.T. 09.06.2005.

Fägerskiöld/İsveç, Başvuru No: 37664/04, K.T. 01.10.2008

- Gorraiz Lizarriga ve diğerleri/İspanya*, Başvuru No:62543/00, K.T. 27.04.2004.
- Guerra ve diğerleri/İtalya*, Başvuru No:14967/89, K.T. 19.02.1998.
- Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Başvuru No: 36022/97, K.T. 08.07.2003.
- Humane Being ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Başvuru No: 36959/22 K.T. 01.12.2022.
- Klass ve diğerleri/Germany*, Başvuru No:5029/71, K.T. 06.09.1978,
- Kyrtatos/Yunanistan*, Başvuru No:41666/98, K.T. 22.05.2003.
- Loizidou/Türkiye*, Başvuru No:15318/89, K.T. 18.12.1996.
- López Ostra/İspanya*, Başvuru No: 16798/90, K.T.09.12.1994.
- M. Özel ve diğerleri/Türkiye*, Başvuru No:14350/05, 15245/05 ve 16051/05, K.T.17.11.2015.
- Öneryıldız/Türkiye*, Başvuru No:48939/99, K.T.30.11.2004.
- Pavlov ve diğerleri/Rusya*, Başvuru No: 31612/09, K.T. 11.10.2022.
- Plan B. Earth ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Başvuru No:35057/22, K.T. 13.12.2022.
- Soering/Birleşik Krallık*, Başvuru No:14038/88, K.T. 07.07.1989.
- Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, Başvuru No:46117/99, K.T.30.03.2005.
- Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre*, Başvuru No:53600/20.

BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA TEMELLENDİRİL(E)MEMİŞ ŞİKÂYET

Unsubstantiated Complaint in Individual Application

Burak ERDEM*

ÖZ

Bireysel başvuru kapsamında gerçekleştirilen şikâyetlerde temel hak ve özgürlük ihlali iddiasının somutlaştırılmaması veya ihlal iddiasına dayanak teşkil eden bilgi, belge ve delillerin yargısal mercilere ibraz edilmemesi, temellendirilmemiş şikâyet sonucunu doğurmaktadır. Kasten ya da ihmalkâr davranışlar neticesinde ihlal iddialarını temellendirmede yetersiz kalan başvurular, açıkça dayanaktan yoksunluk kararlarıyla karşı karşıya kalmaktadır. Bununla beraber, görünürde temellendirilmemiş şikâyete vücut veren hâllerin tümü, başvuranlara kusur atfedilebilecek sebeplerden ileri gelmemektedir. Gerçekten de kimi durumlarda, hukuka aykırı muamele ve davranışlar vasıtasıyla kamusal makamlar, temellendirilmiş başvuru yapılmasına mâni olmaktadır. Bu gibi hâllerde yargısal merciler ekseriyetle, kabul edilmezlik kararı vermekten kaçınmakta; kamu otoritelerinin hukuka aykırı davranışlarının sonuçlarının bireylere yükletilmemesi gerektiği düşüncesi, başvuru dosyalarının karara bağlanmasında ön plana çıkmaktadır. Keza, temellendirilmemiş şikâyetlerden farklı olarak başvuranların kusurlu davranışlarından söz etmeye imkân bulunmayan temellendirilememiş şikâyet hâlleri, kamusal makamların hukuka aykırı davranışlarıyla sınırlı kalmamakta; psikolojik taciz, işkence ve kötü muamele benzeri temellendirilmeye objektif açıdan elverişsiz durumlar söz konusu olduğunda da bu kavram, benzer gerekçelerle gündeme gelebilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Temellendirilmemiş şikâyet, delil yokluğu, bireysel başvuru hakkı, açıkça dayanaktan yoksunluk, kabul edilebilirlik kriterleri.

Makalenin Geliş Tarihi: 22.12.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 13.06.2023.

* Arş. Gör. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: burakerdem@cankaya.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4462-2648.

ABSTRACT

Failure to concretize the allegation of infringement of fundamental rights and freedoms or submit the information, documents and evidence that constitute the basis for the alleged violation to the judicial authorities results in an unsubstantiated complaint. Applicants who intentionally or negligently fail to substantiate their allegations of violation are faced with manifestly ill-founded decisions. However, not all of the circumstances giving rise to the apparently unsubstantiated complaint arise from causes attributable to the applicants. Indeed, in some cases public authorities hinder the lodging of a substantiated complaint through unlawful acts and conducts. In such cases, judicial authorities usually refrain from declaring inadmissibility decisions; the idea that the consequences of wrongful acts of public authorities should not be imposed on the individuals, dominates the decision-making of the applications. Likewise, unlike unsubstantiated complaints, the instances in which it is not possible to mention the applicants' fault are not confined to the unlawful conduct of public authorities; the concept may also be invoked on similar grounds in cases such as psychological harassment, torture and ill-treatment, which are objectively inappropriate for substantiation.

Keywords: Unsubstantiated complaint, lack of evidence, right of individual application, manifestly ill-founded, admissibility criteria.

GİRİŞ

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel Başvuru" başlıklı dördüncü bölümünde bireysel başvuru süreciyle ilgili detaylı düzenlemeler öngörülmüş; kabul edilebilirlik incelemesi ile esas hakkında incelemenin hangi organlar tarafından, ne gibi kıstaslara dayanılarak gerçekleştirileceği hususu, detaylı şekilde açıklanmıştır. Buna göre, olağan başvuru yollarının tüketilmesi suretiyle, süresi içerisinde yapılan başvurular, öncelikle komisyonlarca ilk incelemeye tâbi tutulacak; kabul edilebilirlik kriterlerinin sağlandığına hükmedilen başvurular ise esas hakkında incelemenin yapılması amacıyla bölümlere sevk edilecektir¹.

¹ Ayhan Döner ve Yeşim Çelik, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları," *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* C. 9, S. 1 (2016):276.

Kanun'un 48. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen, “*Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurusunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.*” hükmü, kabul edilebilirlik incelemesinde göz önünde bulundurulacak temel kıstasları ortaya koymaktadır. Bu kıstaslardan açıkça dayanaktan yoksunluk ölçütü, kapsam ve muhteviyatı itibariyle bünyesinde barındırdığı belirsizlikler ile karmaşık yapısı nedeniyle uygulamacılar açısından büyük sorunlar yaratmaktadır². Ek olarak açıkça dayanaktan yoksunluk, yalnızca Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurularda önem taşıyan bir ölçüt olmayıp; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. maddesinin 3. fıkrası³ dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurularda da dikkate alınmaktadır.

Mahiyeti itibariyle esasa ilişkin kabul edilebilirlik kriterlerinden birini teşkil eden açıkça dayanaktan yoksunluk ölçütünün uygulamada oldukça farklı görünüşleriyle karşılaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak ise öğretilerde yapılan birçok çalışmada, ilgili kriterin dört temel başlık altında incelendiği ve açıklandığı gözlemlenmektedir. Bunları, “*kanun yolu şikâyeti*”, “*açık ve bariz bir ihlalin yokluğu*”, “*temellendirilmemiş şikâyet*” ve “*karmaşık, zorlama veya uydurma şikâyet*” biçiminde özetlemek mümkündür. Gerek Anayasa Mahkemesi gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da açıkça dayanaktan yoksunluk kıstasının bu dört ana başlığa dayandırıldığı görülmektedir⁴.

² Halil İbrahim Dursun, *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilmezlik Sebepleri* (Ankara: Seçkin, 2018), 37.

³ AİHS, m. 35/3: “*Aşağıdaki hallerde mahkeme, 34. Madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları kabul edilemez bulur: a) Başvurunun... dayanaktan açıkça yoksun... olması.*”.

⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, 2. Baskı (Bursa: Ekin, 2020), 620-621; Bülent Algan, “Bireysel Başvurularda ‘Açıkça Dayanaktan Yoksunluk’ Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 63, S. 2 (2014): 250-251; Tolga Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7 (Ankara: 2018), 207; Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi* (İstanbul: Legal, 2013), 111-113; Metin Efe, *Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları* (Ankara: Seçkin, 2016), 314-316; Salim Küçük, “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk,” içinde *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, ed. Hüseyin Turan ve Recep Kaplan (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2015), 191-194;

Anlaşılacağı üzere, çalışmamızın esas konusunu teşkil eden temellendirilmemiş şikâyet, açıkça dayanaktan yoksunluk ölçütünün bir alt dalı olarak değerlendirilmektedir. İleri sürdükleri hak ihlali iddialarını kanıtlama külfet ve yükümlülüğü altında bulunmalarına karşın başvuranların uğradıklarını iddia ettikleri temel hak ve özgürlük ihlallerini somut biçimde temellendirmedikleri ya da ihlale dayanak teşkil eden belge, bilgi veya delilleri yargısal mercilere tam ve eksiksiz biçimde sunmadıkları durumlarda temellendirilmemiş başvurudan söz edilmektedir⁵. Bu gibi hâllerde yargı mercileri, başvuranların hukuki yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediklerinden hareketle esas hakkında incelemeye geçmeksizin bireysel başvuruların kabul edilmezliğine kanaat getirmektedir.

Bununla birlikte, bilgi, belge ve delil sunulmaması ya da hak ihlali iddiasının yeterince somutlaştırılmaması suretiyle görünürde temellendirilmemiş bir bireysel başvuruya vücut veren durumların tümü, mutlak surette başvuranların umursamaz, dikkatsiz veya ihmalkâr tavırlarından ileri gelmemektedir. Gerçekten de kimi birçok hâlde başvuranlar, ne kadar dikkatli ve özenli davranırlarsa davransınlar; somut olayın kendine özgü koşulları ya da kamusal makamların kasıtlı veya ihmali davranışları neticesinde hak ihlali iddialarını gerektiği şekilde temellendirememektedirler. Hükümlü bir başvuranın bireysel başvuru dosyasına ilişkin topladığı delil ve belgeleri mahkemelere iletmesine cezaevi idaresince izin verilmemesi, bu duruma iyi bir örnek teşkil etmektedir⁶. Başvuranların hukuki yükümlülüklerine aykırı davrandığının ya da ihmalkâr biçimde hareket ettiğinin ileri sürülmesinin hiç de kolay olmadığı bu gibi durumlarda ise her daim kabul edilmezlik kararı verilmemekte; kamu otoritelerinin hukuka aykırı davranışlarının menfi sonuçlarının bireylere yükletilmemesi gerektiği düşüncesi, bir ilke olarak kabul görmektedir⁷.

European Court of Human Rights (ECHR), *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 30.04.2022, 73 vd.; Döner ve Çelik, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları,” 280-281; Dursun, *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilmezlik Sebepleri*, 43.

⁵ Hasan Sayim Vural, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Bir Kabul Edilemezlik Sebebi Olarak Temellendirilmemiş Şikâyet ve Cemal Günsel Kararı Üzerine Bir İnceleme,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* Yıl 9, S. 18 (Aralık 2021): 465 vd.; Küçük, “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk,” 192; Dursun, *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilmezlik Sebepleri*, 52-53.

⁶ ECHR, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 79; Efe, *Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları*, 329.

⁷ ECHR, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 22 vd.

İki ana bölümden meydana gelen bu çalışmada da esasen bu mesele üzerinde yoğunlaşılacak; temellendirilmemiş şikâyetler ile temellendirilememiş/görünürde temellendirilmemiş şikâyetler arasındaki farklar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesinin çok sayıda içtihadı göz önünde bulundurularak ortaya koyulmaya ve yorumlanmaya çalışılacaktır.

I. TEMELLENDİRİLMEMİŞ ŞİKÂYET

Gerek Anayasa Mahkemesi gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılacak bireysel başvuruların esas yönünden incelemeye geçilmesi, başvuranlarca dile getirilen hak ihlali iddialarının mahkemeler önünde makul biçimde temellendirilmesine bağlıdır. Bir başka ifadeyle, bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğine dair ileri sürülen savlar ancak, yargısal merciler nazarında ihlalin gerçekten var olduğuna yönelik bir şüphe doğurabildiği durumlarda dikkate alınabilecektir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlük ihlali savını somut biçimde ortaya koymayan, öne sürülen ihlal iddialarına ilişkin herhangi bir delil veya açıklama içermeyen yahut hak ihlalinin temellendirilmesinde dikkate almaya değer delillere yer verilmeyerek yalnızca önemsiz delillerle desteklenmiş başvurular, kabul edilebilirlik denetiminden geçememektedir⁸. Bahse konu duruma hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü hem de 6216 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde dolaylı şekilde değinilmiştir.

Gerçekten de AİHM İçtüzüğü'nün “*etkin bir şekilde katılamama*” başlıklı 44C maddesinde belirtildiği üzere, taraflardan birinin Mahkemece talep edilen delil veya bilgileri Mahkeme'ye sunmaması yahut bunları kendi inisiyatifiyle açıklamaması durumlarında Strazburg Mahkemesi, bu davranışlar hakkında uygun gördüğü yargılara varabilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki yargılamanın esasen çelişmeli niteliği haiz olduğu da hesaba katıldığında ilgili madde, yeterli bilgi, belge, kanıt veya delil sunulmadığı hâllerde, başvuruların Mahkemece açıkça dayanaktan yoksun bulunmasına

⁸ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 621; Döner ve Çelik, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları,” 281; Algan, “Bireysel Başvurularda ‘Açıkça Dayanaktan Yoksunluk’ Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması,” 274; Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, 112; Efe, *Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları*, 329; Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, 214.

fırsat tanımaktadır⁹. Benzer biçimde, Anayasa Mahkemesi de söz konusu Kanun'un 47. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen, ihlal iddiasına ilişkin delillerin bireysel başvuru dilekçesine eklenmesinin şart koşulduğu kural gereğince temellendirilmemiş başvuruların kabul edilmezliği yargısına varabilmektedir.

Temellendirilmemiş şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksunluktan bahisle reddedilmesi esasen, bireysel başvurularda başvuranların ileri sürdükleri hak ihlali iddialarını kanıtlama külfet ve yükümlülüğü altında olmalarından ileri gelmektedir. Bu nedenle, ortaya başkaca bir somut delil ya da açıklama konulmaksızın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa tarafından güvence altına alınan maddelere yalnızca atıfta bulunmakla yetinilen başvurular, açıkça dayanaktan yoksun kalmaktadır. Hak ihlalinin soyut biçimde temellendirilmesinde herhangi bir sorun bulunmamakla beraber, ihmâli davranışlarla yahut bilinçli şekilde ihlale dayanak teşkil eden belge, bilgi ve delillerin yargısal mercilere sunulmaması hâlinde de açıkça dayanaktan yoksunluk gündeme gelecektir¹⁰. Başvuranların hukuki deliller vasıtasıyla hak ihlali iddialarını destekleme ve temellendirme yükümlülüğü, Anayasa Mahkemesinin açıkça dayanaktan yoksunluğa hükmettiği birçok kararında da açıkça vurgulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre, bireysel başvurularda ihlal iddiasını somutlaştıracak beyan ve açıklamalarda bulunmak ve bu iddiayı temellendirecek bilgi, belge ve delilleri sunmak suretiyle ileri sürdüğü hukuki savı kanıtlamak başvuruçunun görevidir. Başvuranlar, hak ihlali iddiasını kanıtlama yükümlülükleri dolayısıyla duruşma zaptı ve derece mahkemesi kararları da dâhil olmak üzere ihlali ispata elverişli her türlü belge ve delili Mahkemeye iletmekle yükümlüdür¹¹. Ek olarak belirtilmelidir ki Mahkeme

⁹ Algan, "Bireysel Başvurularda 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması," 274.

¹⁰ Vural, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Bir Kabul Edilemezlik Sebebi Olarak Temellendirilmemiş Şikâyet ve Cemal Günsel Kararı Üzerine Bir İnceleme," 465 vd.; Dursun, *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri*, 52-53; Küçük, "Açıkça Dayanaktan Yoksunluk," 192.

¹¹ Veli Özdemir, B. No: 2013/276, 09.01.2014, § 19; Nevzat Albayrak ve diğerleri, B. No: 2013/9822, 22.06.2015, § 45-47; Sadullah Remzi Karagöz, B. No: 2014/8870, 08.06.2016, § 39; Hamdullah Demirtaş, B. No: 2013/3552, 15.12.2015, § 28; Sabah Yıldız Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

içtihatları uyarınca, hak ihlalinin tespitini mümkün kılacak delil ve belgelerin başvuru dilekçesine eklenerek Mahkemeye sunulması, bireysel başvurularda başvurucuların başvurularını titizlikle hazırlama ve takip etme yükümlülüklerinin de bir gereğini teşkil etmektedir¹².

Benzer biçimde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki yargılama safhasında da öne sürülen hak ihlali iddiasını somutlaştırma ile iddianın varlığını destekleyici nitelikte bilgi, belge ve delil sunma mükellefiyeti, özünde başvurana aittir¹³. Bundan ötürü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şikâyetin somutlaştırılması ve temellendirilmesine yönelik herhangi bir beyan ve açıklama yahut bilgi, belge ve delil içermeyen başvuruları açıkça dayanaktan yoksun bulmaktadır¹⁴.

Yukarıda söylenenlerden hareketle, temellendirilmemiş başvuruya vücut veren iki temel durumun bulunduğunu ifade etmek mümkündür. Bunlardan ilki, temel hak ve özgürlük ihlalinin somutlaştırılmaması iken; diğeri ise, hak ihlalinin temellendirmeye elverişli bilgi, belge ya da delillerin yargısal organlara sunulmaması hâlidir^{15 16}.

[GK], B. No: 2014/12727, 25.05.2017, § 19 (*Sabah Yıldızı*); Mustafa Akaydın, B. No: 2015/14800, 08.01.2020, § 27.

¹² Veli Özdemir, § 26; Sabah Yıldızı § 21; Mustafa Akaydın, § 23; G.G., B. No: 2014/10349, 09.11.2017, § 35; Mehmet Girasun ve Ömer Elçi [GK], B. No: 2015/15266, 17.06.2021, § 36 vd.

¹³ Efe, *Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları*, 332.

¹⁴ Amat-G LTD and Mebagishvili v. Gürcistan, B. No. 2507/03, 27.09.2005, § 43-44; Ulemek v. Hırvatistan, B. No. 21613/16, 31.10.2019, § 156-158; Farzaliyev v. Azerbaycan, B. No. 29620/07, 28.05.2020, § 74-75.

¹⁵ Dursun, *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilmezlik Sebepleri*, 53; Efe, *Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları*, 329.

¹⁶ Öğretide kimi yazarlar ise, temellendirilmemiş şikâyet sonucunu doğuran hâllerin “başvurucunun somut olguları ortaya koyamadığı ve iddialarına dayanak olan belgeleri sunmadığı şikâyetler”, “başvurucuların birtakım belgeler sunduğu ancak bu belgeler ile ileri sürdükleri hak ihlali arasında bir illiyet kurmadıkları ve açıklama getirmedikleri şikâyetler” ile “başvurucuların sadece maddeye atıf yaptıkları ama herhangi bir illiyet kurmadıkları ve anlattıklarından hak ihlaline ilişkin bir sonucun çıkarılmadığı şikâyetler” olmak üzere üç temel başlık altında ele alma yolunu seçmişlerdir. Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, 215.

A. Hak İhlalinin Somutlaştırılmaması Nedeniyle Temellendirilmemiş Şikâyet

1. Anayasa veya Sözleşme Hükümlerine Gönderme Yapmakla Yetinilen Başvurular

Değindiği üzere, hak ihlalini temellendirebilecek kifayette açıklama ve delillendirme olmaksızın yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin veya Anayasanın bir ya da birkaç maddesine soyut şekilde yapılan atıflar söz konusu olduğunda bireysel başvuru, açıkça dayanaktan yoksun bulunmaktadır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin çok sayıda kararında ifade edildiği gibi, hak ihlali iddiasının yargısal merciler nazarında somutlaştırılabilmesi maksadıyla, *“Başvuru dilekçesinde kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmeline dair olayların tarih sırasına göre özeti yapılmalı; bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır.”*¹⁷.

Anayasa Mahkemesi bu bağlamda, somut herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin, yerleşim yerinde yaşanan terör olaylarından ötürü kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının¹⁸; bir ceza yargılamasında sanığın duruşmada hazır bulundurulması talebinin reddedilerek ses ve görüntü aktarımı (SEGBİS) yoluyla katılımının sağlanması dolayısıyla eşitlik ilkesinin¹⁹ ve yargılama safhası sona erdikten sonra, davaya bakan bazı hâkimlerin terör örgütü üyeliği suçlamasıyla açığa alınmaları ve ihraç edilmelerinden ötürü adil yargılanma hakkının²⁰ ihlal edildiğinin öne sürüldüğü başvuruları, açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Benzer biçimde, bir anma töreni esnasında gerçekleştirdiği eylemler sebebiyle terör örgütü propagandası yapma suçundan yargılanan, milletvekili sıfatını haiz bir başvurucunun ihlal iddiasına dayanak teşkil eden delil ve mütalaalar hakkında somut bilgiler vermeksizin çelişmeli yargılanma ilkesinin ihlal edildiğini öne sürmesi, Mahkemece yine bu kapsamda değerlendirilmiştir²¹.

¹⁷ Veli Özdemir, § 20; Sabah Yıldızı § 19; Azize Değer Kutlu ve Abdurrahman Zorlu, B. No: 2017/40087, 24.11.2021, § 78; Ercan Ekmekçi, B. No: 2017/20132, 15.12.2020, § 16.

¹⁸ Zübeyit Kaya, B. No: 2013/7674, 21.05.2015, § 25-27.

¹⁹ Ali Bozkurt, B. No: 2019/19367, 16.03.2022, § 25.

²⁰ Ercan Ekmekçi, § 17-18; Latif Oygür, B. No: 2015/6244, 07.03.2018, § 25-26; Ferhat Yildeniz, B. No: 2017/20129, 15.12.2020, § 18-19.

²¹ Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri, B. No: 2016/39759, 30.03.2022, § 109.

Anayasa Mahkemesince incelenen çok sayıda bireysel başvuru dosyasında olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki yargılamalarda da adil yargılanma hakkını konu edinen birçok şikâyet, ilgili temel hakkın niçin ve ne şekilde ihlal edildiğine ilişkin hiçbir veri ortaya koymadığından açıkça dayanaktan yoksunluk kararıyla neticelenmektedir. Bu açıdan, temel hakkın ihlaline dair herhangi bir somutlaştırma ve gerekçelendirme yapılmaksızın ulusal mahkemelerin tarafsız ve bağımsız olmadığının, idari makamlarca yargılama öncesi cezai soruşturmanın gereği gibi yapılmadığının yahut yargılamanın hakkaniyetsiz ve adaletsiz şekilde gerçekleştirildiğinin ileri sürüldüğü başvurularda AIHM, elinde mevcut bulunan materyal ve olgular ışığında şikâyetin Sözleşme'nin ihlal edildiğine dair bir görünüm sergileyemediğini belirtmekte ve açıkça dayanaktan yoksunluk sonucuna varmaktadır²².

Hak ihlali başvurularında kâfi derecede beyan ve açıklamaya yer vermeksizin anayasal hükümlere veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddelerine gönderme yapmakla yetinen başvuranlar, Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de tıpkı diğer yüksek mahkemeler gibi birer yargısal merci olduğu gerçeğini göz ardı etmekte; temel hak ve özgürlük ihlallerinin giderilmesi amacı dışında mahkemelere pratikte kimi misyonlar da yükleme hatasına düşmektedir. Konusunu bir radyo-televizyon şirketinin yayınlarının durdurulmasının ifade ve basın hürriyeti ihlali neticesi doğurduğunun iddia edildiği bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, bu gerçeği açıkça dile getirmiştir. İfade özgürlüğü ihlali savının yalnızca, karasal yayın lisansının kapsamının idarece hatalı olarak belirlendiği iddiasına dayandırıldığı başvuruda AYM, bir yayın lisansının kapsamını belirlemek benzeri bir görevi haiz olmadığını açıkça vurgulayarak başvuranın hak ihlali iddiasını temellendirme yükümlülüğüne riayet etmediği sonucuna varmıştır²³. Bunun gibi, ifade özgürlüğünün ihlali iddiasını konu alan bir diğer bireysel başvuruda da Mahkeme, başvuranlarca detaylı şekilde sunulmayan bütün olay ve olguların resen değerlendirilmesi suretiyle anayasal haklara yapılan kamusal müdahalelerin ihlale vücut verip vermediğinin belirlenmesinin kendisinden beklenemeyeceğinin altını çizmiştir²⁴.

²² Kotilainen and others v. Finlandiya, B. No. 62439/12, 17.09.2020, § 99-100; Farzaliyev v. Azerbaycan, § 74-75; Ulemek v. Hırvatistan, § 156-158.

²³ Sabah Yıldızı § 24-25.

²⁴ Sadi Yaman, B. No: 2019/24225, 02.02.2022, § 31.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bireysel başvurularda, yeterli beyan ve açıklamalar vasıtasıyla hak ihlalinin başvuranlarca somutlaştırılması gerektiği kuralını her daim katı şekilde yorumlamamaktadır. Gerçekten de Mahkeme, birtakım hâllerde, başvuru formlarında hak ihlali iddialarının özü itibariyle dile getirilmiş olmasını temellendirilmiş bir başvuru için kâfi sayabilmektedir. Mahkeme İçtüzüğü'nün ilgili hükümleri gereğince, başvuru sonrası, başvuru formlarındaki eksikliklerin giderilmesi yönünde Mahkemece başvuranlara geri bildirim yapılabilmesi imkânı, Anayasa Mahkemesinin bu tutumunun başlıca sebeplerindendir. Buna karşın başvuru formunda, bir kamu gücü tarafından ihlal edildiği öne sürülen temel hak ve özgürlüğe dair, öz itibariyle dâhi herhangi bir somutlaştırmaya yer verilmediği ve Anayasa hükümlerine atıfta bulunmakla yetinildiği takdirde bireysel başvuru, açıkça dayanaktan yoksun bulunmaktadır²⁵.

2. İhlal İddiasının Hukuki Konusunun Gerektiği Gibi Ortaya Koyulmadığı Başvurular

Hak ihlalinin somutlaştırılmamasından bahisle açıkça dayanaktan yoksunluğa yol açan durumlar, Anayasa maddelerine veya Sözleşme hükümlerine yapılan basit atıf ve yollamalarla sınırlı biçimde değerlendirilmemelidir. Gerçekten de hak ihlalinin temellendirmeye yönelik, detaylı beyan ve izahatın bulunduğu kimi bireysel başvurular da ihlalin kanıtlanmasında kritik öneme sahip bilgilere yer vermediklerinden açıkça dayanaktan yoksun bulunabilmektedir. Temel hak ve özgürlük ihlali savının hukuki konusunun gereken şekilde ortaya koyulamadığı bu tür başvurular, temellendirilmemiş başvuruların bir diğer tipik örneğini teşkil etmektedir²⁶.

Bu bakımdan örneğin, acele kamulaştırma işlemi ardından, bedel tespitine ilişkin davanın ancak taşınmaz sular altında kaldıktan sonra açılmasından ötürü delillerin yok edildiğinin ve bu sebeple mülkiyet hakkının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü bir başvuruda Anayasa Mahkemesi; bedel tespiti davasında, davanın sonucunu doğrudan etkileyecek hangi delil ya da delillerin ortadan kaldırıldığının açıklanmadığını belirterek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur²⁷. Benzer şekilde, yakın akrabalarıyla yaptığı telefon

²⁵ Sinan Oğan, B. No: 2017/32685, 02.06.2020, § 28; Benzer yönde bkz. Ferhat Yildeniz, § 31-32.

²⁶ Vural, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Bir Kabul Edilemezlik Sebebi Olarak Temellendirilmemiş Şikâyet ve Cemal Günsel Kararı Üzerine Bir İnceleme," 465.

²⁷ Nevzat Albayrak ve diğerleri, § 48.

görüşmelerinin hukuka aykırı şekilde dinlendiği iddiasıyla adil yargılanma hakkı ile haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğini öne süren bir başvuru formunda hangi yakın akrabalarıyla yaptığı görüşmelerin kayıt altına alındığına ilişkin somut bir örnek ortaya koyulmadığından Mahkemece dikkate alınmamıştır²⁸.

Adil yargılanma hakkını konu alan bir diğer bireysel başvuruda ise başvuran, terör örgütü üyeliğinden yargılandığı bir ceza davasında, kimi istem ve taleplerinin ilk derece mahkemesince, hukuka aykırı olarak reddedildiğini ileri sürmüştü; Anayasa Mahkemesi ise, hangi tarihte, hangi sebeplerle ve hangi hususlara ilişkin olarak derece mahkemesinden ne gibi taleplerde bulunulduğuna dair kendisine bir açıklama yapılmadığından bahisle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur²⁹. Benzer biçimde, yakın tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin bir iddiayı, başvuru dilekçesinde gerekçenin hangi açıdan yetersiz olduğunun, gerekçede başvuranın esaslı iddialarından hangisinin karşılanmadığının yahut hangi temel hukuksal veya olgusal meselelerin ihmal edildiğinin somut biçimde belirtilmemesinden hareketle hukuken kabul edilebilir bulmamıştır³⁰.

Hak ihlalini somutlaştırmak maksadıyla başvuru formlarında yapılacak beyan ve izahatta, ihlal edildiği öne sürülen temel hak ve hürriyetin niteliğinin, kapsamının ve bireylere sağladığı koruma alanının da göz önünde bulundurulması lâzım gelmektedir. Zira kimi hâllerde, temel hakkın karakterini dikkate almayan bireysel başvuruların mahkemelerce, diğer koşulları sağlıyor olsalar dâhi açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu gözlemlenmektedir. Mustafa Kemal Atatürk aleyhine yaptığı bazı sosyal medya paylaşımları gerekçe gösterilerek cezalandırılan bir başvuru formunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasının Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmemesi, bu duruma iyi bir örnek teşkil etmektedir. Başvuru konusu olayda başvuran, bir çocuğu cinsel yönden istismar ettiği savı da aralarında olmak üzere Atatürk hakkında birtakım iddia ve isnatlarda bulunmasından ötürü hapis cezasıyla cezalandırılmış ve bunun üzerine bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuru hakkındaki esas değerlendirmesini Anayasanın 26. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade

²⁸ Sadullah Remzi Karagöz, § 40-41.

²⁹ Hamdullah Demirtaş, § 29-30; Benzer yönde bkz. Muhammet Fatih Berber, B. No: 2018/13628, 11.05.2022, § 48-49;

³⁰ Kağan Danişan, B. No: 2019/22114, 27.07.2022, § 21-22.

özgürlüğünün kapsam ve muhteviyatı bakımından gerçekleştiren Anayasa Mahkemesi, kişilerin bu özgürlüğün sağladığı koruma alanından yararlanabilmesinin ancak değer yargısı niteliğindeki ifadelerin olgusal temellerinin belirtilmesi; maddi olgu niteliğindeki ifadelerin ise kanıtlanması hâlinde mümkün olabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte somut olayda başvuru, ifadelerinin düşünceyi açıklama hürriyeti kapsamında olduğu iddiasını yalnızca soyut olarak ifade etmekle yetinmiş; başvuru dilekçesinde yer alan ifadelerin maddi birer olgu mu yahut değer yargısı mı teşkil ettiğine veya sosyal medya paylaşımlarını hangi bağlamda yaptığına ilişkin bir açıklamada bulunmamış; sözlerinin Atatürk'ün kişilik haklarına sebepsiz bir saldırı niteliğinde olmadığına dair ise ortaya herhangi bir argüman koyamamıştır. Açıklanan gerekçelerle Mahkeme, ilgili başvuruyu kabul edilemez bulmuştur³¹.

Başvuranlarca ihlal iddiası hakkında yapılan açıklama ve beyanlarda, ilgili temel hak ve hürriyetin niteliği ve koruma alanının da göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin kaide, özel hayata saygı hakkına yönelik ihlalin mevcudiyetinin tespit edilmeye çalışıldığı bir başka bireysel başvuru kararında da rahatlıkla gözlemlenebilmektedir. Geçirdikleri terör soruşturmalarından ötürü İçişleri Bakanlığınca geçici olarak görevden uzaklaştırılan ve yerlerine merkezi yönetim tarafından atama yapılan iki belediye başkanının özel yaşama saygı haklarının ihlal edildiğinden hareketle yaptıkları başvuruda Anayasa Mahkemesi, başvuranların şikâyetlerinin konusunu oluşturan başlıca olay ve olgular ile bireysel başvuru konusu temel hak ve özgürlüğün ne şekilde ihlal edildiğini açıklamak biçimindeki yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme değerlendirmesinde, önceki içtihatlarında sıklıkla vurgulandığı üzere, mesleki yaşama ilişkin kamusal müdahalelerde özel hayata saygı hakkının kendiliğinden uygulanabilir olmadığını belirtmiş; işbu hakkın gündeme gelebilmesi için meslek hayatına yönelen müdahalenin özel yaşamlarına ne denli sirayet ettiğinin başvuranlarca açıklanması gerektiğine işaret etmiştir. Buna karşın, somut olayda özel yaşama saygı hakkının ihlaline dair başvuranlarca yapılan açıklamaların meseleyle doğrudan ilgisi olmayan ve kamusal müdahale ile özel yaşama saygı hakkı arasındaki bağlantıyı gerekli

³¹ Sadi Yaman, § 28-31.

biçimde ortaya koyamayan yakınmalarla sınırlı olduğunu dile getiren Mahkeme, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur³².

Açıkça dayanaktan yoksunluk bağlamında, Anayasa Mahkemesinin özel hayata saygı hakkına dair yaptığı açıklamalara oldukça benzer çıkarımlara Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kimi kararlarında da rastlanmaktadır. İş hukukuna ilişkin hukuki ihtilafların kimi durumlarda özel yaşama saygı hakkına birer müdahale teşkil edebileceğini kabul eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür durumlarda istihdam alanına yönelen kamusal müdahalenin kişinin yakın çevresini, sosyal saygınlığını, mesleki itibarını, yani kısaca özel yaşamını ne denli etkilediğinin başvuranlarca ortaya koyulması gerektiğine dikkat çekmektedir. Bu bakımdan başvurular, bir yandan mevcut olayın nesnel koşulları ile öznel değerlendirmelerini Mahkemeye sunmakla mükellefken; öte yandan, çektikleri ıstırap ve kederin nitelik ve kapsamını dâhi tanımlamak ve kanıtlamakla yükümlüdürler. Zira Strazburg Mahkemesi ekseriya, iş yaşamına yönelik müdahalelerin özel hayata etkisinin yoğun olarak hissedildiğinin ispat edildiği hâllerde hak ihlali iddialarını Sözleşme kapsamında dikkate alma eğilimindedir³³.

Açıkça dayanaktan yoksunluktan bahisle kabul edilmezlik kararına hükmedilmesine engel olabilmek maksadıyla, yapılan başvurularda ilgili temel hak ve özgürlüğün karakter ve muhteviyatının da başvuruca göz önünde bulundurulması zorunluluğu, suçluların iadesi işlemlerinin Sözleşme'ye uygunluğunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince incelendiği kimi davalarda da açıkça karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkı, ceza yargılamaları bakımından suçluların geri verilmesini konu alan kimi durumlarda da istisnai olarak gündeme gelebilecektir. Bu açıdan, iadeyi talep eden devlette savunma hakkının bütünüyle göz ardı edildiği davalar yaşanıyor, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye erişimi olmaksızın kişiler gözaltına alınıyor ya da işkence sonucu elde edilen ifadeler ceza mahkumiyetine esas alınıyor ise AİHM, suçluların geri verilmesine ilişkin ulusal yargılamalarda 6. maddenin gündeme gelebileceğini kabul etmektedir.

³² Azize Değer Kutlu ve Abdurrahman Zorlu, § 82-87; Meseleyi sınır dışı etme kararıyla bağlantılı olarak özel yaşama saygı hakkı kapsamında ele alan bir diğer bireysel başvuru kararı için bkz. Sherapat Yagmyrova, B. No: 2017/11905, 21.07.2020, § 37-42.

³³ Xhoxhaj v. Arnavutluk, B. No. 15227/19, 09.02.2021, § 359-361; Denisov v. Ukrayna, B. No. 76639/11, 25.09.2018, § 115-117.

Strazburg organlarınca “*adaletin aleni/aşikâr reddi (“flagrant denial of justice”)*” şeklinde adlandırılan bu gibi durumlarda da Mahkeme, ispat yüküne dair olağan kaidelerin geçerli olduğunu belirtmekte; Sözleşmecî devletten iade edildiği takdirde, yüksek olasılıkla aleni bir adalet inkârına maruz kalacaklarının başvurularca somutlaştırılması ve temellendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir³⁴. Bu sebeple, adaletsiz yargılamaya ilişkin yukarıda sözü edilen meselelere benzer ağırlıkta bir soruna işaret etmeksizin iade edileceği Amerika Birleşik Devletleri’nde ömür boyu hapis cezasına çarptırılma ihtimalini öne süren³⁵ yahut geri verileceği Birleşik Krallık’ta yargılamaların oldukça uzun sürdüğünü iddia eden³⁶ başvurucuların bu savları, Strazburg Mahkemesince kabul edilemez bulunmuştur.

Bireysel başvuru yolunda başvuruların temel hakkın karakter ve kişilere sağladığı koruma alanını dikkate alma yönündeki yükümlülükleri, kimi zaman usul hukukuna ilişkin hukuki temellendirmeler yapmalarını da zorunlu kılmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 2. fıkrasında, “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.*” biçiminde düzenleme altına alınan masumiyet karinesinin müteakip davalarda uygulanabilirliğinin tartışıldığı başvurularda AİHM, başvurucuların haiz oldukları birtakım yükümlülüklerle işaret etmektedir. Bu bakımdan, ceza yargılamasında alınan beraat kararları sonrası açılan idari ya da hukuki davalarda masumiyet karinesinin uygulanabilirliği, nihayete eren ceza yargılaması ile müteakip yargılamalar arasındaki bağlantının varlığının başvurular tarafından ortaya koyulmasına bağlıdır. Böyle bir bağlantının mevcudiyeti ise ancak, müteakip yargılamada evvelki ceza yargılamasının sonucunun dikkate alınması gerektiğinin başvurularca ispat edilmesi hâlinde mümkün olabilecektir³⁷. Dolayısıyla örneğin, önceki ceza yargılamasındaki delillerin müteakip mahkemece incelenmesi ve dikkate alınması gibi bir zorunluluğu hukuksal temellendirmeler vasıtasıyla ortaya koyamayan başvurular, açıkça dayanaktan yoksun bir başvuruya sebebiyet verebilecektir.

³⁴ Harkins v. Birleşik Krallık, B. No. 71537/14, 15.06.2017, § 62-65; Stapleton v. İrlanda, B. No. 56588/07, 04.05.2010, § 23-26.

³⁵ Harkins v. Birleşik Krallık, § 66-67.

³⁶ Stapleton v. İrlanda, § 26-27.

³⁷ Farzaliyev v. Azerbaycan, § 49-50; Allen v. Birleşik Krallık, B. No. 25424/09, 12.07.2013, § 103-104.

Son olarak bahsetmek gerekir ki temel hak ve özgürlüklerin korunmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ikincil niteliği ile AİHM'e bireysel başvuruda iç hukuk yollarının tüketilmesi kaidesine binaen başvuranlar, hak ihlali iddialarını kural olarak öncelikle ulusal yargı mercileri önünde temellendirmeli; iç hukuk yollarından lehe sonuç alamadıkları takdirde ise ihlal iddialarını Strazburg Mahkemesi önüne taşımalıdır. Ulusal mahkemelere temel hak ve özgürlük ihlallerinin giderilmesinde önemli bir fırsat tanıyan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, ulusal yargılamalarda başvuranların şikâyetlerini en azından özü itibarıyla ortaya koymalarını zorunlu kılmaktadır. Hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında ulusal makamlara gerçek anlamda bir imkân tanınabilmesi amacıyla başvuranların yalnızca maddi olaya ilişkin bilgiler vermekle yetinmemeleri; aynı zamanda, Sözleşme ile bağdaşır nitelikte hukuki argümanları da ulusal yargı mercileri önünde dile getirmeleri icap etmektedir³⁸.

Bu sebeple, ulusal mahkemeler önündeki yargılamalar esnasında, ihlal edildiğini ileri sürdükleri temel hak ve özgürlüğe ilişkin ehemmiyet arz eden savları gündeme getirmeyip bunları yalnızca AİHM'e yaptıkları başvuruda öne süren başvuranlar, açıkça dayanaktan yoksunluk kararlarıyla karşı karşıya kalmaktadır. Bu açıdan örneğin, hâkimlerin tarafsızlığı meselesinin konu olduğu kimi davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yargılamalarında fırsatları olmasına rağmen tarafsızlık iddialarını dile getirmeyen başvuranlarca yapılan başvuruları kabul edilemez bulmuştur³⁹. Ek olarak belirtmek gerekir ki tıpkı ulusal mahkemeler önünde hiç ileri sürülmemiş iddialar gibi oldukça geç ortaya koyulmuş ve sadece varsayımsal savlarla desteklenmiş iddialar da AİHM tarafından yine, temellendirilmemiş başvuru kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁰.

³⁸ Hanan v. Almanya, B. No. 4871/16, 16.02.2021, § 148; Radomilja and others v. Hırvatistan, B. No. 37685/10, 22768/12, 20.03.2018, § 117; Xhoxhaj v. Arnavutluk, § 249.

³⁹ Miljević v. Hırvatistan, B. No. 68317/13, 25.06.2020, § 88; Sigurður Einarsson and others v. İzlanda, B. No. 39757/15, 04.06.2019, § 48-49; Benzer yönde bkz. Murtazaliyeva v. Rusya, B. No. 36658/05, 18.12.2018, § 123-128.

⁴⁰ Xhoxhaj v. Arnavutluk, § 331.

B. Bilgi, Belge veya Delil Sunulmaması Nedeniyle Temellendirilmemiş Şikâyet

Temel hak ve özgürlük ihlali iddiasının dayanağını teşkil eden bilgi, belge ya da delillerin görevli yargı merciine ibraz edilmemesi, temellendirilmemiş şikâyetin bir diğer esas örneğini oluşturmaktadır. Bu gibi hâllerde başvuranlar, hâk ihlaline ilişkin yeterli derecede açıklama ve somutlaştırmalarda bulunmuş olmalarına karşın; açıklamalarına dayanak teşkil edecek delil ve belgeleri kasten yahut ihmalkâr davranışları neticesinde mahkemelere ulaştırmamışlardır⁴¹.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bireysel başvurular bakımından esas işlevi temel hak ve özgürlük ihlallerinin giderilmesi olan Anayasa Mahkemesi, bu fonksiyonunu yerine getirirken bizatihi harekete geçmemekte; temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini iddia eden başvuranlarca gerçekleştirilen bireysel başvurular neticesinde hukuki denetim mekanizmasını hayata geçirmektedir. İşte, tıpkı bireysel başvuru yolunun başlatılmasında olduğu gibi sürecin devamında da başvuranların gerek hak ihlalinin somutlaştıracak açıklamalar yapmak gerek ihlalin varlığını ortaya koyacak nitelikte belge ve deliller sunmak gibi birtakım yükümlülükleri mevcuttur. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesi, söz konusu başvuruları temellendirilmemiş sayabilecek ve açıkça dayanaktan yoksunluk gerekçesiyle kabul edilmezlik neticesine varabilecektir. Bu hukuki gerçeğe Mahkemenin son yıllarda verdiği kararlarında sıklıkla rastlanmaktadır.

Buna göre, “*Bireysel başvuru incelemesinde Anayasa Mahkemesi, kamu gücü eylem ve işlemleri ile mahkeme kararlarının Anayasa’ya uygunluğunun ve müdahale gerekçelerinin denetimini kendiliğinden yapmaz. Bu sebeple başvurusunun esasını ve bu kapsamda kamu makamları tarafından ortaya konulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını Anayasa Mahkemesine inceletebilmesi için öncelikle kendisinin ihlal iddialarını gerekçelendirmesi, buna ilişkin olay ve olguları açıklaması ve delillerini sunması zorunludur. Anayasa Mahkemesinin başvurusunun yerine geçerek ihlal iddialarını gerekçelendirme, olay ve olguları ortaya koyma ve delil toplama görev ve yükümlülüğü bulunmamaktadır. Söz konusu yükümlülükler başvurucuya aittir.*”⁴².

⁴¹ Dursun, *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilmezlik Sebepleri*, 60-61.

⁴² Cemal Günsel [GK], B. No: 2016/12900, 21.01.2021, § 25-26; Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri, § 108; Muhammet Fatih Berber, § 48; Ali Bozkurt, § 23; Kadri Kaçağan, B. No: 2019/17353, 12.01.2022, § 26-27.

Bu bağlamda, yargıldığı bir ceza davasında Kürtçe tercümandan faydalandırılmamasının ve gizli tanığa soru soramamasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri süren başvuranın iddiasına dayanak oluşturabilecek duruşma zaptı, dilekçe veya mahkeme kararlarını Anayasa Mahkemesine ibraz etmekten kaçınması⁴³; sanık sıfatıyla yargıldığı bir davada çelişmeli yargılanma ilkesinin ihlal edildiğini öne süren başvurucunun ortaya somut bir tutanak ya da mütalaa koymaktan imtina etmesi⁴⁴; iş kazasından kaynaklanan maddi ve manevi zararın giderilmesine ilişkin bir davada, adli yardım talebinin reddedilmesinden ötürü adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini savunan başvuranın ödenmesi gereken harç tutarının ne olduğunu gösteren bilgi ve belgeleri Anayasa Mahkemesine ibraz etmemesi⁴⁵ yahut ilk derece mahkemesi yargılaması safhasında Danıştayın yerleşik içtihatlarına aykırı karar verilmesi nedeniyle hak ihlaline uğradığını iddia eden başvuranın yerleşik içtihat niteliğinde kararlar sunmaması⁴⁶ hâlleri, temellendirilmemiş şikâyetin varlığından bahisle AYM tarafından açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur.

Hak ihlali iddialarının somutlaştırılmadığı bireysel başvurularda olduğu gibi delil eksikliğinden kaynaklı temellendirilmemiş başvurularda da Mahkemece verilen kabul edilmezlik kararları çoğu zaman, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisinin başvuranlarca tam olarak anlaşılmamasından öte gelmektedir. Konusunu mülkiyet hakkının oluşturduğu bir başvuruda, sahip olduğu taşınmazda zamanla meydana gelen değer artışlarının hesaba katılmamasından ötürü kendisine ödenmesine hükmedilen ön alım bedelinin gerçek alacağını karşılamadığını iddia eden; lâkin alacağının gerçek karşılığının ne olduğuna dair herhangi bir açıklama yapmayan yahut alacağın rayiç değerinin tespitine yönelik ortaya herhangi bir belge ya da delil koymayan başvuranın savının Mahkemece dikkate alınmaması, bu duruma güzel bir emsal teşkil etmektedir. Bireysel başvurunun olağanüstü hak arama yolu niteliğinin vurgulandığı bu kararda Anayasa Mahkemesi, bir (süper) temyiz merciiymişçesine davranarak yargılama sürecinde derece mahkemelerinin bütün işlemlerini hukuka uygunluk yönünden resen denetleme benzeri bir işlev yerine getirmesinin kendisinden beklenmemesi gerektiği hususunun altını çizmiştir. Somut olayda, alacağının

⁴³ Ramazan Özlü, B. No: 2013/4187, 30.06.2014, § 23-27.

⁴⁴ Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri, § 109.

⁴⁵ Kadri Kaçağan, § 28-29.

⁴⁶ Fulpet Akaryakıt Tic. ve San. Ltd. Şti., B. No: 2013/1834, 25.02.2015, § 69-73.

enflasyon karşısında yok olan değerinin karşılanmadığı savının temellendirilmesinde hiçbir çabaya girişmeyen başvurunun bu tutumu, kabul edilmezlik kararının verilmesinde kritik bir rol oynamıştır⁴⁷.

Bilgi, belge veya delil noksanlığı nedeniyle temellendirilmemiş bir başvuru yapmaktan kaçınmak isteyen başvuranların temel hak ve hürriyet ihlali iddialarını sunacakları delillerle tam ve eksiksiz biçimde desteklemeleri icap etmektedir. Zira başvuranların yerine geçerek delil toplama gibi bir görev ve yükümlülüğü haiz olmayan Anayasa Mahkemesi, hak ihlalini kanıtlamaya elverişli bütün belge ve delillerin kendisine noksanz şekilde sunulmasını talep etmektedir. Nitekim yakın tarihli bir kararında Mahkeme, tarafı oldukları bir ortaklığın giderilmesi davasında, uzun süren yargılama sebebiyle adil yargılanma haklarının; taşınmaz üzerinde tasarruf haklarını kullanamamalarından ötürü ise mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri süren başvuranların bu savlarını anılan gerekçeyle kabul edilemez bulmuştur. Başvuru konusu olayda başvuranlar, bireysel başvuru formuna yalnızca uyuşmazlık konusu taşınmaza ilişkin tapu kayıtlarını eklemekle yetinmiş; öne sürülen hak ihlali iddialarını temellendirmeye müsait dava dilekçesi, tensip dilekçesi ya da davaya müdahale dilekçesi benzeri belgeleri ilave etmeyi ise gözden kaçırmışlardır. Bu sebeple, eldeki bilgi ve belgelerle, başvuranların söz konusu davada taraf olup olmadıklarının -veya taraf ehliyetine sahip olup olmadıklarının- dâhi belirlenmesinin mümkün olmadığını ifade eden Mahkeme, açıkça dayanaktan yoksunluğa kanaat getirmiştir⁴⁸.

Çalışmanın evvelki bölümlerinde de belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesi, başvuru bilgisi ve delil toplama ile bireysel başvuru formlarında bunları Mahkemeye sunma mükellefiyetini başvuru takip etme yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirmektedir. Üstelik bu yükümlülük, yalnızca başvurunun yapıldığı esnadaki bilgi, belge ya da deliller için söz konusu olmayıp; aynı zamanda, başvuruya ilgili koşullarda esaslı bir değişiklik olduğu takdirde, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 59. maddesi uyarınca Mahkemenin bilgilendirilmesine ilişkin gereklilik bakımından da gündeme gelebilecektir. Benzer biçimde, İçtüzüğü'nün 70. maddesi hükmü doğrultusunda Mahkemenin bilgi, belge ya da delil talebinin başvuranlarca

⁴⁷ Sömbülefendi İlim ve Kültür Hizmet Derneği, B. No: 2019/16601, 12.01.2022, § 41-43; Benzer yönde bkz. Sıddıka Altınkaya, B. No: 2019/2596, 17.11.2021, § 19-21; Hasan Mutlu, B. No: 2018/22691, 30.06.2021, § 44-45; Ali Kara, B. No: 2018/3740, 09.06.2021, § 29-30.

⁴⁸ Ekrem Yıldırım ve diğerleri, B. No: 2019/23908, 03.02.2022, § 18-25.

yanıtsız bırakılması yahut bu istemin gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde de bahse konu yükümlülüğe aykırılıktan rahatlıkla bahsedilebilecektir. Öyle ki Mahkemeye göre, işbu yükümlülüğün hilafına, “başvurunun değerlendirilmesi sürecinde vuku bulan ve söz konusu değerlendirmeyi etkileyecek nitelikte yeni ve önemli gelişmeler, başvurunun yapılmasını takiben gelişen olay, idari veya yargısal karar hakkında Anayasa Mahkemesinin bilgilendirilmemesi, başvuruçuların kötü niyetinin bir göstergesi olabileceği gibi aynı zamanda bireysel başvuruyu takip etmeme iradesinin de bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Yine başvuruçulardan bireysel başvuruyla ilgili olarak gerekli görülen bilgi, belge ve delillerin istenmesi hâlinde bu talebin mazeretsiz olarak yerine getirilmemesi, cevapsız bırakılması da bireysel başvuruyu takip etmeme iradesinin bir yansıması olarak görülebilir.”⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi bu kapsamda, *Hendek operasyonları* sırasında meydana gelen olaylardan ötürü kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı başta olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğinin öne sürüldüğü bir başvuruda, başvuruçunun aynı konulu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvurusunu da dikkate alarak açıkça dayanaktan yoksunluk sonucuna varmıştır. Buna göre, şikâyetlerini benzeri iddialarla Strazburg Mahkemesine de taşıyan başvuruçusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki yargılamada kıyasen oldukça kapsamlı açıklamalar yapmış ve AİHM’e çok sayıda delil ve belge sunmuştur. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bahse konu kararından⁵⁰ başvuruçunun evinin duvarlarında ve pencerelerindeki mermi iz ve deliklerini, bahçesinde bulunan şarapnel kalıntılarını ve komşu evlerin kötü hâldeki vaziyetini gösterir nitelikte fotoğrafları AİHM’e sunduğu anlaşılmaktadır. Buna karşın başvuruçusu, Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuruda söz konusu menfi durumu belgelendirmemiş; dahası, yürütmenin durdurulması isteminin reddi gibi meseleye ilişkin iç hukuktaki kimi güncel gelişmeleri de Mahkemeye bildirmekten kaçınmıştır. Bu tutum ise Anayasa Mahkemesi tarafından başvuranların başvuruyu takip etme iradelerinin var olmadığı biçiminde yorumlanmış ve ilgili başvurunun kabul edilmezliğine karar verilmiştir⁵¹.

⁴⁹ Mehmet Girasun ve Ömer Elçi [GK], § 41-42.

⁵⁰ Bkz. Elçi v. Türkiye, B. No. 63129/15, 29.01.2019, § 13.

⁵¹ Mehmet Girasun ve Ömer Elçi [GK], § 46-47; Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yaptığı yargılamada AYM ile benzer çıkarımlara varmış; yaşam hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik başvuran tarafından Anayasa Mahkemesi

II. TEMELLENDİRİLEMEMİŞ (GÖRÜNÜRDE TEMELLENDİRİLMEMİŞ) ŞİKÂYET

Çalışmanın ilk bölümünden rahatlıkla anlaşılacağı üzere, gerek Anayasa Mahkemesi gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılacak bireysel başvurularda başvuru, hem ileri sürdükleri hak ihlali iddialarına ilişkin gerekli beyan ve açıklamada bulunmak hem de bu iddialarını yeterli bilgi, belge ve delillerle desteklemek yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük şüphesiz, başvuranların başvurularını takip etme mükellefiyetlerinin de bir gereğini teşkil etmektedir. Bununla beraber, kimi birtakım hâllerde başvuru, gereken tüm özeni göstermiş olsalar dâhi ortaya hak ihlalini temellendirmeye elverişli beyan ve izahat ya da belge ve delil koyma imkânından uzaktırlar⁵². Bahse konu menfi vaziyete, temellendirilmemiş başvuru konusunda Anayasa Mahkemesinin kilometre taşı olarak nitelendirilebilecek birçok kararında da dolaylı olarak işaret edilmiştir.

Bu bakımdan temel kural, başvuranların söz konusu yükümlülüklerine uymamaları durumunda temellendirilmemiş başvurunun varlığından hareketle açıkça dayanaktan yoksunluk sonucuna varılmasıdır. Lâkin Mahkemeye göre, başvuru, bu yükümlülükler ellerinde olmayan nedenlerle uymamaları ve bu durumu ikna edici gerekçelerle Mahkemeye bildirmeleri ile Anayasa Mahkemesinin vaziyeti işin niteliğinden anladığı hâller, bu temel kuralın istisnasını teşkil etmektedir⁵³. Görüldüğü üzere Mahkeme, istem dışı birtakım sebeplerle başvuru, belge ve delil sunma yükümlülüklerini yerine getiremeyeceklerinin farkında olmakta ancak gerekçesiyle beraber bu durumun sebebinin kendisine bildirilmesini de başvuranlardan talep etmektedir.

Başvuru, ellerinde olmaksızın hak ihlali iddialarını desteklemeye elverişli beyan veya açıklama sunamamaları yahut bilgi, belge veya delil temin edememelerinden ötürü ihlal iddialarını gereği gibi temellendiremedikleri durumlar, pratikte farklı şekilde gerçekleşebilmektedir. Bunlardan ilki, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine temellendirilmiş bir başvuru yapılmasına kamusal makamlarca kasten ya da ihmali davranışlarla engel olunduğu hâllerdir. Talebe rağmen kamusal bir

önünde dile getirilen iddiaların bir hayli soyut ve genel nitelikte olduğunun altını çizmiştir. Elçi v. Türkiye, § 47.

⁵² Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, 214.

⁵³ Veli Özdemir, § 26; Sabah Yıldızı § 21; Cemal Günsel, § 26.

organın sahip olduğu belge ve delilleri başvurana vermekten ya da Mahkemeye ibraz etmekten kaçınması, kimi idari işlem, eylem veya hukuki düzenlemeler vasıtasıyla delil toplama sürecinin başvuranlar açısından anlamsız ve orantısız şekilde zorlaştırılması yahut pratikte imkânsız kılınması, bu durumun başlıca örneklerindedir.

Yukarıdaki hâllerden farklı olarak bazı durumlarda ise kamusal makamların müdahalesi olmaksızın kişiler temel hak ve hürriyet ihlali savlarını temellendirecek kifayette açıklama ve somutlaştırma yapamamakta ya da ihlal iddialarını kâfi miktarda belge ve delillerle destekleyebilmekten uzak kalmaktadırlar. Bir başka ifadeyle, kamusal organların hukuka aykırı işlem ve fiillerinin varlığından bahsedebilmenin mümkün olmadığı kimi hâllerde de başvuranlar, ellerinde olmayan bazı sebeplerle ortaya temellendirilmiş bir başvuru koyamamaktadırlar. Psikolojik taciz (mobbing), kötü muamele ya da işkence benzeri kanıtlanması objektif açıdan güç olaylarda bu duruma sıklıkla rastlanmaktadır. Gerçekten de bu gibi durumlarda başvuranlar çoğu zaman, uğradıklarını iddia ettikleri menfi olayların kanıtlanma ve temellendirilme elverişsizliklerinden ötürü, herhangi bir kusur ya da ihmâleri olmaksızın ortaya görünürde temellendirilmemiş bir başvuru koymak zorunda kalmaktadırlar.

Çalışmanın bu bölümünde ise, başvuranların kusurlarından veya ihmâli davranışlarından söz edilebilecek temellendirilmemiş başvuru hâllerinden ayırmak amacıyla, tarafımızca “*temellendirilememiş*” ya da “*görünürde temellendirilmemiş*” başvuru biçiminde adlandırılan menfi durumlardan bahsedilecek; temellendirilmemiş başvuru kavramı ile temellendirilememiş başvurular arasındaki farklar, yine Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında aydınlatılmaya çalışılacaktır. Bu bakımdan, meselenin daha iyi açıklanabilmesi amacıyla ikili bir ayrıma gidilerek evvela kamusal makamların hukuka aykırı müdahalelerine değinilecek; sonrasında ise mobbing ve işkence gibi nesnel açıdan kanıtlanması güç olay ve olgulardan söz edilecektir.

A. Temellendirilmiş Şikâyete Engel Teşkil Eden Kamusal Müdahaleler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bireysel başvuru hakkını genel hatlarıyla düzenleyen 34. maddesi uyarınca, “*Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflar'dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek*

kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.”. Benzer şekilde, Sözleşme'nin “davanın çekişmeli yargı ilkesine uygun olarak incelenmesi” başlıklı 38. maddesine göre ise “Mahkeme, başvuruyu tarafların temsilcileriyle birlikte inceler ve gerekirse, ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, etkin olarak yürütülmesi için gerekli tüm kolaylıkları sağlayacakları bir soruşturma yapar.”. Taraf devletlerin 38. maddeden kaynaklanan soruşturma için gerekli tüm kolaylıkları sağlama yükümlülüğü, 34. maddede sözü edilen bireysel başvuru hakkının kullanımına engel olmama mükellefiyetinin doğal bir sonucu ve uzantısıdır⁵⁴.

Avrupa Konseyi çatısı altında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalayan devletler, yalnızca Sözleşme ve eki protokollerinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi ile kamusal makamlarca korunması sorumluluklarını üstlenmemiş; ayrıca, bu özgürlüklerin ihlal edildiği durumlarda, bireysel başvuru yolunu kullanmak suretiyle bireylerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki hak arama çabalarına engel olmamayı da taahhüt etmişlerdir⁵⁵. Öyle ki Sözleşme koruma altına alınan hak ve hürriyetlerin en önemli güvencelerinden birini teşkil eden bireysel başvuru yolu ancak, mevcut veya potansiyel başvuru sahiplerinin şikâyetlerini geri çekmeleri veya değiştirmeleri hususunda kamusal güçlerin herhangi bir baskısına maruz kalmamaları hâlinde gereken ölçüde işleyebilecektir⁵⁶.

⁵⁴ Janowiec ve diğerleri v. Rusya, B. No. 55508/07, 29520/09, 21.10.2013, § 209; Husayn (Abu Zubaydah) v. Polonya, B. No. 7511/13, 24.07.2014, § 354; Al Nashiri v. Polonya, B. No. 28761/11, 24.07.2014, § 362.

⁵⁵ ECHR, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 24; Elisabeth Lambert Abdelgawad, “The Hindrances Relating to the Correspondence of Detainees with the European Court of Human Rights and Their Lawyers,” içinde *Preventing and Sanctioning Hindrances to the Right of Individual Petition Before the European Court of Human Rights*, ed. Elisabeth Lambert Abdelgawad (Cambridge: Intersentia, 2011), 49.

⁵⁶ Mamatkulov and Askarov v. Türkiye, B. No. 46827/99, 46951/99, 04.02.2005, § 102; Colibaba v. Moldova, B. No. 29089/06, 23.10.2007, § 65; Lopata v. Rusya, B. No. 72250/01, 13.07.2010, § 150; Akdivar and others v. Türkiye, B. No. 21893/93, 16.09.1996, § 105; Kurt v. Türkiye, B. No. 24276/94, 25.05.1998, § 159; Mechenkov v. Rusya, B. No. 35421/05, 07.02.2008, § 116; Davydov and others v. Rusya, B. No. 75947/11, 30.05.2017, § 344; Natsvlshvili and Togonidze v. Gürcistan, B. No. 9043/05, 29.04.2014, § 117; Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romanya, B. 2330/09, 09.07.2013, § 73; Konstantin Markin v. Rusya, B. No. 30078/06, 22.03.2012, § 158; Akdeniz and others v. Türkiye, B. No. 23954/94, 31.05.2001, § 118; Ryabov v. Rusya,

Sözleşme'nin ilgili maddeleri gereğince taraf devletlerin haiz olduğu, bireysel başvuru hakkının etkili şekilde kullanılmasını engellememe yükümlülüğü, bireylerin hak ihlali şikâyetlerini Strazburg Mahkemesi önünde etkin ve yeterli biçimde sunmalarına imkân sağlamaktadır. Bu bağlamda taraf devletler, bir yandan bireysel başvuruda bulunan kişiler ile bu kişilerin aile ve yakınlarına karşı, başvurudan vazgeçirme maksatlı doğrudan baskı ve zorlama yollarına başvurma ya da aleni şekilde gözdağı verme gibi eylemlerden kaçınmakla mükellefken; öte yandan, başvuru sahiplerinin bireysel başvuru yolunu kullanmasını zorlaştıracak veya onları bu yola başvurmadan caydıracak nitelikteki fiil ve yöntemlerden de imtina etmekle yükümlüdür⁵⁷. Zira 34. madde uyarınca üstlendikleri bireysel başvuruya engel olmama yükümlülüğü dolayısıyla başvuranlar üzerindeki her türlü baskıyı kaldırmakla mükellef olan devletler, hem açık ve bariz zorlama araçlarından kaçınma hem de başvuranları bireysel başvuru yolundan alıkoymaya yönelik, aldatıcı ve dolaylı muamelelerden uzak durma zorunluluğu altındadır⁵⁸. Ek olarak, gerçekleştirdikleri müdahalelerle başvuranların temel hak ve özgürlük ihlali iddialarını temellendirme ve kanıtlamalarına engel olan devletler, söz konusu maddede yer alan, bireysel başvuru hakkının etkin biçimde

B. No. 3896/04, 31.01.2008, § 57; Sisojeva v. Litvanya, B. No. 60654/00, 15.01.2007, § 115; Petra v. Romanya, B. No. 27273/95, 23.09.1998, § 43; Tarariyeva v. Rusya, B. No. 4353/03, 14.12.2006, § 119; Shamayev and others v. Gürcistan/Rusya, B. No. 36378/02, 12.04.2005, § 471; Shtukaturov v. Rusya, B. No. 44009/05, 27.03.2008, § 138; İlaşcu and others v. Moldova/Rusya, B. No. 48787/99, 08.07.2004, § 480; Denizci and others v. Kıbrıs, B. No. 25316/94, 23.05.2001, § 418; Demiray v. Türkiye, B. No. 27308/95, 21.11.2000, § 61; Shirkhanyan v. Ermenistan, B. No. 54547/16, 22.02.2022, § 193; M.H. and others v. Hırvatistan, B. No. 15670/18, 43115/18, 18.11.2021, § 319; Feilazoo v. Malta, B. No. 6865/19, 11.03.2021, § 117; Abdusheva and others v. Rusya, B. No. 58502/11, 62964/10, 55683/13, 26.11.2019, § 146; Hilal Mammadov v. Azerbaycan, B. No. 81553/12, 04.02.2016, § 116; Novruk and others v. Rusya, B. No. 31039/11..., 15.03.2016, § 115.

⁵⁷ ECHR, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 24.

⁵⁸ Mamatkulov and Askarov v. Türkiye, § 102; Colibaba v. Moldova, § 65; Lopata v. Rusya, § 151; Kurt v. Türkiye, § 160; Cotlet v. Romanya, B. No. 38565/97, 03.06.2003, § 69; Mechenkov v. Rusya, § 116; Davydov and others v. Rusya, § 344; Natsvlshvili and Togonidze v. Gürcistan, § 117; Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romanya, § 73; Konstantin Markin v. Rusya, § 158; Akdeniz and others v. Türkiye, § 118; Ryabov v. Rusya, § 57; Sisojeva v. Litvanya, § 116; Petra v. Romanya, § 43; Tarariyeva v. Rusya, § 119; Shamayev and others v. Gürcistan/Rusya, § 471; İlaşcu and others v. Moldova/Rusya, § 480; Denizci and others v. Kıbrıs, § 418; Demiray v. Türkiye, § 61; Feilazoo v. Malta, § 117; Hilal Mammadov v. Azerbaycan, § 116; Novruk and others v. Rusya, § 115.

kullanılması hakkının doğasında mevcut bulunan silahların eşitliği ilkesini de ağır biçimde zedelemektedirler⁵⁹.

Başvurucular uygulamada, bireysel başvuru hakkının kullanılmasını engelleyici nitelikteki kamusal müdahalelerin oldukça farklı veçheleriyle karşı karşıya kalmaktadır. Başvuru dosyalarına ilişkin başvuranlar ve yakınlarıyla devlet görevlileri arasında gerçekleşen görüşmeler, söz konusu müdahalelerin ilk görünümünü oluşturmaktadır. Hukuki ve kanuni temsilciler başta olmak üzere yargısal merciler önünde hak ihlalinin temellendirilmesinde kritik öneme sahip kişilerle başvuranın görüşmesine mâni olunması, başvuru hakkının kullanılmasını zorlaştıran bir diğer müdahale türüdür. Nihayet, başvuranların sahip olduğu bilgi, belge ve delillerin yargı mercilerine ulaştırılmasına devlet organlarınınca müsaade edilmemesi yahut kamusal makamların bizzat elinde bulundurduğu delil ve belgeleri yargı organlarına zamanında ve eksiksiz biçimde göndermekten kaçınması, bahse konu müdahalelerin son temel örneğini teşkil etmektedir.

1. Kamusal Makamlar ve Başvuranlar Arasındaki Görüşme ve Temaslar

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesinde yer alan bireysel başvuruya engel olmama biçimindeki negatif yükümlülüğe aykırılık şeklinde değerlendirilen durumlardan ilki, hâlihazırda gerçekleşmiş yahut yakın vakitte gerçekleştirilmesi muhtemel bireysel başvurulara dair, kamusal makamlar ile başvuranlar ya da başvuranların yakınları arasında yapılan resmî/gayri resmî görüşmelerdir. Zira Strazburg organları önünde ileri sürdükleri ya da sürecekleri şikâyetler hakkında devlet yetkililerince görüşmeye çağırılan, ziyaret edilen yahut çeşitli yöntemlerle gözdağı verilen başvuranlar, haklı olarak, derin korku ve kaygılar yaşayabilmekte; bu durum ise hak ihlâli iddialarının yargı organları nazarında yeterli ölçüde açıklanamaması ve temellendirilememesi neticesini doğurabilmektedir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki Strazburg organları önündeki bir başvuruyla ilgili olarak davalı devlet tarafından başvuranla doğrudan irtibat kurulması, AİHM tarafından ilke olarak doğru bulunmamaktadır. Bireysel başvuruları hakkında başvuranlarla irtibata geçilmesinin başvurulardan istem dışı feragat edilmesine ya da başvuruların gereği gibi temellendirilememesine yol açacağı farkında olan Mahkeme, bireysel başvuru hakkının

⁵⁹ Shamayev and others v. Gürcistan/Rusya, § 476.

başvuranlarca kötüye kullanıldığına ilişkin makul ve haklı gerekçeler taşıdıkları hâllerde bile devletlerin başvuranlarla iletişime geçmek yerine kendisini bu konuda uyardıkları ve endişelerini dile getirmeleri gerektiğini her şeyden evvel ifade etmektedir⁶⁰.

Kamusal makamlar ile başvuruçular arasındaki temasların 34. madde bağlamında bir hukuka aykırılık yaratıp yaratmadığı meselesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin genel kanısına göre, her somut olayın kendine özgü şartları dikkate alınarak irdelenmelidir. İçinde bulunduğu özel koşullar nedeniyle başvuranın savunmasızlığı ile buna bağlı olarak kamusal müdahalelere karşı hassaslığı, göz önünde bulundurulması lâzım gelen koşulların başlıcalarıdır⁶¹. Zira başvuranların savunmasızlığının yoğun şekilde göze çarptığı bahse konu hâllerde, devlet organlarınca gerçekleştirilen resmî sorgulama ve mülakatlar şöyle dursun; başvuranlarla yapılan gayri resmî ve görünürde zararsız görüşmeler dâhi 34. madde açısından bir engelleme ya da gözdağı teşkil edebilecektir⁶².

Başvuranların savunmasızlık ve hassaslığına ilişkin verilebilecek en iyi örnekler kuşkusuz, dış dünyayla irtibatları son derece sınırlandırılmış hükümlü ve tutuklular ile akıl hastalığı vb. sebeplerle müşahede altında tutulan kimselerdir⁶³. Ayrıca, devletlerin içinde bulunduğu gergin siyasi atmosfer de kimi hâllerde bireysel başvuru yolunda başvuruçuların savunmasızlığının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince kabulüne yol açabilmektedir. Bu bakımdan örneğin AİHM, 1980'li yılların sonundan 2000'lerin başına değin Güneydoğu Anadolu'da süregelen bölgesel

⁶⁰ Konstantin Markin v. Rusya, § 160; Ryabov v. Rusya, § 59; Sisojeva v. Litvanya, § 120; J.R. and others v. Yunanistan, B. No. 22696/16, 25.01.2018, § 150; Bagdonavicius and others v. Rusya, B. No. 19841/06, 11.10.2016, § 124; Novruk and others v. Rusya, § 115.

⁶¹ Konstantin Markin v. Rusya, § 159; Akdeniz and others v. Türkiye, § 118; Sisojeva v. Litvanya, § 116; Petra v. Romanya, § 43; Ilaşcu and others v. Moldova/Rusya, § 480; Denizci and others v. Kıbrıs, § 418; Colibaba v. Moldova, § 65; Lopata v. Rusya, § 152; Kurt v. Türkiye, § 160; Mechenkov v. Rusya, § 117; Demiray v. Türkiye, § 61; Shirkhanyan v. Ermenistan, § 194; Abdyusheva and others v. Rusya, § 146; Hilal Mammadov v. Azerbaycan, § 117.

⁶² Konstantin Markin v. Rusya, § 159; Novruk and others v. Rusya, § 115.

⁶³ Ilaşcu and others v. Moldova/Rusya, § 480; Lopata v. Rusya, § 152; Mechenkov v. Rusya, § 117.

olağanüstü hâl rejiminin yerel halk üzerinde böyle bir tesir doğurduğunu kararlarında ifade etmektedir⁶⁴.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle Strazburg Mahkemesi, sahte belge sunduğu iddia edilen hükümlü başvurusunun cezaevinde devlet yetkililerince ziyaret edilmesi ve ziyaret esnasında avukatıyla ilişkisi hakkında başvurucuya çok sayıda tehditkâr soru ve söylem yöneltilmesinin⁶⁵; salıverilen bir başvurana bireysel başvurusunu geri çekmemesinden ötürü arkadaşlarının tutukluluğunun devam ettiğinin cumhurbaşkanınca alenen söylenmesinin⁶⁶; maruz kaldığını iddia ettiği polis taciz ve işkencesinden ötürü uluslararası başvuru yollarını kullanma talebinde bulunan başvuran ve avukatlarının, Başsavcılık tarafından kaleme alınan bir mektup ile hapis cezasıyla tehdit edilmelerinin⁶⁷ yahut Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruda bulunacak kişinin başvurusunun içeriği hakkında, üst düzey kamu görevlileri tarafından, art arda, birden çok kez sorgulanmasının⁶⁸ Sözleşme'nin 34. maddesinde öngörülen yükümlülüklerle bağdaşmayacağını açıkça belirtmiştir.

Bireysel başvuru dosyalarına ilişkin olarak devlet yetkilileri tarafından başvuranlarla kurulan temasların hukuka uygunluğunu belirlemede AİHM'in dikkate aldığı bir diğer temel ölçüt, kamusal makamlarca benimsenen yaklaşım ile kullanılan dilin sertlik ve ağırlığıdır. Mahkeme, devletlerin başvuruyu engelleme iradesinin varlığını saptarken bu iki hususa özel bir ihtimam göstermekte; tehditkâr bir tavır tercih edilmeyen, başvuru yolundan caydırıcı karakterde ifadeler içermeyen ve kibar bir dilin kullanıldığı durumlarda genellikle, 34. maddedeki yükümlülüklerin ihlâl edilmediği sonucuna varabilmektedir⁶⁹. Buna karşın, nezaketsiz, kaba ve sert söylemlerin veya başvuranlar üzerinde korku ve panik yaratmaya elverişli, tehditkâr sözlerin kullanıldığı hâllerde ise Mahkeme, devletlerin 34. maddede düzenlenen yükümlülüklerle aykırı davrandığına çok daha rahat biçimde ikna olabilmektedir⁷⁰.

⁶⁴ Akdeniz and others v. Türkiye, § 118; Kurt v. Türkiye, § 160; Akdivar and others v. Türkiye, § 105; Demiray v. Türkiye, § 61.

⁶⁵ Ryabov v. Rusya, § 62-65;

⁶⁶ Iaşcu and others v. Moldova/Rusya, § 482.

⁶⁷ Colibaba v. Moldova, § 67; Benzer yönde bkz. Kurt v. Türkiye, § 164-165.

⁶⁸ Lopata v. Rusya, § 159; Benzer yönde bkz. Akdivar and others v. Türkiye, § 105.

⁶⁹ Sisojeva v. Litvanya, § 121; Tarariyeva v. Rusya, § 121-122.

⁷⁰ Petra v. Romanya, § 44; Colibaba v. Moldova, § 67.

Değınmekte fayda vardır ki kamusal makamlarla başvuranlar arasında yapılan istisnasız her görüşme, taraf devletin 34. maddede yer alan yükümlülüklerle riayet etmediğı biçiminde yorumlanmamalıdır. Zira dostane ve barışçıl tavırlarla, hak ihlallerini iç hukukta çözümleme çabaları her daim, devlet yetkililerinin bireysel başvuruyu engelleme amacı güttükleri şekilde değerlendirilmeye müsait değildir⁷¹. Bu bakımdan örneğın, bir ceza yargılamasına sanık sıfatıyla taraf olan başvurunun kızının Başsavcılık Ofisinde çalışan bir arkadaşıyla irtibata geçmesi ve babasının davasıyla ilgili olarak bir dizi samimi sohbetinde bulunması, Strazburg Mahkemesince 34. maddeye aykırılık şeklinde yorumlanmamıştır. Taraflar arasında e-mail yoluyla gerçekleştirilen konuşmalarda savcılık çalışanı, uzlaşa hâlinde mahkûmiyet kararının sabıka kaydından silinmesi, ödenen para cezalarının ve devletçe el konulan kimi hisselerin başvuranlara iadesi gibi tekliflerde bulunmuş; tekliflerinin geçerliliğini ise AİHM önündeki başvurudan feragat edilmesi şartına bağlamıştır⁷². Başsavcılık Ofisiyle yapılan görüşmelerin esasen başvuranın kızı tarafından başlatıldığı gerçeğini de göz önünde bulunduran Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilgili görüşmenin başvuranlar üzerinde başvurularını geri çekmeye ya da değiştirmeye yönelik bir müdahale biçiminde yorumlanamayacağından bahisle somut olayda 34. maddeye herhangi bir aykırılıktan söz edilemeyeceğı sonucuna varmıştır⁷³.

Benzer biçimde Mahkeme, her ne kadar başvuranları bir nebze de olsa panikletme ve korkutma ihtimalleri bulunsa da çelişmeli yargılama ilkesine de binaen, Strazburg organları önünde yapacakları savunmalar için bilgi toplamak amacıyla kamusal makamların başvuranlarla irtibat kurmasının 34. maddeye aykırılık taşımayacağını belirtmektedir⁷⁴. Bu açıdan örneğın, başvuranın evine ziyaret gerçekleştiren bir savcının ailevi durumu hakkında başvurana bazı sorular yönelmesi⁷⁵ veya temel hak ve özgürlük ihlali iddialarına dayanak teşkil eden belgelerin gerçekliğinin tespit edilmesi amacıyla devlet yetkililerinin başvuranlarla görüşme talebinde bulunması⁷⁶,

⁷¹ Konstantin Markin v. Rusya, § 161; Natsvlshvili and Togonidze v. Gürcistan, § 118; Bagdonavicius and others v. Rusya, § 125; Novruk and others v. Rusya, § 116.

⁷² Natsvlshvili and Togonidze v. Gürcistan, § 38-48.

⁷³ Natsvlshvili and Togonidze v. Gürcistan, § 118-119.

⁷⁴ Abdyusheva and others v. Rusya, § 150; J.R. and others v. Yunanistan, § 152-153.

⁷⁵ Konstantin Markin v. Rusya, § 163; Benzer yönde bkz. Novruk and others v. Rusya, § 117-118.

⁷⁶ Davydov and others v. Rusya, § 345-346.

başvuranları şikâyetlerini geri çekmeye veya değiştirmeye yönlendirme amacı gütmendiğinden Mahkemece hukuka aykırı bulunmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesi hükmü gereğince haiz oldukları mükellefiyet kimi durumlarda, taraf devletlerin devlet dışı kişi ya da kurumların bireysel başvuru engelleyici nitelikteki müdahalelerini ortadan kaldırmasını da zorunlu kılmaktadır. İlgili madde dolayısıyla sahip oldukları bu pozitif yükümlülük aleyhine hareket etmek suretiyle özel kişi veya kurumların bireysel başvuru engelleyen müdahale ve davranışlarına zımnen rıza gösteren yahut göz yuman devletler de söz konusu hukuka aykırılıktan sorumlu tutulabilecektir. Lâkin bu gibi hâllerde, hukuka aykırı davranıştan sorumluluk ancak devletin üçüncü kişilerin eylemlerini durdurma çabasına girişmediğinin başvuranlarca kanıtlanması durumunda gündeme gelebilecektir⁷⁷. Nitekim üyelerinin mesleki ve ekonomik çıkarlarını temsil etmek ve korumak amacıyla bazı Rumen din adamlarınca kurulan bir sendikaya, Ortodoksluk kültür, inanç ve geleneklerine aykırılık gerekçesiyle Romanya Başpiskoposluğu tarafından uygulanan baskıları konu alan bir bireysel başvuruda AIHM'in vardığı netice, bu savı teyit eder niteliktedir. Başvuru konusu olayda, devletin 34. maddede yer alan yükümlülüğe aykırı davrandığını iddia eden başvuranlar, iddialarını destelemek amacıyla yalnızca kimi Patrikhane üyelerinin basın yayın organlarındaki eleştirel ifadelerinden bahsetmiş; Strazburg Mahkemesi ise, üçüncü kişilerin medya kuruluşlarına verdikleri eleştirel demeçlerin tek başına bireysel başvuru hakkının kullanımının engellenmesi şeklinde yorumlanmasına imkân olmadığından bahisle Romanya devlet yetkililerin 34. maddeye aykırı davranmadıklarına hükmetmiştir⁷⁸.

Önemle vurgulamak gerekmektedir ki kamusal makamların 34. maddede düzenleme alanı bulan mükellefiyetlere riayet etmediğinin öne sürüldüğü bireysel başvurularda, başvuranların hak ihlali iddialarını temellendirme yükümlülüklerinin bütünüyle ortadan kalktığını ifade etmek, hatalı bir yaklaşımdan ibaret olacaktır. Zira bu defa başvuranlar, Strazburg organları önündeki başvurularına ilişkin kendileriyle kurulan irtibatlarda, taraf devletlerin ne tür işlem ve eylemleri dolayısıyla 34. maddeye aykırı şekilde hareket ettiğini açıklamak ve kanıtlamak külfeti altına girmektedirler⁷⁹. Bu

⁷⁷ Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romanya, § 76-77.

⁷⁸ Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romanya, § 78-80.

⁷⁹ Bu yönde bkz. Denizci and others v. Kıbrıs, § 420-421; Lopata v. Rusya, § 158; Demiray v. Türkiye, § 63.

açıldan örneğin, polis merkezi amirliğine çağırılarak başvurusu hakkında sorgulandığını ileri süren ancak iddialarının dayanağı olarak hafızası dışında herhangi bir belge ya da delil sunamayan başvurana karşın; görüşmenin amacının, içeriğinin ve hangi şartlar altında gerçekleştirildiğinin ortaya koyulan bir belge vasıtasıyla hükümetçe sunulması, Strazburg Mahkemesi'nin devletin somut olayda yükümlülüklerine aykırı hareket etmediği sonucuna varmasında son derece etkili olmuştur⁸⁰.

2. Başvuranların Hukuki Temsilcileriyle İrtibat Kurmasına Engel Olunması

Başvuranlarca ortaya temellendirilmiş bir başvuru koyulmasına engel teşkil eden durumlardan bir diğeri, gerek delillerin toplanması gerek hak ve özgürlük ihlali iddiasının yargısal merciler önünde izahı evrelerinde başvuranların hukuki temsilcileriyle görüşmesine kamusal makamlarca rıza gösterilmemesi hâlidir⁸¹. İdarenin işlem ve eylemleri ya da meseleye ilişkin hukuki düzenlemeler sebebiyle hukuki yardımdan faydalanamayan başvuranların şikâyetlerini somutlaştıramamaları ya da ihlal savlarını belge ve delillerle destekleyememeleri birçok durumda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 34. maddeye aykırılık şeklinde yorumlanmıştır⁸².

Bu bağlamda Mahkeme, Strazburg organlarının bu yöndeki istemine karşın, annesinin rızası olmaksızın hareket edemeyeceğini düşünmelerinden bahisle zihinsel engelli bir başvuranın tedavi gördüğü hastanede ve hastane personelinin gözetimi altında avukatıyla görüşmesine yetkili makamlarca izin verilmemesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Strazburg organlarının başvuranın avukatıyla görüştürülmesi gerektiği yönündeki kararına rağmen ulusal yargı mercilerinin başvuranın hukuksal temsilcisinin gerçekte kim olduğuna ilişkin tartışmalara girmesinin Sözleşme ile bağdaşmadığını belirten AİHM, söz konusu müdahaleyle hak ihlali iddiasına ilişkin, başvuranın kendisiyle gereği gibi iletişim kurmasına engel olduğu çıkarımında bulunmuştur. Dahası, belli bir süre sonunda hastaneden salıverilen başvuranın avukatına danışarak Mahkeme organları önünde hak ihlalini ileri sürebilmesi ve temellendirebilmesi olguları dâhi, somut olayda

⁸⁰ Sisojeva v. Litvanya, § 119.

⁸¹ Lambert Abdelgawad, "The Hindrances Relating to the Correspondence of Detainees with the European Court of Human Rights and Their Lawyers," 53.

⁸² M.H. and others v. Hırvatistan, § 325 vd.; Shirkhanyan v. Ermenistan, § 204-206; Hilal Mammadov v. Azerbaycan, § 122-126.

taraf devletin 34. maddedeki yükümlülüklerine aykırı davranmasının önüne geçememiştir⁸³.

Keza Anayasa Mahkemesi de temel hak ve özgürlük ihlali iddialarının yargısal merciler önünde desteklenmesi ve temellendirilmesinde yasal temsilciye erişim imkanının önemli rol oynadığını kabul etmektedir. Mahkeme bu doğrultuda, avukatları, aile fertleri ve yakınları gibi başvuranların hak ihlali iddialarını resmi makamlar karşısında usulüne uygun biçimde öne sürebilmelerine fırsat tanıyacak ve bireysel başvuru yolunda onlara destek olacak kişilere erişiminin bütünüyle sınırlandırılmasının etkili başvuru hakkı ihlaline sebebiyet verebileceğinin altını çizmektedir⁸⁴.

Başvuranların avukatlarıyla temasının direkt olarak engellendiği hâller dışında, idarece alınan birtakım dolaylı tedbirler de 34. maddenin ihlal edilmesine ve başvuranların ortaya temellendirilmiş bir başvuru koyamamasına yol açabilmektedir. Bu durumun en tipik örneği, sınır dışı veya başka bir devlete iade edilen başvuranların Strazburg organları önündeki yasal temsilcileriyle temas kuramamaları hâlidir. Gerçekten de sınır dışı ya da iade edildikleri ülkelerdeki demokrasiden uzak siyasi kültür, kötü ekonomik koşullar yahut olumsuz coğrafi faktörler gibi çeşitli nedenlerle başvuranlar, kimi durumlarda Sözleşme'ye taraf devletlerdeki hukuki temsilcileriyle irtibat kuramamaktadırlar⁸⁵. Öyle ki bazı bireysel başvurularda Mahkeme, iadelerinin ardından tecrit edilen başvuranlarla yasal temsilcileri bir yana kendisinin bile güçlüğüyle iletişim kurabildiğini açıkça dile getirmiştir⁸⁶. Bu menfi hakikatlerin farkında olan AİHM, sınır dışı edilen kimselerin avukatlarıyla irtibatlarının çoğu durumda bütünüyle yok olduğunu ifade etmekte, sınır dışı ya da iade edilen başvuruocuların hak ihlali iddialarını destekleyen belge ve delilleri toplama sürecinin bir hayli karmaşık ve zor bir evre hâline geldiğini kabul etmektedir⁸⁷. Bu nedenle Strazburg Mahkemesi bahse konu hâllerde, İçtüzüğü'nün 39. maddesinde düzenlenen geçici tedbirlerin

⁸³ Shtukurov v. Rusya, § 141-148; Benzer yönde bkz. Shirkhanyan v. Ermenistan, § 202-203.

⁸⁴ Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, B. No: 2016/5604, 24.05.2018, § 66.

⁸⁵ Anne Weber, "Preventing and Sanctioning Hindrances in Extradition and Expulsion Cases," içinde *Preventing and Sanctioning Hindrances to the Right of Individual Petition Before the European Court of Human Rights*, ed. Elisabeth Lambert Abdelgawad (Cambridge: Intersentia, 2011), 69-70.

⁸⁶ Shamayev and others v. Gürcistan/Rusya, § 476.

⁸⁷ Aoulmi v. Fransa, B. No. 50278/99, 17.01.2006, § 104; Mamatkulov and Askarov v. Türkiye, § 108.

başvuranlar açısından taşıdığı hayati ehemmiyete de atıfta bulunarak devletlerin 34. maddedeki yükümlülüklerine riayet etmediği sonucuna varabilmektedir⁸⁸.

Bahsetmekte yarar var ki başvurular bakımından geri dönülemez zararların doğumuna engel olabilme ihtimali nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince özel önem atfedilen geçici tedbirlere uyulmaması tek başına, kimi hâllerde Sözleşme'nin 34. maddesi hükmüne aykırı davranıldığı biçiminde de yorumlanabilmektedir. Bu açıdan örneğin, Strazburg organlarının geçici tedbir kararı hilafına, İspanya'dan Peru'ya iade edilen ve kısa bir süre sonra koşullu salıverilen başvuran, avukatıyla sürekli biçimde iletişim kurabilmiş olsa da Mahkeme, kişinin iade edilmesi nedeniyle ortaya çıkan riskler ve menfi olasılıkları gerekçe göstererek taraf devletin eyleminin 34. madde ile bağdaşmadığına hükmetmiştir⁸⁹.

3. Hak İhlaline İlişkin Belge ve Delilleri Konu Alan Müdahaleler

a. Belge ve Delillerin Yargısal Mercilere Gönderilmemesi

Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca tesis edilen bireysel başvuru sisteminin etkili ve gereği gibi işleyebilmesi gerekliliğine istinaden taraf devletler, başvuru dosyalarının layıkıyla incelenebilmesini garanti altına alacak, gerekli tüm kolaylıkları Strazburg organlarına sağlamakla mükelleftir. Doğası gereği bu mükellefiyet, delil toplamaya dair soruşturma yürütmek, arzu edilen belge, bilgi ve delilleri Mahkeme'ye ulaştırmak ya da bireysel başvuruların incelenmesiyle ilgili diğer görevleri yerine getirmek gibi eylemler vasıtasıyla devletlerin AIHM'e hukuki yardımda bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Zira geçerli ve makul bir gerekçeleri bulunmaksızın kamusal makamların ellerinde bulunan belge ve bilgileri Mahkeme'ye sunmaması, AIHM'i başvuranın iddialarının aslında dayanıklı olduğuna ilişkin çıkarımlarda bulunmaya itebileceği gibi ayrıca, davalı devletin Sözleşme'nin 38. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine riayet etmediği kanaatine varmasına da sebep olabilecektir⁹⁰.

⁸⁸ Weber, "Preventing and Sanctioning Hindrances in Extradition and Expulsion Cases," 71; Aoulmi v. Fransa, § 110; Shamayev and others v. Gürcistan/Rusya, § 478-479; Mamatkulov and Askarov v. Türkiye, § 128-129.

⁸⁹ Olachea Cahuas v. İspanya, B. No. 24668/03, 18.08.2006, § 79-83; Bu yönde bkz. O.M. and D.S. v. Ukrayna, B. No. 18603/12, 15.09.2022, § 125.

⁹⁰ Janowiec ve diğerleri v. Rusya, § 202; Makuchyan and Minasyan v. Azerbaycan/Macaristan, B. No. 17247/13, 26.05.2020, § 224; Dedovskiy and others v.

Bireysel başvurularda hak ihlalinin tespitinde önem taşıyan olay ve olguların belirlenmesi görevi aslen mahkemelere ait olmasına karşın; gerekli tüm bilgi, belge, delil ve emareleri mahkemelere sunmak suretiyle aktif yardımda bulunmak ise tarafların görevidir. Bu nedenle, başvuruların delil sunma sürecinde, kamusal makamların mahkemelere ne denli yardımda bulunduğu hususu, bireysel başvuruların temellendirilip temellendirilmediğinin tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır⁹¹. Kimi hâllerde temel hak ve özgürlük ihlali savlarının hukuken desteklenebilmesi ve temellendirilebilmesi; davalı devletin yapacağı savunmaların ise çürütülebilmesinin ancak devletlerin elinde bulunan belgelere erişim ile mümkün hâle gelebileceği düşünüldüğünde bahse konu yükümlülüğün önemi, açıkça gün yüzüne çıkmaktadır⁹². İşbu gerekçelerle AİHM, temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin bir iddiada bulunan kimsenin bu iddiasını kanıtlamakla yükümlü olduğu şeklindeki temel kuralın istisnasız her durumda, katı bir şekilde uygulanamayacağını açıkça ifade etmektedir⁹³.

Mahkemece talep edilen bilgi, belge ve delilleri sağlama yükümlülüğü, gerek başvurunun Hükümete henüz ilk tebliği esnasında gerek yargılamanın ileriki aşamalarında, bu neviden bir istemin açık ve kesin bir şekilde dile getirildiği andan itibaren davalı devlet açısından bağlayıcılık kazanmaktadır. Delillerle ilişkin talimat verilmesinin ardından, talep edilen belgelerin en kısa süre içerisinde ve eksizsiz şekilde sunulması; delillerin tam olarak sunulmadığı hâllerde ise bu durumun gerekçesiyle beraber, ivedilikle

Rusya, B. No. 7178/03, 15.05.2008, § 106; Imakaieva v. Rusya, B. No. 7615/02, 09.11.2006, § 200; Tanış and others v. Türkiye, B. No. 65899/01, 02.08.2005, § 163; Akkum and others v. Türkiye, B. No. 21894/93, 24.03.2005, § 185; Tahsin Acar v. Türkiye, B. No. 26307/95, 08.04.2004, § 253-254; Husayn (Abu Zubaydah) v. Polonya, § 352; Al Nashiri v. Polonya, § 360; Nolan and K. v. Rusya, B. No. 2512/04, 12.02.2009, § 55; Bazorkina v. Rusya, B. No. 69481/01, 27.07.2006, § 170-171; Enukidze and Girgvliani v. Gürcistan, B. No. 25091/07, 26.04.2011, § 296; Trubnikov v. Rusya, B. No. 49790/99, 05.07.2005, § 55; Maslova and Nalbandov v. Rusya, B. No. 839/02, 24.01.2008, § 128; Alikhadzhiyeva v. Rusya, B. No. 68007/01, 05.07.2007, § 100; Musayev and others v. Rusya, B. No. 57941/00, 58699/00, 60403/00, 26.07.2007, § 179; Estemirova v. Rusya, B. No. 42705/11, 31.08.2021, § 74.

⁹¹ ECHR, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 24.

⁹² Imakaieva v. Rusya, § 200; Akkum and others v. Türkiye, § 185; Tahsin Acar v. Türkiye, § 254; Bazorkina v. Rusya, § 171; Trubnikov v. Rusya, § 55.

⁹³ Imakaieva v. Rusya, § 199; Tanış and others v. Türkiye, § 163; Bazorkina v. Rusya, § 170.

Mahkeme'ye iletilmesi icap etmektedir⁹⁴. Aksi bir vaziyet ise, taraf devletin açıklama ve savunmalarının Strazburg Mahkemesince göz ardı edilerek başvuranın iddialarının esasen sağlam temellere dayandırılmış olduğunun kabulü neticesini doğurabilecektir⁹⁵.

Önüne gelen bireysel başvurularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, delillerin yalnızca kabul edilebilirliği ile somut meseleye uygunluğunu değil; aynı zamanda, ispat önemini de takdir etmede kendisini bütünüyle özgür ve yetkin bir konumda görmektedir. Bu açıdan Mahkeme, bireysel başvuruların usulüne uygun olarak değerlendirilebilmesi için tarafların ne tür kanıtlar sunması gerektiğine de kendiliğinden karar verebilmektedir. Dolayısıyla, taraf devletlerin belge veya delil sunma yükümlülüğünün gündeme gelebilmesi için ilgili belge ya da delilin sunulmasının Mahkemece gerekli görülmüş olması, çoğu durumda kâfidir⁹⁶.

Ayrıca belirtmekte yarar vardır ki talep edilen belgelerin sunulmaması hâlinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ortada bir temel hak ve özgürlüğün ihlaline yönelik kabul edilebilir bir şikâyet bulunmasa dâhi, usule ilişkin bahse konu yükümlülüklerinin hilafına hareket ettiğinden hareketle taraf devletlerin Sözleşme'ye aykırı davrandığına hükmedebilmektedir. Zira 34. madde hükmü başvuranlara, esasa ilişkin öne sürdükleri hak ihlali iddialarından bağımsız karakterde, usulî nitelikte bir hak da bahşetmektedir⁹⁷. Dahası, Sözleşme'ye aykırılığın gündeme gelebilmesi için taraf devletin yaklaşımının bireysel başvuru hakkının kullanımını fiilen engellemesi ya da ilgili hak üzerinde kayda değer bir etki yaratması bile önem taşımamakta; salt belge ve delillerin kendilerine ulaştırılmaması sebebiyle Strazburg organları, ilgili devletin 34 ve 38. maddede öngörülen yükümlülüklerine uygun hareket etmediği sonucuna varabilmektedir⁹⁸.

⁹⁴ Janowiec ve diğerleri v. Rusya, § 203; Carter v. Rusya, B. No. 20914/07, 21.09.2021, § 92; Husayn (Abu Zubaydah) v. Polonya, § 356; Al Nashiri v. Polonya, § 364; Kreyndlin and others v. Rusya, B. No. 33470/18, 31.01.2023, § 67; Adzhigitova and others v. Rusya, B. No. 40165/07, 2593/08, 22.06.2021, § 157.

⁹⁵ Janowiec ve diğerleri v. Rusya, § 203; Carter v. Rusya, § 92; Dedovskiy and others v. Rusya, § 106

⁹⁶ Janowiec ve diğerleri v. Rusya, § 208; Husayn (Abu Zubaydah) v. Polonya, § 355; Al Nashiri v. Polonya, § 363; Adzhigitova and others v. Rusya, § 157.

⁹⁷ Shamayev and others v. Gürcistan/Rusya, § 470; Benzer yönde bkz. Mamatkulov and Askarov v. Türkiye, § 118.

⁹⁸ Janowiec ve diğerleri v. Rusya, § 209.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu bağlamda, radyoaktif bir maddeyle zehirlenerek öldürüldüğü iddia edilen, eski bir Rus istihbarat ajanının yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasını konu alan bir bireysel başvuruda, hak ihlalinin varlığının tespitini sağlamaya elverişli belgelerin Rus hükümetince gönderilmemesini 38. maddedeki yükümlülüklerin ihlali şeklinde yorumlamıştır. Başvuru konusu olayda Mahkeme, ajanın ölümüne ilişkin, aralarında zehirli madde örneklerinin laboratuvar incelemesinin de bulunduğu bir dizi ulusal soruşturma materyalinin kopyasının kendisine iletilmesini hükümetten talep etmiş; Rus hükümeti ise, hâlihazırda devam eden bir soruşturmanın sıhhati dolayısıyla soruşturma evraklarının ifşasını yasaklayan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükmünü gerekçe göstererek bu talebi reddetmiştir. Strazburg Mahkemesi yaptığı değerlendirmede öncelikle, söz konusu kanun hükmünün mutlak bir yasak şeklinde yorumlanmaması gerektiğine değinmiş; sonrasında ise, salt bir kanun hükmüne atıfta bulunmanın talep edilen belgelerin kendisine iletilmemesinde haklı bir mazeret teşkil edemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca bahsetmekte yarar vardır ki ajanın ölümünün üstünden on beş seneyi aşkın bir süre geçmesine karşın hükümetin soruşturmanın hâlen devam ettiğine ilişkin iddiası, Mahkeme'nin bu tutumu benimsemesinde bir hayli etkili olmuştur⁹⁹.

Benzer şekilde Strazburg Mahkemesi, bu yöndeki ısrarlı taleplerine karşın, her defasında çelişkili ve birbirinden farklı gerekçeler ileri sürülerek başvuruda önemli bir kanıt değeri taşıyabilecek raporun kendisine sunulmamasının¹⁰⁰; başvuranın yakınlarının kaybolmasına ilişkin soruşturma dosyalarının kopyalarının soruşturmanın gizliliği ilkesine ve buna ilişkin iç hukuk kurallarına atıfta bulunularak ibraz edilmemesinin¹⁰¹ ve askeri operasyon esnasında jandarmalar tarafından öldürüldüğü iddia edilen kişilerin yaşam hakkı ihlallerinin konu olduğu başvuruda, fezleke, iddianame ve jandarma subaylarının ifadelerinin yer aldığı çok sayıda belgenin davalı devletçe kendisine ulaştırılmamasının¹⁰² Sözleşme'nin 38. maddesinde düzenleme alanı bulan yükümlülüklerle bağdaşmayacağına kanaat getirmiştir. Greenpeace üyelerinin Amerikan ajanı oldukları iddiasıyla paramiliter bir grup tarafından saldırıya uğramasını konu alan, oldukça yakın tarihli bir başvuruda ise Mahkeme, başvuruyu ilgilendiren soruşturma evraklarının ve

⁹⁹ Carter v. Rusya, § 91-94.

¹⁰⁰ Dedovskiy and others v. Rusya, § 107-108.

¹⁰¹ Imakaieva v. Rusya, § 201.

¹⁰² Akkum and others v. Türkiye, § 189-190.

kimi belgelerin kendisine gönderilmesine yönelik talebinden kısa bir süre sonra, zamanaşımının dolduğu bahanesiyle imha edilmesini yine, 38. maddenin ihlali şeklinde yorumlamıştır¹⁰³.

Altını çizmek gerekir ki 38. madde dolayısıyla devletlerin bilgi, belge ve delil sunma şeklinde tezahür eden yükümlülükleri esasen, Mahkemece talep edilen materyal söz konusu olduğunda gündeme gelmektedir. Bu sebeple, başvuranlar ya da başvuran vekillerince hükümetten istenen lâkin reddedilen belge ve deliller bakımından ise 38. maddedeki yükümlülükler, Mahkemece her durumda, doğrudan dikkate alınmamaktadır¹⁰⁴.

Anayasa Mahkemesi ise, belge ve delillere başvuranlarca erişim sağlanabilmesi meselesine genellikle adil yargılanma hakkı açısından yaklaşmakta; bilhassa ceza yargılamaları bakımından delillere erişimin silahların eşitliği ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesinde büyük önem taşıdığını kararlarında ifade etmektedir. Bu bakımdan AYM'ye göre, savunmalarını etkili şekilde sunabilmeleri ve böylelikle yargılamaların sonucunu etkileyebilmeleri için suç isnadı altındaki kimselerin bilgi, belge ve delillere erişimlerinin sağlanması, silahların eşitliği ilkesinin temel bir gereğidir. Bu sebeple, beraat kararının verilmesine ya da kişinin cezasının azaltılmasına imkân tanıyabilecek delil niteliğindeki belgelere başvuranlarca ulaşımın sağlanması, kamusal makam ve mercilerce bireylere temin edilmesi gereken kolaylıkların başında gelmektedir. Dahası, çeşitli hukuki gerekçelerle soruşturma evresinde delillere erişimin kısıtlandığı hâllerde dahi, kovuşturma safhasında delillerin sanık ve müdafî erişimine açılması ve bu kişilerin deliller üzerinde görüş sunmasına engel olunmaması icap etmektedir. Aksi bir vaziyet ise, birçok durumda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edilmesine yol açabilecektir¹⁰⁵.

b. Belge ve Delillerin Yargısal Mercilere Zamanında Gönderilmemesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından talep edilen belge ve delillerin davalı devletlerce zaman kaybetmeksizin, vakitlice sunulması, 38. maddedeki yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından bir hayli önem taşımaktadır. Bu açıdan, hak ihlallerinin tespiti için kritik önem arz eden bilgi, belge ve delillerin ibrazındaki kimi gecikmeler, tek başına, 38. maddedeki

¹⁰³ Kreyndlin and others v. Rusya, § 67-68.

¹⁰⁴ Makuchyan and Minasyan v. Azerbaycan/Macaristan, § 225.

¹⁰⁵ Ufuk Rifat Çobanoğlu, B. No: 2014/6971, 01.02.2017, § 45-46.

yükümlülükler taraf devletçe riayet edilmediği şeklinde yorumlanmaya oldukça müsaittir¹⁰⁶.

Mahkemece istenen delil ve belgelerde olduğu gibi tutukluluk, hükümlülük veya akıl hastalığı gibi herhangi bir sebeple kamusal gözetim ve denetim altında bulunan başvuranların Mahkemeye iletmeyi arzu ettikleri belgeler söz konusu olduğunda da kamusal makamlar, olağandışı gecikmeler olmaksızın, bir an evvel Strazburg organlarıyla irtibata geçmek mesuliyeti altındadır. Bununla beraber bahse konu mesuliyet, devlet yetkililerince belgelerin hemen, o an gönderilmesi gerektiği biçiminde yorumlanmaya ise pek de elverişli değildir. Keza AİHM de başvuran tarafından birer ikişer günlük aralıklarla cezaevi müdürlüğüne sunulan mektupların toplu şekilde, birkaç hafta içerisinde kendisine gönderilmesinin kamusal makamların bireysel başvuruyu engelleme niyetinde olduğu şeklinde değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir¹⁰⁷.

c. Belge ve Delillerin Yargısal Mercilere Eksik Şekilde Gönderilmesi

Taraf devletlerin 34 ile 38. maddelerde öngörülen yükümlülükler uygun şekilde davrandığının kabulü için talep edilen belge ve delillerin yargısal organlara zamanında iletilmesi kâfi olmayıp; aynı zamanda, delil ve belgelerin eksiksiz ve aslına uygun biçimde ulaştırılması da lâzım gelmektedir. İstenen materyalin tümünün gönderilmediği, asılları özellikle istenen belgelerin yalnızca kopyalarının gönderildiği yahut anlaşılabilir derecede karmaşık belgelerin kendisine ulaştırıldığı durumlarda Strazburg mercileri yine, 38. maddede düzenleme alanı bulan yükümlülükler riayet edilmediği neticesine kolaylıkla varabilmektedir¹⁰⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu bağlamda, cinayete kurban giden bir gencin İçişleri Bakanlığının üst düzey memurları tarafından öldürüldüğünün iddia edildiği bir başvuruda, cinayeti aydınlığa kavuşturmaya elverişli belgelerin eksik şekilde gönderilmesinden ötürü davalı devletin 38. maddede yer verilen yükümlülükler aykırı şekilde hareket ettiğine kanaat getirmiştir. Somut olayda başvuranın oğlu, ölümünden hemen önce bir kafede,

¹⁰⁶ Lambert Abdelgawad, “The Hindrances Relating to the Correspondence of Detainees with the European Court of Human Rights and Their Lawyers,” 59; Bazorkina v. Rusya, § 172; Alihadzhiev v. Rusya, § 101; Musayev and others v. Rusya, § 179-180.

¹⁰⁷ Valasinas v. Litvanya, B. No. 44558/98, 24.07.2001, § 134.

¹⁰⁸ ECHR, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 25.

Bakanlık çalışanı kişiler ve yakınlarıyla ufak çaplı bir tartışma yaşamış; bir sonraki gün ise, öğlen saatlerinde ormana yakın bir mezarlıkta genç erkeğin cesedi bulunmuştur. Cinayete ilişkin yeterli soruşturma yapılmadığı iddiasıyla kendisine başvurulması üzerine AİHM, Gürcistan'dan birtakım delil ve belgeler talep etmiş; davalı devlet ise cinayet davasına ilişkin soruşturma ve yargılama materyallerinin sadece yarısını göndermekle yetinmiştir. Talep edilen belgelerin kompakt disklere (CD) kopyalanmasının uzun zaman aldığı bahanesine sığınmaya çalışan Gürcistan hükümeti, tartışma esnasında kafede bulunan garsonlar ve müteveffanın arkadaşıyla yapılan görüşmelerin video kayıtlarını ibraz etmekten de kaçınmıştır. Bardağı taşıran son husus ise, kafe ile mezarlık arasındaki otoyolu gözlemleyen güvenlik kamerası kayıtlarının oldukça ufak bir kısmının -bir saatlik kesit yerine altmış sekiz saniyelik kısım-sunulması olmuş; Strazburg Mahkemesi, talep edilen kayıtların kısmen ibrazının olguların tespiti ve hak ihlali iddiasının temellendirilmesini önemli ölçüde engellediğinden bahisle 38. maddeye aykırılığa hükmetmiştir¹⁰⁹.

Benzer biçimde, davalı devletlerce dikkatsiz, özensiz ve itinasız şekilde hazırlanmak suretiyle gönderilen delil ve belgeler söz konusu olduğunda da Mahkeme, 38. maddedeki yükümlülükler aykırı davranışın varlığına kanaat getirebilmektedir. Yaklaşık yedi sene kaldığı hapisneden koşullu salıverilmesine yalnızca üç hafta kala intihar ettiği cezaevi yönetimince ileri sürülen bir mahkûmun yaşam hakkı ihlalini konu alan bireysel başvuru dosyası, bu durumu açıkça gözler önüne sermektedir. Başvuru konusu olayda, alkol kullanımının da etkisiyle geçmişte birkaç kez intihar girişiminde bulunduğu ve buna bağlı olarak, bir süre psikiyatrik gözetim altında tutulduğu iddia edilen mahkûmun ölümüne ilişkin yapılan bireysel başvuru sonucu Strazburg Mahkemesi, davalı devletten aralarında bazı tıbbi belgelerin de bulunduğu bir dizi evrak talep etmiştir. Davalı devlet ise bunun üzerine Mahkemeye dosyanın aslına uygun bir kopyası mı yahut yalnızca belirli bir bölümü mü olduğu anlaşılamayan birtakım psikiyatrik kayıtlar sunmuştur. Dahası, oldukça kötü şekilde düzenlenmeleri ve sayfa numaralarının dahi bulunmaması sebebiyle sunulan bu kayıtların kim tarafından, ne zaman ve hangi amaçla tutulduğu hususları bile Mahkemece saptanamamıştır. Anılan gerekçelerle ilgili evrakların orijinali Mahkeme tarafından talep edilse de davalı devlet, kayıtların tutulduğu cezaevinden belgelerin çıkarılmasının uygun olmayacağını belirterek bu istemi reddetmiştir. Nihayet, inceleme sona erdiğinde belgelerin aslının ilgili makamlara iade edileceğine dair

¹⁰⁹ Enukidze and Girgvliani v. Gürcistan, § 297-302.

Mahkemece verilen kesin taahhüdün de göz ardı edilmesi, somut olayda davalı devletin 38. maddedeki yükümlülüklerine uygun davranmadığının belirlenmesinde oldukça önemli bir rol üstlenmiştir¹¹⁰.

d. Devlet Sırrının Varlığından Hareketle Belge ve Delillerin Yargısal Mercilere Gönderilmemesi

Değinilmelidir ki kimi hâllerde, talep edilen belgelerin devlet sırrı, üstün kamu yararı ya da kamu güvenliği gibi gerekçelerle Mahkemeye ibraz edilmemesi olasılığı da pek tabii mümkündür. Lâkin bu gibi durumlarda davalı devletin eyleminin meşru görülebilmesi ancak, ortada gerçek ve ciddi bir sırrın bulunduğu inandırıcı bulgularla desteklenmesine bağlıdır. Dolayısıyla devletler, yalnızca iç hukuk kurallarına ve ulusal yargı mercileri kararlarına dayanarak yahut Strazburg organlarının belgelerin gizliliğini korumaya elverişli mekanizmalardan yoksun olduğu bahanesine sığınarak istenen bilgi, belge ya da delilleri Mahkemeye sunmaktan kaçınmazlar. Aksi takdirde, diğer yükümlülüklerine aykırılık hâllerinde olduğu gibi Mahkeme, Sözleşmecî devletin 38. madde hükümlerine aykırı davrandığı sonucuna varabilecektir¹¹¹.

Gizliliğin korunması ya da kamusal güvenliğin sağlanması benzeri maksatlarla talep edilen delil ve belgelerin taraf devletlerce kendisine sunulmaması durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ortada gerçek anlamda bir devlet sırrı yahut gizli bilgi olup olmadığı hususunu birtakım kıstaslar vasıtasıyla irdelemeye çalışmaktadır. Bu bakımdan, gizli bilginin taraf devletçe sunulmamasının bir kanuni dayanağı bulunup bulunmadığı, ortada bir kanuni dayanak olduğu takdirde ise kanun hükmünün mutlak bir yasak getirip getirmediği veya dayanak teşkil eden hükmün hukuki sınırlarının ne olduğu hususları, Mahkemece incelemeye tâbi tutulmaktadır. Benzer şekilde, gizli bilgi veya belgenin varlığının iddia edildiği durumlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, istihbarat servisleri ya da yüksek devlet organları haricindeki kişi veya kurumların söz konusu bilgiye vâkıf olup olmadıklarının da dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir¹¹².

¹¹⁰ Trubnikov v. Rusya, § 50-57; Benzer yönde bkz. Maslova and Nalbandov v. Rusya, § 129-131.

¹¹¹ ECHR, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 25; Husayn (Abu Zubaydah) v. Polonya, § 357-358; Al Nashiri v. Polonya, § 365-366; Nolan and K. v. Rusya, § 56.

¹¹² Janowiec ve diğerleri v. Rusya, § 205-206; Carter v. Rusya, § 93; Nolan and K. v. Rusya, § 56.

Ek olarak Strazburg Mahkemesi, ulusal güvenliklerine ilişkin taşıdıkları meşru kaygıların taraf devletlerin gizlilik iddialarını hukuken destekleme külfetlerinin önüne geçemeyeceğinin de peşinen altını çizmektedir¹¹³. Zira milli güvenlik açısından tehlike arz eden olaylar yaşanıyor olsa dâhi demokratik bir toplum düzeninde temel insan hakları üzerinde etki doğuran kamusal önlemler, hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince, önlemin gerekçesini ve meseleyle ilgili kanıtların hukuka uygunluğunu gözden geçirmeye yetkili, bağımsız bir yargı organı önünde, çelişmeli yargılama ilkesine de riayet edilerek hukuki denetime tâbi tutulmalıdır¹¹⁴.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Katyn Katliamı* olarak da bilinen, II. Dünya Savaşı sırasında *Joseph Stalin* önderliğindeki SSCB Hükümeti tarafından yaklaşık 22.000 Polonyalının toplu şekilde infaz edilmesini konu alan bir başvuruda, Rusya Federasyonunun Sözleşme'nin 38. maddesinde öngörülen yükümlülüklerle uygun hareket etmediğine kanaat getirmiştir. Başvuru konusu olayda, 1940 senesinde gerçekleşen menfur olayı kanıtlamaya elverişli olduğu öne sürülen belgeler, Rusya Hükümeti tarafından gizli bilgi niteliğini haiz olduğu iddiasıyla başvuruculara sunulmamış; söz konusu belgeleri temin edebilme amacıyla yoğun uğraşlar veren başvuranlar, iç hukuk yollarından da bekledikleri sonucu alamamıştır. Yaptığı değerlendirmede AİHM, belgelerin Rus Federal Güvenlik Servisi tarafından gizli belge olarak tasnif edilmesinin makul bir hukuki dayanağı bulunmadığının ve Güvenlik Servisince hazırlanan gizliliğe ilişkin bilirkişi raporunun mahkemelere sunulup sunulmadığının dâhi belli olmadığını altını çizmiştir. Dahası, gerek ilk derece gerek temyiz mahkemelerince verilen gizlilik kararının onaylanmasına ilişkin mahkeme kararları da yeterli gerekçeden yoksun gözükmektedir. Son olarak, olayın üzerinden yetmiş yıl geçmesine karşın meseleyle ilgili belge ve delillerin saklı kalmasının Rusya Federasyonunun ulusal güvenliğine ne gibi bir katkı sağlayacağını da belirtilmediğini ifade eden AİHM, 38. maddedeki mükellefiyetlerin ihlal edildiğine hükmetmiştir¹¹⁵.

¹¹³ Janowiec ve diğerleri v. Rusya, § 206; Benzer yönde bkz. Estemirova v. Rusya, § 76.

¹¹⁴ Janowiec ve diğerleri v. Rusya, § 213; Bu yönde bkz. Adzhigitova and others v. Rusya, § 158.

¹¹⁵ Janowiec ve diğerleri v. Rusya, § 214-216.

e. Kamusal Makamlarca Belge ve Delillere Erken Erişim Sağlanması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yolunun etkili biçimde kullanılabilmesi, hukuki sınırlar içerisinde kalmaları kaydıyla bireylerin Mahkeme ile rahatlıkla, serbestçe, zahmetsiz biçimde ve mahremiyetleri ihlal edilmeksizin iletişime geçebilmeleriyle mümkün hâle gelmektedir. Bundan ötürü, Strazburg Mahkemesi önündeki yargılamada hak ihlâli iddialarının yöneltileceği kamu otoritelerinin bireysel başvuru dilekçe ve dosyalarına yargılama safhasından evvel erişimleri yahut bunlara doğrudan veya dolaylı müdahalede bulunmaları, Sözleşme'nin 34. maddesinde korunan hakkın ihlâli sonucunu doğurabilecektir¹¹⁶. Zira bu gibi durumlarda, kamusal makamların baskılarından endişe duyan kişiler, ihlâl savlarını temellendirmede tereddüde düşebilecek ve isnatlarını diledikleri gibi somutlaştıramayacaklardır.

Bahse konu menfi duruma Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kimi kararlarında da rastlanmaktadır. Yeterli tıbbi yardım alamadığını iddia eden, hepatit ve tüberküloz da dâhil olmak üzere bir dizi hastalıktan mustarip bir hükümlünün geçici tedbirler alınması amacıyla, Strazburg Mahkemesine yaptığı başvuruda, söz konusu olgular rahatlıkla gözlemlenebilmektedir. Somut olayda başvuran, tedavisinin gereği gibi yapılabilmesi amacıyla, AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca hükümetin geçici önlemler almasını talep etmiş ve bu nedenle Mahkeme organları ile resmi yazışmalarda bulunmaya başlamıştır. Buna karşın, yazışma sürecinde cezaevi makamlarınca haberleşmenin gizliliğine önem verilmemiş, başvuranın AİHM'e gönderdiği hemen hemen her mektup açılarak yetkililerce okunmuştur. AİHM'e göre, Mahkemeden gelen veya Mahkemeye gönderilen mektupların açılması kuşkusuz, bunların okunma olasılığını doğuracak ve zaman zaman cezaevi personelinin başvurana karşı misilleme ve kötü muamele yapma riskini yaratabilecektir. Cezaevi idaresinin doğrudan veya dolaylı sansüre vücut veren bu tavırları, Mahkeme'ye göre 34. maddenin ihlal edildiği şeklinde yorumlanmaya oldukça müsaittir¹¹⁷.

¹¹⁶ Lambert Abdelgawad, "The Hindrances Relating to the Correspondence of Detainees with the European Court of Human Rights and Their Lawyers," 52-53; Bununla beraber, belirtmekte yarar vardır ki başvuranlarca Strazburg organlarına gönderilen başvuru formu ve belgelere kamusal makamlarca erişim sağlanması ve bunların okunması, genellikle 34. madde kapsamında ele alınmak yerine 8. maddede koruma altına alınan özel yaşama saygı hakkı bağlamında değerlendirmeye tâbi tutulmaktadır. Lambert Abdelgawad, "The Hindrances Relating to the Correspondence of Detainees with the European Court of Human Rights and Their Lawyers," 56-57.

¹¹⁷ Mechenkov v. Rusya, § 123-126; Benzer yönde bkz. Cotlet v. Romanya, § 65 vd.; Feilazoo v. Malta, § 119.

B. Temellendirilmeye Objektif Açıdan Elverişsiz Durumlar

Görüldüğü üzere kamusal makamlar, başvuruları türlü davranışlarla caydırmak ve korkutmak, yakınları ve hukuki temsilcileriyle görüşmekten başvuranları alıkoymak ya da hak ihlalinin tespitinde kritik rol üstlenen bilgi, belge ve delillerin yargısal organlara eksiksiz biçimde ve zamanında ulaşmasına mâni olmak gibi çeşitli eylemlerle, başvuranlarca temellendirilmiş bir başvuru yapılmasına engel olmaktadır. Bununla beraber, bireysel başvurulara görünürde temellendirilmemiş bir çehre kazandıran vaziyetlerin tümü, devlet organlarının hukuka aykırı eylem, işlem ya da davranışlardan ileri gelmemektedir. Bu sebeple, somut olayın kendine özgü şartlarından ötürü, nesnel bir bakış açısıyla hak ihlalinin temellendirilmeye uygun olmayacağına kanaat getirilebilen hâller, kanaatimizce, ayrı bir başlık altında değerlendirmeye tâbi olmayı gerektirmektedir.

Öğretide de haklı şekilde ileri sürüldüğü gibi, temellendirilmemiş şikâyet söz konusu olduğunda açıkça dayanaktan yoksunluğun mutlak surette katı bir biçimde yorumlanması, kimi hak ihlali başvurularının yargı mercilerince görmezden gelinmesine yol açabilecektir. Zira kamusal makamların hukuka aykırı fiillerinden söz etmeye olanak olmayan kimi durumlarda da temellendirilmiş bir başvuru ortaya koyulamaması her daim, başvuranların dikkatsiz ve ihmalkâr tavırlarından kaynaklanmayabilmektedir. Psikolojik taciz (mobbing), işkence ve kötü muamele ya da ayrımcılık yasağının ihlali gibi hukuksal açıdan temellendirilmeye pek de elverişli olmayan olaylar, bu durumun başlıca örneklerindedir. Bu nedenle hem hak ihlalinin somutlaştırılmaması hem de bilgi, belge ve delil sunulamamasından kaynaklanan görünürde temellendirilmemiş başvuru hâllerinde hak ihlalinin saptanmasında yargı organlarının aşırı şekilci ve katı yorumdan kaçınılması, büyük önem arz etmektedir¹¹⁸.

Nitekim bu durum, karısıyla yaptığı telefon görüşmesine, o sırada yanında bulunan oğlunun da dâhil olması sonucu, telekonferans yaptığından bahisle bir mahkûma disiplin cezası verilmesini konu alan bir bireysel başvuru dosyasından da rahatlıkla gözlemlenebilmektedir. Söz konusu başvuruda, hukuka aykırılığını ileri sürdüğü disiplin cezası nedeniyle maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğini öne süren başvurucunun bu iddiası, disiplin cezasının yarattığı fiziksel ve ruhsal

¹¹⁸ Küçük, "Açıkça Dayanaktan Yoksunluk," 193; Dursun, *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilmezlik Sebepleri*, 65.

etkilerin ortaya koyulmaması ile şikâyeti temellendirmeye elverişli argümanların somut delillerle beraber ileri sürülmemesinden ötürü Anayasa Mahkemesince açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur¹¹⁹. Karara muhalif üye *Engin Yıldırım* ise karşı oy yazısında, öncelikle verilen disiplin cezasının yerindeliliğine ve hukukiliğine ilişkin birtakım saptamalarda bulunmuş; sonrasında ise kamusal makamların hukuka aykırı müdahalelerinden bahsetmeye olanak olmayan durumlarda dahi somut olayın koşullarının hak ihlallerinin temellendirilememesine ne şekilde yol açtığını şu cümlelerle ifade etmiştir: “*Çoğunluğun, başvurucunun şikâyetlerini temellendirmediği, iddialarını destekleyici somut delilleri ortaya koyamadığı tespiti, cezaevinde olan ve bundan dolayı hürriyeti ve hakları sınırlandırılmış olan başvurucuya aşırı bir külfet yüklenmesi anlamına gelmektedir. Mevcut olayı dikkate aldığımızda başvurucudan iddialarını destekleyici ne tür somut delilleri başvurusunda sunması beklenirdi? Başvurucu, mesela, telefon görüşme kayıtlarını mı sunmalıydı? Ya da yaptığı telefon görüşmesinin cezaevi düzen ve asayişini bozmadığını mı göstermeliydi? Bunları nasıl yapacaktı? Görüldüğü gibi somut başvuru şartlarında başvurucunun temin etmesinin neredeyse imkânsız olduğu somut delilleri Mahkememize sunmasına beklemek gerçekçi değildir. Böyle bir yaklaşım, bireysel başvuru yoluyla hak aranmasını zedeleyici bir zeminin doğmasına neden olabilir.*”¹²⁰.

Kötü muamele, işkence, ayrımcılık yasağı ihlali ya da mobbing iddialarını konu alan bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesinin genel kanısının da esasen bu yönde olduğunu ifade etmek mümkündür. Örneğin Mahkeme bu bağlamda, işkence ve kötü muamele iddiaları gündeme geldiğinde etkili bir soruşturmanın yürütülebilmesi için kural olarak, bu iddiaların her türlü makul şüpheden uzak, uygun delillerle desteklenmesini şart koşsa da; bilhassa hükümlülük, tutukluluk veya gözaltı gibi içinde buldukları hassas ve zor durumlar dikkate alındığında bireylerin şikâyetlerini net biçimde temellendirme fırsatından uzak olabilecekleri ihtimalinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini açıkça belirtmektedir¹²¹. Öyle ki Mahkeme, konusunu bir hükümlünün idarece psikolojik baskıya uğratıldığı ve insanlık dışı uygulamalara maruz bırakıldığı iddiasının oluşturduğu bir başvuruda, “*Hükümlü ve tutukluların, cezaevinde*

¹¹⁹ Abdulkadir Tuncer, B. No. 2018/29608, 19.01.2022, § 31.

¹²⁰ Abdulkadir Tuncer, Üye Engin Yıldırım’ın Karşı Oy Yazısı, § 9.

¹²¹ C.D., B. No: 2013/394, 06.03.2014, § 28-30; Mehmet Kaya ve diğerleri, B. No: 2013/6979, 20.05.2015, § 56.

infaz koruma memurları tarafından kötü muameleye maruz bırakılmalarına dair iddialarına ilişkin olarak delil ortaya koymalarının zorluğu aşıkârdır. Özellikle cezaevindeki yaşamın her alanında infaz koruma memurlarının etkinliği gözetildiğinde hükümlü ve tutuklular için kötü muameleye maruz kaldıklarına dair iddiada bulunmanın güçlüğü daha fazla ortaya çıkacaktır.”¹²² ifadeleriyle bu duruma dikkat çekmiştir.

İçinde buldukları menfi koşullar nedeniyle temellendirilmiş bir başvuru yapmakta zorlanan başvuranlar söz konusu olduğunda genel kanısı bu yönde olsa da geçmişten bugüne kararlarına bakıldığında Anayasa Mahkemesinin meseleye ilişkin net bir tavır ortaya koyabildiğini söylemek pek de mümkün gözükmemektedir. Zira Mahkeme, kimi kararlarında kabul edilebilirlik kıstaslarını oldukça sert uygulayarak açıkça dayanaktan yoksunluğa kolaylıkla hükmedebilmekte; kimi kararlarında ise maruz kaldıkları menfi olguları somutlaştırmaları ve kanıtlamalarını başvuranlardan talep edebilmektedir. Bununla beraber, son dönemdeki kararlarına bakıldığında Mahkemenin ekseriyetle başvuranları koruyucu bir tutum benimsediğini ifade etmek, kanımızca, yerinde bir çıkarım olacaktır.

Tanık olduğu bazı idari işlemler aleyhine geçmişte Askeri Yüksek İdare Mahkemesine açtığı davalar nedeniyle, atama dönemi olmayan, olağandışı bir zaman diliminde atamasının yapıldığını öne süren bir astsubayın mobbing iddialarının Anayasa Mahkemesince ciddiye alınmaması, bilhassa bireysel başvuru prosedürünün uygulanmaya başladığı ilk yıllarda, açıkça dayanaktan yoksunluk kriterinin ne denli katı şekilde uygulandığını gözler önüne sermektedir. Somut olayda başvuran, bu yönde bir talebi bulunmaksızın Diyarbakır garnizonuna atanmasının cezalandırma kastı taşıdığını iddia etmiş; iddiasını kanıtlamak maksadıyla ise atamanın olağan atama dönemi olan mayıs ayı yerine eylül ayı içerisinde yapılması, atandığı yerde önceden altı yıl gibi uzun bir süre görev yapması, Diyarbakır ve Merzifon benzeri garnizonlara yapılacak ikinci atamalarda önceliğin asgari emeklilik süresine yaklaşan kişilere verilerek bu kimselerin emekliliğe zorlanması, kendisiyle aynı rütbe ve sınıfta bulunan diğer subaylara farklı atama prosedürlerinin uygulanması gibi sav ve olgular ileri sürmüştür. Ek olarak başvuran, eğitim öğretim yılı içerisinde yapılan atama neticesinde öğretmen olan eşi ve çocuklarından bir süre ayrı yaşamak zorunda olduğunu ve bunun sonucunda

¹²² Cengiz Çakır, B. No: 2013/7526, 20.11.2014, § 45; Benzer yönde bkz. Feride Kaya (2), B. No: 2016/13985, 09.06.2020, § 76; Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17.07.2014, § 99.

da aile birliğinin bozulduğunu açıkça belirtmiştir¹²³. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, üstünkörü bir değerlendirmeye ortaya koyduğu iddiaların ciddiyetini ve niteliğini dikkate almaksızın başvuranın iddiaları kanıtlanma yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucuna varmış ve açıkça dayanaktan yoksunluğa hükmetmiştir¹²⁴.

Bahsedildiği üzere Anayasa Mahkemesi, somut olayın şartları gereğince başvuru hak ihlali savlarını temellendirmede ciddi zorluklar yaşayabileceğini kabul ettiği kimi durumlarda ise bu kez, yaşandığı iddia edilen güçlüklerin somutlaştırılması ve kanıtlanmasını başvuru haklarından talep edebilmektedir. Nitekim, bulunduğu ceza infaz kurumunda koruma memurları tarafından çeşitli baskılara ve kötü müdahaleye maruz bırakıldığını öne süren başvuranın iddialarını yalnızca genel ve soyut ifadelerle açığa vurması ile yaşandığını ileri sürdüğü olaylara ilişkin herhangi bir somut bilgi vermeyerek şikâyetini yüzeysel beyanlarla geçiştirmesi, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun bulunmasında önemli rol oynamıştır¹²⁵. Benzer biçimde, kötü muamele ve işkence gibi temel hak ve özgürlük ihlali iddialarını temellendirmeye engel durumların olağan başvuru yollarında hiç dile getirilmeyip yalnızca Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürülmesi de kabul edilmezlik neticesine varılmasında etkili olabilmektedir¹²⁶.

Son dönemde verdiği bazı kararlarında ise Anayasa Mahkemesi, eylemin oluş şekli ve tarihine de ayrıntılı şekilde değinerek kötü muameleyle ilişkin şikâyetlerini detaylandıran lâkin ellerinde olmayan sebeplerle bu şikâyetlerini delillendirmede yetersiz kalan başvuranlara geniş bir hukuki koruma sağlama eğilimindedir¹²⁷. Nitekim Mahkeme, vakanın ne şekilde, hangi şartlarda ve ne zaman meydana geldiğini detaylara inerek açıklayan fakat kendilerine atfedilebilecek bir kusur olmaksızın meseleye dair delilleri elde edemeyen başvuranların ceza infaz görevlilerince kötü muameleyle maruz kaldıkları yönündeki iddialarını kabul edilebilir bulmuştur. Devletin denetim ve kontrolü altında tutulan başvuranların delil sunma imkânlarının son derece sınırlı olduğunun altını çizen AYM, yaralanmayı tespiti elverişli sağlık

¹²³ Kamil Çakır, B. No: 2013/997, 15.10.2014, § 14.

¹²⁴ Kamil Çakır, § 33 vd.

¹²⁵ Cengiz Çakır, § 45 vd; Benzer yönde bkz. Ali Uzun, B. No: 2019/4872, 16.11.2021, § 24-26.

¹²⁶ C.D., § 29-30.

¹²⁷ Deniz Şah (2), B. No: 2018/29836, 14.04.2022, § 31-32; Gökhan Gündüz (2), B. No: 2017/39507, 03.11.2020, § 43-44.

raporu, kamera kayıtları ve tanık beyanları gibi hak ihlalini delillendirmeye elverişli materyale erişimin kamusal makamlarca engellenmesinin kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlaline yol açtığını ifade etmiştir¹²⁸.

Ayrımcılık yasağı ihlali ya da psikolojik taciz ekseninde meydana gelen uyuşmazlıklarda uğranılan farklı muamelenin ya da hissedilen baskı ve mobbingin başvuranlarca kanıtlanmasının pek de olanaklı olmayışı, hukuka uygun ve hakkaniyetli bir çözüme ulaşmak amacıyla, yargı organlarını zorunlu olarak ispat külfetini mağdur ile fail (olduğu iddia edilen gerçek/tüzel kişi) arasında dağıtmaya itmiştir. Bu bakımdan örneğin ayrımcılık yasağı ihlalini konu alan davalarda, farklı muamelenin gerçekleştiği kanısını doğurabilecek nitelikte delil ya da olguların mağdurlarca sunulması neticesinde bir ayrımcılık karinesinin doğduğu kabul edilmekte; bu noktadan sonra ise ortada herhangi bir ayrımcılığın bulunmadığının fail tarafından ispat edilmesi gerekliliğine dikkat çekilmektedir¹²⁹. Lâkin bu durumda fail, mağdurun kendisini kıyasladığı diğer kişilerden nesnel bazı farklılıklara sahip olduğunu ya da ortada mağdur ile kıyaslanan diğer kişiler arasında farklı uygulamalara gidilmesini gerektiren hukuka uygun birtakım gerekçeler bulunduğunu kanıtlamak suretiyle bahse konu ayrımcılık karinesini elbette çürütebilecektir¹³⁰.

Ayrımcılık yasağına ilişkin sözü edilen karinenin uygulanmasına oldukça benzer bir yaklaşımın işyerinde psikolojik tacizin ele alındığı kimi bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesince de benimsendiği gözlemlenmektedir. Psikolojik tacizin varlığının ispatının hiç de kolay olmadığını farkında olan Mahkeme, işverenlerce mobbinge yol açan muamelelerin gerçekleştirildiğinin başvuranlarca hukuka uygun, her türlü delille ispatlanabileceğini kabul etmekte; psikolojik taciz iddialarında şüpheden uzak, kesin deliller aranmaması gerektiğinin ve başvuranlar tarafından kuşku uyandıracak

¹²⁸ Deniz Şah (2), § 33-37; Gökhan Gündüz (2), § 44-50.

¹²⁹ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) ve Council of Europe (CoE), *Handbook on European non-discrimination law*, 2018 Edition, 231-232; İdil Işıl Gül ve Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011), 23; Bu doğrultuda bkz. Z.A. [GK], B. No: 2013/2928, 18.10.2017, § 64; Cemal Duğan, B. No: 2014/19308, 15.02.2017, § 44; Ayla (Şenses) Kara, B. No: 2013/7063, 05.11.2015, § 46; D.H. and others v. Çek Cumhuriyeti, B. No. 57325/00, 13.11.2007, § 177.

¹³⁰ FRA - CoE, *Handbook on European non-discrimination law*, 236-237.

olguların ileri sürülmesinin ispat yükünün karşı tarafa geçmesi bakımından yeterli olduğunun açık biçimde altını çizmektedir¹³¹.

Hak ihlali iddiasının ispat külfetinin kamusal makamlar üzerine geçirilmesi ve yüklenmesine kötü muamele ve işkence iddialarını konu alan kimi Anayasa Mahkemesi kararlarında da rastlanmaktadır. Terör örgütüne yardım etme suçu işlediği iddiasıyla gözaltında tutulduğu esnada, jandarma görevlileri tarafından kötü muameleye maruz bırakıldığını öne süren ancak bu iddiasını şüpheye mahal vermeyecek biçimde temellendiremeyen başvuruçunun şikâyetinin Mahkemece açıkça dayanaktan yoksun bulunmaması, bu duruma güzel bir örnek teşkil etmektedir. Her ne kadar gözaltı süreciyle alakalı olarak başvuruçunun hakkında düzenlenen ilk sağlık raporlarında herhangi bir darp ve cebir izine rastlanmamış olsa da; bahse konu raporları düzenleyen hekimler hakkında muayene yapılmaksızın rapor hazırladıklarından bahisle görevi kötüye kullanma davası açılması ve sonraki tarihli sağlık tetkiklerinde başvuruçunun savlarını kanıtlar nitelikte bulgular yer alması, Mahkemeyi somut olayda yeterli delilin var olduğunu düşünmeye sevk etmiş ve ispat yükümlülüğünün artık devlet organları üzerinde olduğuna ikna etmiştir¹³².

Sonuç olarak, her ne kadar kötü muamele, işkence, ayrımcılık yasağı ihlali ve mobbing gibi temellendirilmesi objektif bakımdan meşakkatli meselelerde net bir tavır takındığını söylemek güç olsa da yakın dönemdeki kararlarından hareketle Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin sahip olduğu genel bir eğilimden bahsetmek herhalde mümkün olacaktır. Öyle ki kanıtlanması nesnel açıdan zor şikâyetler gündeme geldiğinde Mahkeme, hak ihlali iddiasının temelinde yer alan olay ile olguların yalnızca soyut ve genel ifadelerle açıklandığı ve ihlalin somutlaştırılmasına olanak tanıyacak ayrıntılı bilgilerin verilmediği başvuruları dikkate almamaktadır. Bununla beraber, söz konusu kategorideki şikâyetlere dayanak teşkil eden vakaların detaylara inilerek aydınlığa kavuşturulduğu; buna karşın, başvuruçulara yüklenemeyecek sebeplerle delillendirmede yetersiz kalındığı hâllerde ise Mahkemenin ihlal savlarının kabul edilebilirliğine karar verme eğiliminde olduğu söylenebilecektir. Kanaatimizce de bu durum, gerek Mahkemenin açıkça dayanaktan yoksunluğa dair temel içtihadıyla gerek yargılama esnasında Mahkemece gerekli görülen her türlü bilgi ve belgenin kamusal

¹³¹ Hüdayi Ercoşkun, B. No: 2013/6235, 10.03.2016, § 73-74.

¹³² Feride Kaya (2), § 73-75; Benzer yönde bkz. Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17.07.2014, § 100; Ayşe Adanalı, B. No: 2016/76401, 13.02.2020, § 73.

makamlardan ya da gerçek veya tüzel kişilerden talep edilebileceğinin düzenlendiği İçtüzük hükmüyle¹³³ büyük ölçüde paralellik göstermekte ve örtüşmektedir.

SONUÇ

Öne sürdükleri hak ihlali iddialarını kanıtlama külfet ve yükümlülüğü altında olmalarına rağmen başvuranların uğradıklarını iddia ettikleri temel hak ve özgürlük ihlallerini somut biçimde temellendirmedikleri ya da ihlale dayanak teşkil eden belge, bilgi veya delilleri yargısal mercilere tam ve eksiksiz biçimde sunmadıkları durumlarda temellendirilmemiş şikâyetten söz edilmektedir. Kasıtlı ya da ihmalkâr davranışlarla yahut bireysel başvuru müessesesinin olağanüstü niteliği göz ardı edilerek bahse konu başvuru yolunun kullanılması çoğu zaman, başvuru sahiplerinin açıkça dayanaktan yoksunluk kararıyla karşı karşıya kalmalarına sebebiyet vermektedir.

Bununla beraber, ihlal iddialarının somutlaştırılmadığı ya da iddiaya dayanak teşkil edebilecek bilgi, belge veya delillerin yargısal mercilere ibraz edilmediği her durum, başvurulara kusur atfedilmesine de elverişli değildir. Gerçekten de birçok hâlde başvuranlar, gereken tüm dikkat ve özeni göstermiş olmalarına karşın kendilerinden kaynaklanmayan birtakım sebeplerle ortaya temellendirilmiş bir başvuru koyma imkânından uzak kalmaktadırlar. Bu sebeplerin başında kuşkusuz, kamusal makamların hukuka aykırı davranış ve müdahaleleri gelmektedir.

Temellendirilmemiş başvuru hâllerinden farklı olarak, temellendirilememiş/görünürde temellendirilmemiş başvuruya vücut veren durumlarda, kamusal organların müdahaleleri oldukça değişik şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Bireysel başvuru yolunu kullanan kişiler ya da yakınlarının devlet görevlilerince ziyaret edilmesi, başvuranların hukuki temsilcileriyle irtibat kurmasına çeşitli yöntemlerle engel olunması yahut ihlal savına dayanak teşkil etmeye müsait belge ve delillerin devlet organlarınca, hukuka aykırı biçimde yargısal mercilere sunulmaması, bu müdahalelerin başlıcalarıdır. Bahse konu müdahalelerin yaşandığı ihtimallerde yargı

¹³³ AYM İçtüzüğü, madde 70/1: “Mahkeme, kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında yasama, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışır, bilgi ve belge ister, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi inceler, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu görevlileri ile ilgilileri çağırabilir, idare ve diğer tüzel kişilerden temsilci isteyebilir.”

organları, yüzeysel inceleme ve değerlendirmeler neticesinde açıkça dayanaktan yoksunluk sonucuna varmaktan kaçınmalı; kamusal otoritelerin hukuka aykırı davranışlarının bireylere yükletilmemesi gerektiği düşüncesi, gerek Anayasa Mahkemesi gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki yargılamalarda egemen olmalıdır.

Kamusal makamların hukuka aykırı fiillerinden söz etmeye olanak bulunmayan kimi hâllerde de görünürde ortaya çıkan temellendirilmemiş şikâyetlerin başvuranların kusurlu davranışlarından ileri gelmediği savı, rahatlıkla ileri sürülebilecektir. Psikolojik taciz, kötü muamele veya işkence gibi kanıtlanması ve temellendirilmesi objektif açıdan güç durumlar, bunun en tipik örneğidir. Tıpkı kamusal makamların hukuka aykırı muameleleri gündeme geldiğinde benimsedikleri tutum ve izledikleri yöntemlerde olduğu gibi, temellendirilmeye nesnel açıdan elverişsiz hâllerde de yargısal makamların yüzeysel değerlendirmelerde bulunmaktan ve aşırı şekilci yorumlar yapmaktan kendilerini alıkoymaları lâzım gelmektedir. Zira aksi yönde bir yaklaşım, yarattığı adalet anlayışından uzak ve hakkaniyetsiz neticeleriyle bireysel başvuru yolunun asıl maksadından uzaklaşmasına ve bireylere sağladığı koruma alanının azımsanamayacak ölçüde daralmasına neden olacaktır.

KAYNAKÇA

- Algan, Bülent. “Bireysel Başvurularda ‘Açıkça Dayanaktan Yoksunluk’ Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 2 (2014): 247-284.
- Doğru, Osman. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*. İstanbul: Legal, 2013.
- Döner, Ayhan, ve Çelik, Yeşim. “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları.” *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* C. 9, S. 1 (2016): 275-294.
- Dursun, Halil İbrahim. *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilmezlik Sebepleri*. Ankara: Seçkin, 2018.
- Efe, Metin. *Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları*. Ankara: Seçkin, 2016.
- European Court of Human Rights (ECHR). *Practical Guide On Admissibility Criteria*. 30.04.2022.
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) ve Council of Europe (CoE). *Handbook on European non-discrimination law*. 2018 Edition.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, 2. Baskı. Bursa: Ekin, 2020.
- Gül, İdil Işıl, ve Karan, Ulaş. *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Küçük, Salim. “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk.” içinde *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, ed. Hüseyin Turan ve Recep Kaplan, 39-58. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2015.
- Lambert Abdelgawad, Elisabeth. “The Hindrances Relating to the Correspondence of Detainees with the European Court of Human Rights and Their Lawyers.” içinde *Preventing and Sanctioning Hindrances to the Right of Individual Petition Before the European Court of Human Rights*, ed. Elisabeth Lambert Abdelgawad, 47-65. Cambridge: Intersentia, 2011.
- Şirin, Tolga. *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7. Ankara: 2018.
- Vural, Hasan Sayım. “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Bir Kabul Edilemezlik Sebebi Olarak Temellendirilmemiş Şikâyet ve Cemal Günsel Kararı Üzerine Bir İnceleme.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* Yıl 9, S. 18, (Aralık 2021): 457-487.
- Weber, Anne. “Preventing and Sanctioning Hindrances in Extradition and Expulsion Cases.”, içinde *Preventing and Sanctioning Hindrances to the Right of Individual Petition Before the European Court of Human Rights*, ed. Elisabeth Lambert Abdelgawad, 67-74. Cambridge: Intersentia, 2011.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Abdyusheva and others v. Rusya, B. No. 58502/11, 62964/10, 55683/13, 26.11.2019.

Adzhigitova and others v. Rusya, B. No. 40165/07, 2593/08, 22.06.2021.

Akdeniz and others v. Türkiye, B. No. 23954/94, 31.05.2001.

Akdivar and others v. Türkiye, B. No. 21893/93, 16.09.1996.

Akkum and others v. Türkiye, B. No. 21894/93, 24.03.2005.

Al Nashiri v. Polonya, B. No. 28761/11, 24.07.2014.

Alikhadzhiyeva v. Rusya, B. No. 68007/01, 05.07.2007.

Allen v. Birleşik Krallık, B. No. 25424/09, 12.07.2013.

Amat-G LTD and Mebagishvili v. Gürcistan, B. No. 2507/03, 27.09.2005.

Aoulmi v. Fransa, B. No. 50278/99, 17.01.2006.

Bazorkina v. Rusya, B. No. 69481/01, 27.07.2006.

Bagdonavicius and others v. Rusya, B. No. 19841/06, 11.10.2016.

Carter v. Rusya, B. No. 20914/07, 21.09.2021.

Colibaba v. Moldova, B. No. 29089/06, 23.10.2007.

Cotlet v. Romanya, B. No. 38565/97, 03.06.2003.

D.H. and others v. Çek Cumhuriyeti, B. No. 57325/00, 13.11.2007.

Davydov and others v. Rusya, B. No. 75947/11, 30.05.2017.

Dedovskiy and others v. Rusya, B. No. 7178/03, 15.05.2008.

Demiray v. Türkiye, B. No. 27308/95, 21.11.2000.

Denisov v. Ukrayna, B. No. 76639/11, 25.09.2018.

Denizci and others v. Kıbrıs, B. No. 25316/94, 23.05.2001.

Elçi v. Türkiye, B. No. 63129/15, 29.01.2019.

Enukidze and Girgvliani v. Gürcistan, B. No. 25091/07, 26.04.2011.

Estemirova v. Rusya, B. No. 42705/11, 31.08.2021.

Farzaliyev v. Azerbaycan, B. No. 29620/07, 28.05.2020.

Feilazoo v. Malta, B. No. 6865/19, 11.03.2021.

Hanan v. Almanya, B. No. 4871/16, 16.02.2021.

- Harkins v. Birleşik Krallık, B. No. 71537/14, 15.06.2017.
- Hilal Mammadov v. Azerbaycan, B. No. 81553/12, 04.02.2016.
- Husayn (Abu Zubaydah) v. Polonya, B. No. 7511/13, 24.07.2014.
- Ilaşcu and others v. Moldova/Rusya, B. No. 48787/99, 08.07.2004.
- Imakaieva v. Rusya, B. No. 7615/02, 09.11.2006.
- J.R. and others v. Yunanistan, B. No. 22696/16, 25.01.2018.
- Janowiec ve diğeri v. Rusya, B. No. 55508/07, 29520/09, 21.10.2013.
- Konstantin Markin v. Rusya, B. No. 30078/06, 22.03.2012.
- Kotilainen and others v. Finlandiya, B. No. 62439/12, 17.09.2020.
- Kreyndlin and others v. Rusya, B. No. 33470/18, 31.01.2023.
- Kurt v. Türkiye, B. No. 24276/94, 25.05.1998.
- Lopata v. Rusya, B. No. 72250/01, 13.07.2010.
- M.H. and others v. Hırvatistan, B. No. 15670/18, 43115/18, 18.11.2021.
- Makuchyan and Minasyan v. Azerbaycan/Macaristan, B. No. 17247/13, 26.05.2020.
- Mamatkulov and Askarov v. Türkiye, B. No. 46827/99, 46951/99, 04.02.2005.
- Maslova and Nalbandov v. Rusya, B. No. 839/02, 24.01.2008.
- Mechenkov v. Rusya, B. No. 35421/05, 07.02.2008.
- Miljević v. Hırvatistan, B. No. 68317/13, 25.06.2020.
- Murtazaliyeva v. Rusya, B. No. 36658/05, 18.12.2018.
- Musayev and others v. Rusya, B. No. 57941/00, 58699/00, 60403/00, 26.07.2007.
- Natsvlishvili and Togonidze v. Gürcistan, B. No. 9043/05, 29.04.2014.
- Nolan and K. v. Rusya, B. No. 2512/04, 12.02.2009.
- Novruk and others v. Rusya, B. No. 31039/11 ..., 15.03.2016.
- O.M. and D.S. v. Ukrayna, B. No. 18603/12, 15.09.2022.
- Olaechea Cahuas v. İspanya, B. No. 24668/03, 18.08.2006.
- Petra v. Romanya, B. No. 27273/95, 23.09.1998.
- Radomilja and others v. Hırvatistan, B. No. 37685/10, 22768/12, 20.03.2018.
- Ryabov v. Rusya, B. No. 3896/04, 31.01.2008.

Shamayev and others v. Gürcistan/Rusya, B. No. 36378/02, 12.04.2005.

Shirkhanyan v. Ermenistan, B. No. 54547/16, 22.02.2022.

Shtukaturov v. Rusya, B. No. 44009/05, 27.03.2008.

Sigurður Einarsson and others v. İzlanda, B. No. 39757/15, 04.06.2019.

Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romanya, B. 2330/09, 09.07.2013.

Sisojeva v. Litvanya, B. No. 60654/00, 15.01.2007.

Stapleton v. İrlanda, B. No. 56588/07, 04.05.2010.

Tahsin Acar v. Türkiye, B. No. 26307/95, 08.04.2004.

Tanış and others v. Türkiye, B. No. 65899/01, 02.08.2005.

Tarariyeva v. Rusya, B. No. 4353/03, 14.12.2006.

Trubnikov v. Rusya, B. No, 49790/99, 05.07.2005.

Ulemek v. Hırvatistan, B. No. 21613/16, 31.10.2019.

Valasinas v. Litvanya, B. No. 44558/98, 24.07.2001.

Xhoxhaj v. Arnavutluk, B. No. 15227/19, 09.02.2021.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Abdulkadir Tuncer, B. No. 2018/29608, 19.01.2022.

Ali Bozkurt, B. No: 2019/19367, 16.03.2022.

Ali Kara, B. No: 2018/3740, 09.06.2021.

Ali Uzun, B. No: 2019/4872, 16.11.2021.

Ayla (Şenses) Kara, B. No: 2013/7063, 05.11.2015.

Ayşe Adanalı, B. No: 2016/76401, 13.02.2020.

Azize Değer Kutlu ve Abdurrahman Zorlu, B. No: 2017/40087, 24.11.2021.

C.D., B. No: 2013/394, 06.03.2014.

Cemal Duğan, B. No: 2014/19308, 15.02.2017.

Cemal Günsel [GK], B. No: 2016/12900, 21.01.2021.

Cengiz Çakır, B. No: 2013/7526, 20.11.2014.

Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17.07.2014.

Deniz Şah (2), B. No: 2018/29836, 14.04.2022.

- Ekrem Yıldırım ve diğerleri, B. No: 2019/23908, 03.02.2022.
- Ercan Ekmekçi, B. No: 2017/20132, 15.12.2020.
- Ferhat Yildeniz, B. No: 2017/20129, 15.12.2020.
- Feride Kaya (2), B. No: 2016/13985, 09.06.2020.
- Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri, B. No: 2016/39759, 30.03.2022.
- Fulpet Akaryakıt Tic. ve San. Ltd. Şti., B. No: 2013/1834, 25.02.2015.
- G.G., B. No: 2014/10349, 09.11.2017.
- Gökhan Gündüz (2), B. No: 2017/39507, 03.11.2020.
- Hamdullah Demirtaş, B. No: 2013/3552, 15.12.2015.
- Hasan Mutlu, B. No: 2018/22691, 30.06.2021.
- Hüdayi Ercoşkun, B. No: 2013/6235, 10.03.2016.
- Kadri Kaçağan, B. No: 2019/17353, 12.01.2022.
- Kağan Danışan, B. No: 2019/22114, 27.07.2022.
- Kamil Çakır, B. No: 2013/997, 15.10.2014.
- Latif Oygür, B. No: 2015/6244, 07.03.2018.
- Mehmet Girasun ve Ömer Elçi [GK], B. No: 2015/15266, 17.06.2021.
- Mehmet Kaya ve diğerleri, B. No: 2013/6979, 20.05.2015.
- Muhammet Fatih Berber, B. No: 2018/13628, 11.05.2022.
- Mustafa Akaydın, B. No: 2015/14800, 08.01.2020.
- Nevzat Albayrak ve diğerleri, B. No: 2013/9822, 22.06.2015.
- Ramazan Özlü, B. No: 2013/4187, 30.06.2014.
- Sabah Yıldızı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi [GK], B. No: 2014/12727, 25.05.2017 (*Sabah Yıldızı*).
- Sadi Yaman, B. No: 2019/24225, 02.02.2022.
- Sadullah Remzi Karagöz, B. No: 2014/8870, 08.06.2016.
- Sherapat Yagmyrova, B. No: 2017/11905, 21.07.2020.
- Sıddıka Altınkaya, B. No: 2019/2596, 17.11.2021.
- Sinan Oğan, B. No: 2017/32685, 02.06.2020.
- Sümbülefendi İlim ve Kültür Hizmet Derneği, B. No: 2019/16601, 12.01.2022.

Ufuk Rifat Çobanoğlu, B. No: 2014/6971, 01.02.2017.

Veli Özdemir, B. No: 2013/276, 09.01.2014.

Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, B. No: 2016/5604, 24.05.2018.

Z.A. [GK], B. No: 2013/2928, 18.10.2017.

Zübeyit Kaya, B. No: 2013/7674, 21.05.2015.

**ULUSLARARASI KIZILHAÇ KOMİTESİ'NİN
ULUSLARARASI İNSANCIL ÖRF VE ADET HUKUKU
KURALLARININ TÜRKÇE'YE YENİDEN YORUMU
(ÇEVİRİSİ)**

*Reinterpretation (Translation) of the Customary Rules of International
Humanitarian Law by the International Committee of the Red Cross to
Turkish*

Erkan AKDOĞAN*

ÖZ

Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin uluslararası insancıl hukukun örf ve adet hukuku kurallarının neler olduğunu ve kuralların gerekçelerini açıklayan çalışması, bunlara paralel olarak, yayımlandığı günden bu yana hem hukukun ne olduğunu bildiren hem de yerine göre hukukun nasıl gelişebileceğine işaret eden benzersiz bir işlev görüyor. Bu benzersiz işleve karşılık olarak çalışmanın parçası olan Kuralların, aralarında Türkçesinin de bulunduğu farklı dillere çevrildiğini görüyoruz. Bu yazıda, Kuralların Türkçe çevirilerinde genel uluslararası hukuka, uluslararası insancıl hukuka ve Komite'ye yönelik olarak yaklaşımımız doğrultusunda, zaman içinde karşılaştığımız kusurları elden geldiğince gidermeye ve anılan çevirileri telif etmeye yönelik çabamızın ürünü olarak Kuralların yeniden yorumunu sunuyoruz. En aşağıda satırlarını okuyacağınız Türkçe'ye yeniden yorum (çeviri); bu çabamızın ürünü olarak, Türkiye'de nitelik ve nicelik olarak artış gösteren uluslararası hukuk ve uluslararası insancıl hukuk doktrinine katkı sağlamak amacı taşıyor. Buna bağlı olarak, aşağıda önce, benimsediğimiz yaklaşım somutlaştırılacak; ardından, izlediğimiz yöntemi ve yöntemin somut sonuçları ve son olarak da Kuralların Türkçe'ye yeniden yorum (çeviri) metni paylaşılacaktır.

Makalenin Geliş Tarihi: 30.08.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 08.09..2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: eakdogan@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9840-9557.

Atıfta bulunulan uluslararası anlaşmaların resmi Türkçe çevirilerine Kaynakça'da yer verilmemiştir.

Anahtar kelimeler: Genel uluslararası hukuk, uluslararası insancıl hukuk, uluslararası örf ve adet hukuku, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, uluslararası hukukta yorum ve çeviri

ABSTRACT

The Customary International Humanitarian Law Study of the International Committee of the Red Cross that provides both what customary international humanitarian law is and what its justifications are, is vested with a unique function in parallel, which entails both informing what law is and pointing at how it may progress, as the case may be. In correlation to this unique function, it is observed that Rules within the Study are translated to different languages, including but not limited to Turkish. In this piece, the author presents yet another full text of the Rules, reinterpreted from the perspective of his approach to general international law, international humanitarian law and the ICRC, in order to correct errors encountered throughout the time, and to synthesize the mentioned Turkish translations, as far as possible. The text produced below represents the culmination of the efforts of the author, and purports to contribute to the ever-growing literature, in quality and in quantity, on international legal and international humanitarian law scholarship in Turkey. Connectedly, it is purported, first, to concretize our approach, then, to delineate the method adopted and its concrete results, and finally, to share the full text of the reinterpretation of the Rules.

Keywords: General international law, international humanitarian law, customary international law, International Committee of the Red Cross, translation and interpretation in international law

GİRİŞ

Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin uluslararası insancıl hukukun örf ve adet hukuku kurallarının neler olduğunu ve kuralların gerekçelerini açıklayan iddialı çalışması¹; uygulamada, özellikle yabancı literatürde, kendine özgü, hayli etkin ve

¹ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules (Cambridge: ICRC, Cambridge University Press, 2005) ve (iki ayrı bölüm halinde yayınlanan) Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. II: Practice – Part 1, Part 2 (Cambridge: ICRC, Cambridge University Press, 2005). Kuralların listesi için bkz. Jean-Marie Henckaerts, “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect

sıkça atıf alan, “neredeysse asli” veya “yarı-asli” şekli kaynak konumuna sahip bulunuyor². Aşağıda yerine göre değinilecek olan aksi görüşlerin varlığına rağmen, çalışmanın, yayınlandığı 2005 yılından beri uluslararası insancıl hukukun şekli (formel) kaynakları içindeki işlevini yadsımak olanaksız. Fakat içeriği, konusu ve kapsamı şüpheli olan uluslararası örf ve adet hukukunu ve onun nasıl anlaşılması gerektiğini bildiren, şeklen “tali” kaynak olan çalışmanın iddiası; aynı zamanda, sadece Uluslararası Kızılay ve Kızılhaç Hareketi içindeki konumunu değil, Komite'nin uluslararası insancıl hukuk yönünden üstlendiği benzersiz işlevi³ de yansıtıyor. Bahse konu benzersiz işlevi, (doktrin de dahil) uygulamada, asli veya tali ama şekli kaynakların tasnifinin önemini, yazısız olan (örneğin konusu, kapsamı, yorumu ve uygulaması türlü tereddütleri barındıran ayırt etme ilkesi) aleyhine, yazılı olan lehine yitirmesiyle de açıklayabiliriz⁴. 161 kural (birlikte

for the rule of law in armed conflict,” *International Review of the Red Cross* 87 (2005): 198-212.

² Marko Milanovic, and Sandesh Sivakumaran, “Assessing the authority of the ICRC Customary IHL Study: How does IHL develop?,” *International Review of the Red Cross* 104 (2022): 1893-7.

³ Merkezi İsviçre’de, İsviçre Hukukuna göre dernek statüsünde kurulmuş olan, devletler arasında akdedilen uluslararası insancıl hukuk anlaşmalarıyla devletler tarafından kendisine verilen yetkilere dayanarak faaliyet gösteren ama hükümet dışı örgüt niteliği taşımayan Komite, örn. konuyu farklı bağlamlarda değerlendiren Uluslararası Hukuk Komisyonu’na göre, en iyi ihtimalle devletler ve uluslararası örgütler haricinde sujelerden sayılabilir, karşı. ILC, Report of the International Law Commission on the work of its thirty-fourth session (3 May – 23 July 1982), UN Doc. A/37/10, p. 22, ¶ 1 ve ILC, Report of the International Law Commission on the work of its twenty-fourth session (2 May – 7 July 1972), UN Doc. A/8710/Rev.1, p. 314, ¶ 14. Kanaatimizce, bugün artık klasikleşmiş yorumu, yani devlet ve her biri ayrı tüzel kişi olan Hareket ve bileşenlerinin temsilcilerinin katıldığı Cenevre Konferanslarında devletlerin üstü örtülü biçimde Komite’ye uluslararası kişilik tanıdığı görüşü içinse bkz. François Bugnion, “Le droit de la Croix-Rouge,” *Revue internationale de la Croix-Rouge* 77 (1995): 546. Uygulamada; Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi, Savcılığın tanıdığı olan Komite çalışmasının dinlenilmesini engellemek isteyen Komite’nin iddiasını değerlendirirken, mevzu uluslararası insancıl hukuk uyarınca resmi görevleri bulunan Komite’nin işlevsel açıdan uluslararası hukuki kişiliğe sahip olduğuna (ve Savcılığın talebinin reddine) hükmetmiştir, bkz. *Prosecutor v. Simic et al.*, Case No. IT-95-9-PT, Ex Parte Confidential Decision on the Prosecution’s Motion under Rule 73 for a Ruling concerning the Testimony of a Witness (Int’l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia, July 27, 1999), ¶ 46.

⁴ Uluslararası hukuk uygulayıcılarının genel olarak anılan eğilime sahip olduğu yönünde bkz. Yuval Shany, “Sources and the Enforcement of International Law: What Norms Do International Law-Enforcement Bodies Actually Invoke?,” in *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, ed. Samantha Besson, and Jean d’Aspremont (Oxford: Oxford

“Kurallar”, ayrı ayrı “Kural”) ve Kuralların ayrılmaz parçası olan gerekçe (“Gerekçe”), uygulamaya ilişkin yönü sürekli, çevrimiçi güncellenerek⁵ kanaatimizce bugün bu son özelliği itibariyle, kendi başına, kendine ait “yaşayan hukuk”u (lebendes Recht) yansıtır hale sahip hale gelmiş bulunuyor. Aynı doğrultuda, zamanla, Kuralların farklı dillerde çevirileri yayınlandığını, çevirilerden bazılarının güncellendiğini görüyoruz⁶.

Çeviriler arasında, çalışmanın özgün, basılı halinin Kuralları ve Gerekçeyi içeren ilk cildinin Komite tarafından benimsenen Türkçesi de vardır⁷. Ayrıca, tespit edebildiğimiz kadarıyla, Türk doktrininde uluslararası hukukun bilgi kaynakları arasında yer alan derlemeler içerisinde de Kuralların metnine yer verildiğini anmalıyız⁸.

En aşağıda satırlarını okuyacağınız Türkçe’ye yeniden yorum (çeviri); genel uluslararası hukuka, uluslararası insancıl hukuka ve Komite’ye yönelik olarak yaklaşımımız doğrultusunda, Kuralların Türkçe çevirilerinde karşılaştığımız kusurları elden geldiğince gidermeye ve anılanları telif etmeye yönelik çabamızın ürünü olarak, başta, Fakültemizde seçimlik ders olarak verilen uluslararası insancıl hukuk dersini alan öğrencilerimize, nitelik ve nicelik olarak artış gösteren uluslararası hukuk ve uluslararası insancıl hukuk doktrinine katkı sağlamak amacı taşıyor.

University Press, 2017), 808. Kanaatimizce, buradaki uygulayıcı ifadesi, en geniş anlamda, örneğin Kuralların okurunu da kapsayacak şekilde kavranabilir.

⁵ ICRC, Customary IHL Database, <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl>> (30.08.2023); ICRC, Practice, <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2>> (30.08.2023).

⁶ ICRC, Study on customary international humanitarian law: all language versions of the summary article and list of rules, <<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/customary-law-translations.htm>> (30.08.2023).

⁷ Jean-Marie Henckaerts, Uluslararası İnsancıl Hukukta Örf Adet Hukuku İncelemesi, <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/tur-irrc_857_henckaerts.pdf> (30.08.2023). Gerekçe ile yayınlanan ilk cilt için bkz. Jean-Marie Henckaerts, and Louise Doswald-Beck, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar, çev. A. Emre Öktem, Melike Batur Yamaner, Dolunay Özbek, Bleda R. Kurtarcan, Mehmet Cengiz Uzun, Abdullah Kaya (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2005).

⁸ Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk, ed. Reşat Volkan Günel (İstanbul: Beta, 2013), 527-38; karşı Henckaerts, İnceleme, s. 28-40 (açık erişim olarak Komite tarafından paylaşılan metin olduğu anlaşılmaktadır).

Bahsi geçen samimi ve alçakgönüllü katkının parçası olarak önce, en aşağıda yer alan metne içkin, benimsediğimiz yaklaşımı somutlaştırmayı; ardından, izlediğimiz yöntemi ve yöntemin somut sonuçlarını; son olarak da bütün sorumluluğu okuduğunuz satırların yazarına ait olmak üzere, Kuralların Türkçe'ye yeniden yorumunun (çevirisinin) metnini okuyucuyla paylaşmak isteriz.

I. GEREKÇE

Bahsi geçen Türkçe çevirilere rağmen neden yeniden yoruma (çeviriye) ihtiyaç duyduğumuza ilişkin genel yaklaşımımızı özetlemekte yarar görüyoruz. Zira bir kere her çeviri, fikri bir faaliyet olarak, özünde, özgün dil veya dillerinden başka bir dilde o özgün dil veya dillerdeki metnin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin yaklaşımı yansıtan yorumu içerir.

Kanaatimizce; etkileri, özünde Avrupa menşeli olan uluslararası hukukun, 12.-17. yüzyıllarda Rönesans, Reform ve Karşı-Reform veya 15.-17. yüzyıllarda Coğrafi Keşifler neticesinde yaşanan dönüşüm sonucunda ortaya çıkışına kadar götürülebilirse de bağlayıcılığının dayanağı (mesnedi, maddi kaynak), bağlayıcı olanın ne olduğu (şekli kaynak) ve uygulamada nasıl karşımıza çıktığı bir diğeriyle ilişkili ama farklı sorunlar olarak kavranabilir. Coğrafi Keşifler'den beri dünya üzerinde, evrensel, kendiliğinden geçerli, normatif bir düzen olmadığına göre, bağlayıcılığın dayanağına ilişkin soru karşısında; Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi bağlamında, uluslararası hukukun asli şekli (formel) kaynakları olan uluslararası andlaşmalar, uluslararası örf ve adet hukuku ve hukukun genel ilkeleri ve tali şekli kaynaklarını oluşturan yargı kararları ve doktrin, kendi içinde de ilk olarak sayılardan sonunculara doğru, belirleyici hale gelmiştir. Öte yandan, evrensel uluslararası örgütlenme ve uluslararası hukuki uyumsuzlukların yargısal çözümüyle bağlantılı olarak; özellikle Birleşmiş Milletler'in ortaya çıkışından itibaren, devletler ve kabule göre uluslararası hukukun diğer sujeleri, uluslararası yargı ve doktrinden (literatürden) oluşan uluslararası hukuk uygulaması, bu defa dayanağı bağlayıcı olana dönüştürmek yerine bağlayıcı olanı, uluslararası yükümlülük kavramı aracılığıyla dönüştürmektedir.

Yukarıdaki bağlamda anlaşıldığında, uluslararası insancıl hukuk 19. yüzyılın ikinci yarısında kodifiye edildiği (kurallaştığı) ve kodifikasyon (tedvin, kuralkoyma) faaliyetlerinin sonuçları olan andlaşmaların zaman içinde (gözden geçirilmesi değil) revizyonu ve üst üste eklenmesi ile, her ne kadar doğrusal biçimde olmasa da geliştiği ölçüde; farklı araçlar ile söz konusu andlaşmalara içkin veya o andlaşmaların birlikte yorumundan doğan ama onlardan ayrı varlığa sahip

olan uluslararası insancıl örf ve adet hukukunun, uluslararası insancıl hukuk ilkeleriyle birlikte dünya üzerinde, evrensel, kendiliğinden geçerli, normatif düzenin olmayışının fark edilmesinin yarattığı boşluğun giderilmesine yaradığını ve her ikisi aracılığıyla, uluslararası uygulamada buna çaba harcadığını görüyoruz. Söz konusu çabanın, en azından, (i) uluslararası insancıl hukukun bireyler tarafından ciddi ihlallerinden (geniş anlamda savaş suçları) doğan bireysel cezai sorumluluğu esas alan uluslararası ceza hukukuna ilişkin kuralkoyma faaliyetlerine, (ii) çatışma veya işgal hallerinde, uluslararası insancıl hukuk dışında uluslararası hukuk alanlarının (örneğin uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası çevre hukuku) uygulanabilir nitelik taşıdığına ve yorumuna ilişkin faaliyetlere veya (iii) devlet-dışı örgütlü, silahlı gruplara uygulanabilir uluslararası hukuk ilke ve kurallarının varlığı, tespiti ve yorumuna ilişkin faaliyetlere ilişkin, farklı düzeylerde, farklı yönleri olduğuna işaret etmekle yetinelim. Sözü geçen yönlerin ve genel olarak anılan çabanın nedenleri farklı şekillerde açıklanabilir. Anılan çabanın sonuçlarının, uygulamadaki görünümleri esas alındığında; uluslararası insancıl hukuk andlaşmalarının verdiği görev ve yetkileri olan Komite'nin uluslararası insancıl örf ve adet hukukuna yönelik olarak ortaya koyduğu Kurallar, gerekçesi ve güncellenen uygulamadan oluşan yönleriyle de karşımıza çıktığını görüyoruz. Fakat Komite'nin çalışmasını; menfaati ondan etkilenen, çatışma tarafı olabilecek devletlerin ve devlet-dışı örgütlü, silahlı grupların hemen tamamını temsil edecek sayıda devletin veya anılan nitelikte grubun, hukuki olduğu inancıyla istikrarlı biçimde uygulayageldiğini ve uygulamasını yansıttığını aynı rahatlıkla söyleyemiyoruz⁹.

Uluslararası insancıl hukuk, (silahlı) çatışma (veya işgal) mağdurlarının himayesine ve savaş araç ve yöntemlerine ilişkin uluslararası hukuk ilke ve kurallarının bütününe ifade eder. Bu itibarla, kanaatimizce, insaniyet (insancılık)

⁹ Örn. ABD Dışişleri ve Savunma Bakanlıklarının hukuk müşavirlerinin 2006 yılında Komite'ye ilettiği ortak itiraz ve gerekçeleri için bkz. John Bellinger III, and William J. Haynes, "Letter," ILM 46 (2007): 514-531; US Department of State Office of the Legal Adviser, Digest of US Practice in International Law, ed. Sally J. Cummins (Washington DC, Oxford: International Law Institute, Oxford University Press, 2006), 1069-85. Komite adına verilen yanıt için bkz. Jean-Marie Henckaerts, "Response," ILM 46 (2007): 959-968. Çalışma hak. farklı yorumlar üzerinde fikir sahibi olmak için, diğerleri yanında, 2005-2006 yıllarında yayınlanan "Journal of Conflict & Security Law" veya "US Naval War College International Law Studies" gibi dergilerin ilgili sayılarına bakılabilir. En derli toplu eser için bkz. Elizabeth Wilmshurst, and Susan Breau, eds., Perspectives on the ICR Study on Customary International Humanitarian Law (Cambridge, New York NY: BIICL, Chatham House, Cambridge University Press, 2007). Çalışmaya yönelik farklı yorum, teyit, eleştiri ve itirazların genel tahlili hak. bkz. Milanovic, and Sivakumar, "Assessing the authority," 1869-93.

ilkesi bağlamında konu ve gayesi, özünde, bireyin ve bu bağlamda belirli kişilerin, malların ve faaliyetlerin silahlı çatışma ve işgal hallerinde çatışan taraflarca himayesi olduğuna göre; uluslararası insancıl hukukun, mümkün olan en geniş himayeyi sağlamak gayesi doğrultusunda yorumu gerekir. Öte yandan; uluslararası insancıl hukukun, genel uluslararası hukuk ile silahlı çatışma ve işgal hallerinde uygulanabilir nitelikte diğer uluslararası hukuk ilke ve kurallarıyla birlikte anlaşılması, bahsi geçen konu ve gaye ile uluslararası hukukun diğer alanlarına nazaran kendine özgü niteliğinin kavranması açısından faydalıdır. Buna göre, Kuralların yorumunda; anılan kayıtların getirdiği zorluğa rağmen, genel uluslararası hukuk ve uluslararası hukukun uygulanabilir diğer ilke ve kuralları gözetilmelidir. Zorlukları pekiştiren diğer husus şudur: Çalışmayı Türkçe'ye yeniden yorumlarken bir yandan İngilizce, Fransızca ve çevrildiği diller bağlamında, öte yandan ülkemizde hukukun, özellikle uluslararası (insancıl) hukukun nasıl kavrandığını gösteren terim ve kavramları¹⁰ karşılaştırmalı olarak incelemelidir. En aşağıda satırlarını okuyacağımız metin, ana hatları böylece özetlenebilecek yoğun bir fikri faaliyetin ürünüdür.

¹⁰ Bahse konu terim ve kavramlar açısından başvurduğumuz ana kaynak, Türk Hukuk Lugatı'dır, bkz. Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lugatı, 4. Baskı (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998). Kanaatimizce, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insancıl hukuk andlaşmaları ve ilgili diğer andlaşmalar yönünden başlıca kaynak ise dili bugünden bakıldığında ağır görünmekle birlikte temel kavramların veya kayıtların önemli bir bölümünü berrak bir şekilde ifade eden 1949 Cenevre Sözleşmelerinin (I ila IV) resmi çevirisidir, sırasıyla bkz. RG, 30.01.1953, S. 8322, s. 5374, 5380, 5387, 5407. Terim ve kavramların karşılıklarında bize göre referans niteliği taşıyan ve 1965'ten önce yayımlandığı için halen güncellenmeyi bekleyen eser için bkz. Türk Kızılay Demeği, Kızılay ve Kızılhaç'ın Milletlerarası Kaynakları: Sözleşmeler-Tüzükler-Kararlar (Ankara: Türk Kızılay Demeği, 1964). Türkiye'nin, başta 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 Protokolleri (birlikte "1977 Ek Protokoller", ayrı ayrı "1977 Ek Protokol I" ve "1977 Ek Protokol II") olmak üzere belli başlı uluslararası insancıl hukuk andlaşmalarına veya ilgili diğer uluslararası andlaşmalara, örn. bireysel cezai sorumluluğa ilişkin olarak Roma Statüsü'ne taraf olmadığından, önemli bir engelle karşılaştığı açıktır. Anılan engeli aşmak ve yerine göre resmi çevirilerle karşılaştırmak amacıyla başvurduğumuz gayriresmi çeviriler için bkz. Melike Batur Yamaner, A. Emre Öktem, Bleda Kurtdarcan, Mehmet C. Uzun, editörler, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ICRC, [2009]); T.C. Genelkurmay Başkanlığı, Silahlı Çatışma Hukuku ile İlgili Uluslararası Hukuk Metinleri, Cilt I (Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2010) ve T.C. Genelkurmay Başkanlığı, Silahlı Çatışma Hukuku ile İlgili Uluslararası Hukuk Metinleri, Cilt II (Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2010).

II. YÖNTEM

Kapsamı, iddiası ve sonuçları ile birlikte düşünüldüğünde genel olarak örneğin Kuralların planı, Kurallarda benimsenen yaklaşım ve her bir Kuralın yeniden yorumunda yaptığımız tercihlerin her birini teker teker açıklamak, satırlarını okuduğunuz bu yazının sınırlarını aşılırsa da çalışma bağlamında, bir örneği (Kural 6) ele alarak anılan hususları somutlaştırabileceğimizi düşünüyoruz.

Ayırt etme ilkesini, sivil kişiler ve halkı içerecek, en kapsamlı şekilde ele alan Kural 6'nın İngilizce, Fransızca metinleri ve Almanca, Arapça, Rusça çevirileri, özünde, 1977 Ek Protokol I'in 51. maddesinin 3. fıkrasına, 1977 Ek Protokol II'nin 13. maddesinin 3. fıkrasına dayalıdır¹¹. Fakat 1977 Ek Protokollerin bir diğerinin, Ek Protokollerin kaleme alınışından kaynaklanan ufak bir farkla ("*section*" ve "*part*") aynı olan ilgili hükümlerinin gayriresmi çevirilerinin kendi arasında¹² ve anılanlarla Kuralların Türkçe çevirileri arasında¹³, Kural'ın yorumunu ilgilendiren birtakım farklar vardır. En aşağıda satırlarını okuyacağınız yeniden yorumda; kanaatimizce, "çatışma", "saldırı", "himaye" ve himayenin olumsuz iki koşulu Türkçe'ye daha uygun ve Kuralların diğer hükümleri eşliğinde okunduğunda, daha veciz, anlaşılır biçimde ifade edilmiştir. Zira örneğin, "koruma" diğer dillerdeki muadili kavramlarla birlikte incelendiğinde "muhafaza" kavramına karşılık gelir. Halbuki Kural 6 ve başlıca dayanağını oluşturan uluslararası andlaşmaların ilgili hükümlerinde benimsenen kavramın ("*protection*") Türkçe'ye daha uygun olan karşılığı, hukuken yerine göre "korunanın" hak ve menfaatlerini gözeterek iş, işlem ve eylemde bulunmayı da içeren "himaye"dir¹⁴. Anılan yönden, 1949 Cenevre

¹¹ ICRC, Practice (Rule 6).

¹² karşı. Yamaner, Ötem, Kurtarcan ve Uzun, Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 213 (m. 51/3: "Siviller, muhasamatta doğrudan yer almadıkları sürece bu bölüm ile sağlanan korumadan yararlanacaklardır"), 273 (m. 13/3: "Siviller, doğrudan düşmanlıklara katıldıkları süre dışında bu bölümde sağlanan korumadan yararlanırlar") ve Genelkurmay, Silahlı Çatışma Hukuku I, s. 768 (m. 51/3: "Siviller, çatışmalara doğrudan katılmadıkça ve bu süre içerisinde, bu bölüm ile sağlanan korumadan istifade edeceklerdir"), 856 (m. 13/3: "Siviller, çatışmalara doğrudan katılmadıkça ve bu durumları devam ettiği sürece, bu bölümde sağlanan korumadan yararlanacaklardır").

¹³ karşı. Öktem, Yamaner, Özbek, Kurtarcan, Uzun ve Kaya, Kurallar, s. 21 ("Siviller, muhasamata doğrudan katılmaları durumu hariç, saldırılara karşı koruma altındadır") ve Henckaerts, İnceleme, s. 28 ("Siviller, çatışmaya doğrudan katılmadıkları sürece, saldırılara karşı koruma altındadır").

¹⁴ Bu itibarla, Türk doktrinde genel uluslararası hukukta, örn. "diplomatik koruma" yerine "diplomatik himaye" kavramının kullanımı, kavramın anlamını ifade etmesi açısından daha yerindedir. Zira kanaatimizce, anılan hukuki kurum aracılığıyla bir devlet, uyruğunun maruz

Sözleşmelerinin resmi Türkçe çevirilerini kaleme alanların benimsediği ifade tarzının dahi tutarlı olmadığını belirtmemiz gerekir¹⁵. Bu yazının sonunda okuyucuyla paylaşılan yeniden yorum metni, yukarıda ele alınana benzer pek çok tercihi, terimleri ve anlamlarını Komite'nin çalışmasındaki özene en yakın anlamlı ifadeyi karşılamak üzere yansıtacak şekilde oluşturulmuştur.

Uluslararası insancıl örf ve adet hukukunu bütünüyle yansıtmaya iddiası taşımadığı akılda tutularak, metni daha aşağıda paylaşılan yeniden yorumun, (i) somut bir silahlı çatışma veya işgal halinde, çatışan taraflarca uluslararası hukuken bağlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilemeyebileceği, (ii) bazılarının tedrici veya ideal hukuk niteliği taşıdığı veya (iii) uluslararası insancıl hukukun mümkün olan en geniş himayeyi sağlaması hedeflenerek hazırlandığı unutulmamalıdır. Bu itibarla, uluslararası insancıl hukuk alanında, aynı zamanda uluslararası insancıl hukukun getirdiği örfi ve ahdi bir yükümlülük olan öğrenim faaliyetleri için de böylesi yeniden yorumun değeri küçümsenmemelidir (Kurallar 142, 143). Öyle ki örneğin, uluslararası insancıl hukukun kişi, yer, konu ve zaman açısından uygulanabilirliği ve uygulanmasına (ona riayet edilmesine ve ettirilmesine) ilişkin hususlar akılda tutulmak kaydıyla; Komite'nin uluslararası insancıl hukuk yönünden benzersiz konumunu ve işlevini esas alan, çatışma mağdurlarının kişi, mal ve faaliyet bakımından himayesine ve savaş araç ve yöntemlerine dair uluslararası hukuku inceleyen uluslararası insancıl hukuk derslerinde Komite'nin çalışmasının asli (esaslı) unsurunu oluşturan kuralların, uluslararası insancıl hukuk ilkeleriyle ilişkilendirilerek, anahatlarıyla, çalışmada sunulandan¹⁶ farklı bir sırayla

kaldığı haksız fiil nedeniyle doğan uyumsuzlukta o diğer devlet ile uyumsuzluğun hukuki yollarla çözümünü temin için uyruğunun hak ve menfaatini o diğer devlete karşı üstlenir. Anlam ve terimleri karşı. Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş, Cilt I, 3. Bası (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1968), s. 639-640 ("himaye") ve Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, 4. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), s. 174 ("koruma"). Lugat'a göre, himaye, "*(b)ir devletin ecnebi bir memlekette bulunan vatandaşlarının şahuslarını, hak ve menfaatlerini, mukavele mevcut değilse, devletler umumi hukukunun kaidelerine ve teamüllerine uygun olarak, elçileri ve konsolosları vasıtasıyla mahalli makamlar nezdinde teşebbüslerde bulunarak korunması hak ve vecibesidir*", bkz. Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lugatı, s. 128. Kanaatimizce, Lugat kaleme alındığı 1943 itibarıyla, himayenin, herhangi bir koruma olmadığını kabul etmesi açısından kayda değer. O halde, neden her iki kavram arasındaki ince farkı ortadan kaldıran bir tarzı benimseyelim?

¹⁵ 1949 Cenevre Sözleşmelerinden, sivillere yönelik olan 4. Sözleşme'nin başlığında "himaye" yerine "korunma" tercih edilmiş olsa da metninde tercih edilen kavram "himaye"dir.

¹⁶ Kuralların tasnifinde takip edilen konu başlıklarının, metodun, çalışma planının hazırlık sürecindeki dönüşümü için bkz. Henckaerts, "Study," 184-6.

ele alınması mümkündür. Buna göre; Kurallar, konuları ve ilgili olduğu ilkeler itibarıyla şu sırayla de ele alınabilir:

1. *Ayrırt etme ilkesi* – Askeri hedefler/siviller ve askeri hedefler/sivil mallar arasında ayırım yapmak yükümlülüğü - Ayırım gözetmeyen saldırılar - Savaş yöntem ve araçları,

2. *Orantılılık ilkesi – Özen yükümlülüğü,*

3. *İnsani muamele ilkesi – Aleyhte ayırım yasağı ilkesi*

3.1. *Genel olarak himaye edilen kişiler, mallar ve faaliyetler:* Savaşanlar ve savaş esiri statüsü - Casuslar, paralı askerler - Yaralılar, hastalar ve deniz kazazedeleri - Ölümler - Kayıp kişiler - Çocuklar

3.2. *Özel olarak himaye edilen diğer kişiler, mallar ve faaliyetler*

4. *Temel güvenceler – Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler – Yerinden edilen kişiler*

5. *Belirli savaş yöntem ve araçları*

6. *Silahlar.*

Aşağıda yeniden yorumuna yer verilen Kurallar okunurken köşeli parantez (“[...]”) ile belirtilen ifade ve ayrımlar; (i) okuyucuya metinde kastedilen anlamı kavramada kolaylık sağlaması veya metinde benimsenen terim veya kullanımın muadilinin karışıklığa yol açmamak için açıklanması, (ii) yerine göre, madde sonlarında, ilgili kuralın münhasıran uluslararası silahlı çatışmalara (“USÇ”) veya uluslararası olmayan silahlı çatışmalara (“UOSÇ”) uygulanabileceğinin veya uygulanmasının tartışmalı olup olmadığının belirtilmesi amacıyla konulmuştur. Bu bağlamda; aksi açıkça belirtilmedikçe Kurallar, gerek uluslararası gerek uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir.

Kuralların dilimize yeniden yorumunda; İngilizce, Fransızca metinlerden ve Almanca çeviriden yararlanılmıştır. Almanca, Arapça ve Rusça metinlere, yorumun yerindeliğini denetlemek amacıyla başvurulmuştur. Metinler arasında tutarsızlık halinde, İngilizce olan üstün tutulmuştur. Bu itibarla, Türkçe’ye yeniden yorumda esas, Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda benimsenen terim ve kavramlara dayanmakla birlikte farklı tarihlerde akdedilen söz konusu anlaşmaların Türkçe resmi çevirilerinde zaman içinde ortaya çıkan farklar ve anlaşmanın geçerli olduğu dil, dillerdeki metinle Türkçe metin arasında açık

(bariz) fark olan hallerde¹⁷ kanaatimizce farkı en aza indirmeye elverişli Türkçe karşılığın bulunması olmuştur.

Yeniden yorum metni; 2018 yılından itibaren İngilizce ve Fransızca dillerinde Ankara Üniversitesi, özellikle Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinden oluşan ekiplerin katıldığı, başta Jean-Pictet (Concours Jean-Pictet) ve Lübllyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Sloven Kızılhaç ve BM Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin desteğiyle düzenlediği Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Mülteci Hukuku Kurgusal Duruşma Yarışması (All-European International Humanitarian and Refugee Law Moot Court Competition) olmak üzere uluslararası yarışmalara hazırlık süreçlerinde edinilen tecrübelere dayanmaktadır. Metin, 2021 yılında kaleme alındıktan sonra her biri İngilizce metni esas alarak geneli itibariyle Hakim Melih Can Kırova, hukuki açıdan Prof. Dr. Cavid Abdullahzade (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi) ve askeri-hukuki açıdan (E) Tuğgeneral Ali Akdoğan tarafından titizlikle incelenmiş; Rusça metin¹⁸ Prof. Abdullahzade ve Arapça metin Zeynep Kahya (Türk Kızılay, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans öğrencisi, 2022 Lübllyana Yarışması katılımcısı) tarafından esas alınarak karşılaştırmalı biçimde değerlendirilmiştir. Metne son halinin verilmesi, belli bölümleri yönünden Yunus Keskin (Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi) ama bütünü itibariyle Nurali Enes Gündüz'ün (Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi) çabasıyla mümkün olmuştur. Kıymetli eleştiriler ve değerli yorumlarla uzunca sayılabilecek, zorluklarla dolu bir süreç sonucunda ortaya çıkan metinden doğan bütün sorumluluk, hiç kuşku yok ki okuduğunuz satırların yazarına aittir.

¹⁷ Öm. 1949 Cenevre Sözleşmelerinden, savaş esirlerini düzenleyen 3. Sözleşmenin 114. maddesinin başlığı, Türkçe'ye resmi çeviride yer almamaktadır, karşı. RG, 30.01.1953, S. 8322, s. 5399 (Metinde 113. maddenin son fıkrası olarak gösterilen hüküm, 114. maddedir) ve Türk Kızılay, Kaynaklar, s. 199. Keza Gayri İnsani Silahlar Sözleşmesinin Kör Edici Lazer Silahlara İlişkin Protokolü'nün (Protokol IV) resmi Türkçe çevirisinde 1. madde ile Protokol'un (Arapça, Çince, Rusça ve İspanyolca ile birlikte) geçerli dillerinden İngilizce ve Fransızca aynı madde arasında, kanaatimizce fark vardır, bkz. RG, 04.01.2005, S. 25690, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/01/20050104-1.htm>> (30.08.2023). Bahsi geçen farkın açıklaması için bkz. aşağıda Kural 86 (köşeli parantez içindeki kayıt, kanaatimizce daha doğru olan ifadeyi içerir).

¹⁸ Özellikle Rusça metnin doğrulanması amacıyla Moskova Lomonosov Devlet Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Pavel Pavlovich Stepanov ve Maria Yundina'ya destekleri için teşekkür ederim.

III. METİN

AYIRT ETME İLKESİ

Siviller ve savaşıanlar arasında ayırım yapmak

1. Çatışmanın tarafları, her zaman, sivilleri ve savaşıanları ayırt etmek zorundadır. Saldırılar, yalnızca savaşıanlara yöneltilebilir. Saldırılar sivillere yöneltilmemek zorundadır.
2. Başlıca gayesi sivil halkta terör yaymak olan şiddet fiilleri veya tehditleri yasaktır.
3. Savaşıanlar; çatışmanın taraflarından birinin silahlı kuvvetlerinin, sıhhi ve dini personeli haricinde tüm üyeleridir. [USÇ]
4. Çatışmanın taraflarından birinin silahlı kuvvetleri; o tarafa karşı, astlarının davranışından sorumlu komutaya bağlı tüm teşkilatlı silahlı kuvvetler, gruplar ve birliklerden oluşur. [USÇ]
5. Siviller, silahlı kuvvetlerin üyesi olmayan kişilerdir. Sivil halk, sivil olan tüm kişileri kapsar.
6. Çatışmaya doğrudan katılmamaları şartıyla ve katılmadıkları süre zarfında siviller saldırıya karşı himaye edilir.

Sivil mallar ve askeri hedefler arasında ayırım yapmak

7. Çatışmanın tarafları, her durumda, sivil malları ve askeri hedefleri ayırt etmek zorundadır. Saldırılar, yalnızca askeri hedeflere yöneltilebilir. Saldırılar, sivil mallara yöneltilmemek zorundadır.
8. Mallar söz konusu olduğunda, askeri hedefler; niteliği, yeri, gayesi veya kullanımı itibariyle askeri harekate etkili katkıda bulunanlar ve kısmen veya tamamen imhası, ele geçirilmesi veya etkisizleştirilmesi, o anda hakim koşullara göre, kesin bir askeri avantaj sağlayanlar ile sınırlıdır.
9. Sivil mallar, askeri hedef olmayan tüm mallardır.
10. Askeri hedef olmamaları şartıyla ve olmadıkları süre zarfında sivil mallar, saldırıya karşı himaye edilir.

Ayırım gözetmeyen saldırılar

11. Ayırım gözetmeyen saldırılar yasaktır.
12. Ayırım gözetmeyen saldırılar:

- A. Belirli bir askeri hedefe yöneltilmemiş;
- B. Belirli bir askeri hedefe yöneltilemeyecek bir savaş yöntem veya aracının kullanıldığı veya
- C. Uluslararası insancıl hukukun, etkilerinin sınırlandırılmasını gerektirdiği halde böylesi etkileri sınırlandırmayacak bir savaş yöntem veya aracının kullanıldığı

Ve dolayısıyla, böylesi her bir durumda, askeri hedefleri ve sivilleri veya sivil malları ayırt etmeksizin vuracak nitelikte olan saldırılardır.

13. Şehir, kasaba, köy veya benzeri yoğunlukta, sivilleri veya sivil malları havi diğer bir bölgede yer alan, belirli sayıda, açıkça ayırt edilmiş ve farklı askeri hedefleri tek bir askeri hedefmişçesine ele alan, herhangi bir yöntem veya araçla bombardıman saldırıları yasaktır.

Saldırıda orantılılık

14. Öngörülen, somut ve doğrudan askeri avantaja göre aşırı olacak biçimde; arızı olarak, sivil hayat kaybı, sivillerin yaralanması veya sivil mallara zarar veya bunların birleşimine neden olması beklenebilecek saldırı başlatılması yasaktır.

Saldırıda önlemler

15. Askeri operasyonlar yürütülürken, sivil halkı, sivilleri ve sivil malları korumak amacıyla sürekli özen gösterilmek zorundadır. Arızı olarak, sivil hayat kaybından, sivilleri yaralamaktan ve sivil mallara zarar vermektan kaçınmak ve her durumda bunları en aza indirmek amacıyla mümkün olan tüm önlemler alınmak zorundadır.
16. Çatışmanın her bir tarafı, hedeflenenin askeri hedef olduğunu doğrulamak amacıyla mümkün olan her şeyi yapmak zorundadır.
17. Çatışmanın her bir tarafı; arızı olarak, sivil hayat kaybından, sivilleri yaralamaktan veya sivil mallara zarar vermektan kaçınmak ve bunları her durumda en aza indirmek maksadıyla, savaş yöntem ve araçlarının seçiminde mümkün olan tüm önlemleri almak zorundadır.
18. Çatışmanın her bir tarafı, saldırının; öngörülen, somut ve doğrudan askeri avantaja göre aşırı olacak biçimde, arızı olarak, sivil hayat kaybına, sivillerin yaralanmasına veya sivil mallara zarara veya bunların birleşimine neden olmasının beklenip beklenebileceğini değerlendirmek amacıyla mümkün olan her şeyi yapmak zorundadır.

19. Çatışmanın her bir tarafı; eğer hedeflenenin askeri hedef olmadığı veya saldırının, öngörülen, somut ve doğrudan askeri avantaja göre aşırı olacak biçimde, arızı olarak, sivil hayat kaybı, sivillerin yaralanması veya sivil mallara zarar veya bunların birleşimine neden olması beklenebilecek nitelikte olduğu ortaya çıkarsa saldırıyı iptal etmek veya kesmek amacıyla mümkün olan her şeyi yapmak zorundadır.
20. Çatışmanın her bir tarafı; sivil halkı etkileyebilecek saldırıları, önceden, etkili biçimde ihtar etmek zorundadır; meğerki şartlar buna izin vermesin.
21. Benzeri bir askeri avantaj elde etmek amacıyla birden fazla askeri hedef arasında seçim mümkün ise tercih edilecek hedef; kendisine yapılacak saldırının sivil hayatlara ve sivil mallara en az tehlike oluşturması beklenebilecek hedef olmak zorundadır. [USÇ/tartışmalı olarak UOSÇ]

Saldırıların etkilerine karşı önlemler

22. Çatışmanın tarafları, kontrolleri altındaki sivil halkı ve sivil malları, saldırıların etkilerine karşı himaye etmek amacıyla mümkün olan tüm önlemleri almak zorundadır.
23. Çatışmanın her bir tarafı; yapılması mümkün olduğu ölçüde, askeri hedefleri nüfusun yoğun olduğu bölgeler dahilinde veya bu bölgelerin yakınına yerleştirmekten kaçınmak zorundadır. [USÇ/tartışmalı olarak UOSÇ]
24. Çatışmanın her bir tarafı; kontrolü altındaki sivil kişileri ve malları, yapılması mümkün olduğu ölçüde, askeri hedeflerin civarından uzaklaştırmak zorundadır. [USÇ/tartışmalı olarak UOSÇ]

ÖZEL OLARAK HİMAYE EDİLEN KİŞİLER VE MALLAR

Sihhi ve dini personel ve mallar

25. Münhasıran sihhi görevlere tahsis edilmiş sihhi personele, her koşulda; saygı gösterilmek ve bunlar himaye edilmek zorundadır. Eğer bunlar, insani işlevleri dışında, düşmana zarar veren fiil işlerse himayelerini kaybeder.
26. Tıbbi etik ile bağdaşabilir sihhi görevlerin icrası nedeniyle bir kişinin cezalandırılması veya sihhi faaliyetlerle iştigal eden bir kişiyi tıbbi etiğe aykırı fiillerde bulunmaya zorlamak yasaktır.

27. Münhasıran dini görevlere atanmış dini personele, her koşulda; saygı gösterilmek ve bunlar himaye edilmek zorundadır. Eğer bunlar, insani işlevlerinin dışında, düşmana zarar veren fiil işlerse himayelerini kaybeder.
28. Münhasıran sıhhi amaçlara tahsis edilmiş sıhhi birliklere, her koşulda; saygı gösterilmek ve bunlar himaye edilmek zorundadır. Eğer bu birlikler, insani işlevlerinin dışında, düşmana zarar veren fiilleri işlemek amacıyla kullanılırlarsa himayelerini kaybeder.
29. Münhasıran sıhhi taşımacılığa tahsis edilmiş sıhhi araçlara, her koşulda; saygı gösterilmek ve bunlar himaye edilmek zorundadır. Eğer bu araçlar, insani işlevlerinin dışında, düşmana zarar veren fiilleri işlemek amacıyla kullanılırlarsa himayelerini kaybeder.
30. Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici amblemlerini uluslararası hukuka uygun olarak taşıyan, sıhhi ve dini personel ve mallara karşı saldırılar yasaktır.

İnsani yardım personeli ve malları

31. İnsani yardım personeline saygı gösterilmek ve bunlar himaye edilmek zorundadır.
32. İnsani yardım operasyonları amacıyla kullanılan mallara saygı gösterilmek ve bunlar himaye edilmek zorundadır.

Barışı koruma misyonu kapsamındaki personel ve mallar

33. Uluslararası insancıl hukuk uyarınca siviller ve sivil mallara tanınan himayeden yararlandıkları sürece; Birleşmiş Milletler Şartına uygun barışı koruma misyonu kapsamındaki personele ve mallara saldırı yöneltmek yasaktır.

Muhabirler

34. Çatışmaya doğrudan katılmadıkları sürece; silahlı çatışma bölgelerinde mesleki görevleriyle işgal eden sivil muhabirlere saygı gösterilmek ve bunlar himaye edilmek zorundadır.

Himaye edilen bölgeler

35. Yaralı, hasta ve sivilleri çatışmanın etkilerinden korumak amacıyla oluşturulmuş bir bölgeye saldırı yöneltmek yasaktır.

36. Çatışmanın taraflarınca üzerinde anlaşılan, silahsızlandırılmış bir bölgeye saldırı yöneltmek yasaktır.
37. Savunmasız bir mahale saldırı yöneltmek yasaktır.

Kültür malları

38. Çatışmanın her bir tarafı kültür mallarına saygı göstermek zorundadır:
 - A. Askeri operasyonlarda; din, sanat, bilim, eğitim veya hayırseverlik amacına özgülenmiş yapılara ve tarihi anıtlara, bunların askeri hedef oluşturulmaması şartıyla, zarar vermekten kaçınmak amacıyla özel bir özen gösterilmek zorundadır.
 - B. Her bir halkın kültürel mirası açısından büyük önem taşıyan mallar, askeri zorunluluk zaruri olarak gerektirmedikçe, saldırının hedefi olmamak zorundadır.
39. Askeri zorunluluk zaruri olarak gerektirmedikçe, her bir halk için büyük önem taşıyan kültürel mirası, imhaya veya zarar görmeye açık hale getirme ihtimali olacak biçimde kullanmak yasaktır.
40. Çatışmanın her bir tarafı kültür mallarını himaye etmek zorundadır:
 - A. Din, hayırseverlik, eğitim, sanat ve bilime özgülenmiş kurumlara, tarihi anıtlara ve bilim ve sanat eserlerine her türlü elkonulması, bunların imhası veya bunlara kasten zarar verilmesi yasaktır.
 - B. Her bir halkın kültürel mirası açısından büyük önem taşıyan malların herhangi bir şekilde çalınması, yağmalanması, bunlarda güvenin kötüye kullanılması ve bunlara karşı yöneltilmiş herhangi bir vandalizm fiili yasaktır.
41. İşgal eden güç, işgal edilmiş ülkeden kültür mallarının hukuka aykırı ihracını engellemek ve hukuka aykırı şekilde ihraç edilmiş malları işgal edilen ülkedeki yetkili makamlara iade etmek zorundadır. [USÇ]

Tehlikeli güçleri havi yapılar ve tesisler

42. Eğer tehlikeli güçleri havi yapılar ve tesisler, yani barajlar, su bentleri, nükleer enerji üreten tesisler ve bunlara dahil veya bunların civarında bulunan diğer tesislere saldırılırsa, tehlikeli güçlerin serbest kalmasından ve bunun sonucu olarak sivil halkta ağır kayıplardan kaçınmak amacıyla ayrıca özen gösterilmek zorundadır.

Doğal çevre

43. Çatışmanın yürütülmesine ilişkin genel ilkeler, doğal çevreye de uygulanır:
- Askeri hedef oluşturulmaması şartıyla, doğal çevrenin hiçbir parçasına saldırılamaz.
 - Askeri zorunluluk zaruri olarak gerektirmedikçe, doğal çevrenin herhangi bir parçasının imhası yasaktır.
 - Öngörülen, somut ve doğrudan askeri avantaja göre aşırı olacak şekilde, çevreye arızı zarar vermeye neden olması beklenebilecek askeri hedefe saldırı başlatılması yasaktır.
44. Savaş yöntem ve araçları, doğal çevrenin himayesine ve muhafazasına özen gösterilerek kullanılmak zorundadır. Askeri operasyonlar yürütülürken, çevreye arızı zarar vermektan kaçınmak ve her durumda böyle zararları en aza indirmek amacıyla mümkün olan tüm önlemler alınmak zorundadır. Belirli askeri operasyonların çevreye etkilerine ilişkin olarak bilimsel kesinliğin bulunmayışı, çatışmanın bir tarafını böyle önlemleri alma yükümlülüğünden kurtarmaz. [USÇ/tartışmalı olarak UOSÇ]
45. Doğal çevrede geniş ölçekte, uzun vadeli ve ağır zarara neden olması amaçlanan veya neden olması beklenebilecek savaş yöntem ve araçlarının kullanılması yasaktır. Doğal çevrenin imhası silah olarak kullanılamaz. [USÇ/tartışmalı olarak UOSÇ]

BELİRLİ SAVAŞ YÖNTEMLERİ***Can bağıslamanın reddi***

46. Hiçbir canın bağıslanmayacağı emri, karşı tarafı bununla tehdit veya çatışmanın bu temelde yürütülmesi yasaktır.
47. Savaş-dışı [*hors de combat*] olarak tanınmış kişilere saldırı yasaktır. Savaş-dışı bir kişi:
- Karşı tarafın hükmüne düşmüş;
 - Bilinç kaybı, deniz kazası, yaralar veya hastalık nedeniyle savunmasız veya
 - Teslim olma niyetini açıkça ifade eden

Biridir, yeter ki düşmanca herhangi bir fiilden kaçınsın ve kaçmaya çalışmasın.

48. Tehlike içindeki bir hava aracından paraşütle atlayan kişileri, inişleri süresince, saldırının hedefi haline getirmek yasaktır.

Malların imhası ve mallara elkoyma

49. Çatışmanın tarafları, karşı tarafa ait olan askeri teçhizata, savaş ganimeti olarak elkoyabilir. [USÇ]
50. Askeri zorunluluk zaruri olarak gerektirmedikçe, karşı tarafın mallarının imhası veya bunlara elkonulması yasaktır.
51. İşgal altındaki ülkede:
- A. Askeri operasyonlar için kullanılacak taşınır kamu malları müsadere edilebilir;
 - B. Taşınmaz kamu malları, intifa kuralına uygun olarak idare edilmek zorundadır ve
 - C. Özel mülkiyete saygı gösterilmek zorundadır ve özel mallar müsadere edilemez,

Meğerki böyle malların imhasını veya bunlara elkonulmasını, askeri zorunluluk zaruri olarak gerektirsin. [USÇ]

52. Yağma yasaktır.

Aç bırakma ve insani yardıma erişim

53. Sivil halkın aç bırakılmasının savaş yöntemi olarak kullanımı yasaktır.
54. Sivil halkın hayatta kalabilmesi amacıyla vazgeçilmez olan mallara saldırmak, bu malları imha etmek, ortadan kaldırmak veya kullanılamaz hale getirmek yasaktır.
55. Çatışmanın tarafları, denetim hakları saklı kalmak kaydıyla; ihtiyaç halindeki sivillere taraf tutmayan nitelikte ve aleyhte hiçbir ayırım yapılmadan yürütülen insani yardımın hızlı ve engellenmeden geçişine izin vermek ve bunu kolaylaştırmak zorundadır.
56. Çatışmanın tarafları, yetkili insani yardım personelinin, görevlerinin icrası amacıyla esaslı önem taşıyan dolaşım özgürlüğünü temin etmek zorundadır. Bunların dolaşımı, sadece askeri zorunluluğun zaruri olması halinde geçici olarak kısıtlanabilir.

Hile

57. Uluslararası insancıl hukukun bir kuralını ihlal etmedikçe, savaş hileleri yasak değildir.
58. Silah bırakmayı simgeleyen beyaz bayrağın uygunsuz kullanımı yasaktır.
59. Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici amblemlerinin uygunsuz kullanımı yasaktır.
60. Teşkilat tarafından yetki verilmesi haricinde, Birleşmiş Milletler ambleminin ve üniformasının kullanımı yasaktır.
61. Uluslararası düzeyde tanınmış diğer amblemlerin uygunsuz kullanımı yasaktır.
62. Karşı tarafın bayraklarının veya askeri amblemlerinin, işaretlerinin veya üniformalarının uygunsuz kullanımı yasaktır. [USÇ/tartışmalı olarak UOSÇ]
63. Tarafsız devletlerin veya çatışmanın tarafı olmayan diğer devletlerin bayraklarının veya askeri amblemlerinin, işaretlerinin veya üniformalarının kullanımı yasaktır. [USÇ/tartışmalı olarak UOSÇ]
64. O anlaşmaya güvenen tarafa sürpriz saldırı niyetiyle, savaşı kesmek için anlaşma akdetmek yasaktır.
65. Karşı tarafı, hıyanet yoluyla öldürmek, yaralamak veya ele geçirmek yasaktır.

Düşman ile iletişim

66. Komutanlar, herhangi bir iletişim yöntemiyle, düşmanca olmayan irtibat kurabilir. Böyle bir irtibat iyi niyete dayanmak zorundadır.
67. Vekiller dokunulmazdır.
68. Komutanlar, bir vekilin mevcudiyetinin zarar verici olmasını engellemek amacıyla gerekli önlemleri alabilir.
69. Uluslararası hukuka aykırı ve karşı tarafa zarar verici bir fiil işlemek amacıyla imtiyazlı konumundan yarar sağlayan vekiller, dokunulmazlıklarını kaybeder.

SİLAHLAR***Silahların kullanımı hakkında genel ilkeler***

70. Aşırı derecede yaralanmaya veya gereksiz acıya neden olacak nitelikteki savaş yöntemi ve araçlarının kullanımı yasaktır.
71. Doğası gereği ayırım gözetmeyen nitelikte silahların kullanımı yasaktır.

Zehir

72. Zehir veya zehirli silahların kullanımı yasaktır.

Biyolojik silahlar

73. Biyolojik silahların kullanımı yasaktır.

Kimyasal silahlar

74. Kimyasal silahların kullanımı yasaktır.
75. Toplumsal olaylara müdahale amacı taşıyan maddelerin savaş yöntemi olarak kullanımı yasaktır.
76. Herbisitlerin savaş yöntemi olarak kullanımı yasaktır, yeter ki bunlar:
- A. Yasaklı kimyasal silah niteliğinde;
 - B. Yasaklı biyolojik silah niteliğinde;
 - C. Askeri hedef olmayan bitki örtüsünü hedef almış;
 - D. Öngörülen, somut ve doğrudan askeri avantaja göre aşırı olması beklenebilecek biçimde; arızı olarak, sivil hayat kaybı, sivillerin yaralanması veya sivil mallara zarar veya bunların birleşimine neden olacak nitelikte
 - E. Doğal çevrede geniş ölçekte, uzun vadeli ve ağır zarara neden olacak nitelikte

Olsun.

Genişleyen mermiler

77. İnsan bedeninde kolayca genişleyen veya düzleşen mermilerin kullanımı yasaktır.

Patlayan mermiler

78. İnsan bedeni içinde patlayan mermilerin kişilere karşı kullanımı yasaktır.

Aslen, tespit edilemeyen parçacıklar ile yaralayan silahlar

79. Asli etkisi, insan bedenine girdiğinde X ışınları ile dahi tespit edilemeyen küçük parçacıkları vasıtasıyla yaralamak olan silahların kullanımı yasaktır.

Bubi tuzakları

80. Uluslararası insancıl hukuk uyarınca özel himayeye hakkı olan kişilerle veya mallarla veya sivilleri kendine çekmesi ihtimali olan mallarla herhangi bir şekilde ilgili veya bağlantılı olan bubi tuzaklarının kullanımı yasaktır.

Kara mayınları

81. Kara mayınları kullanıldığında, bunların ayırım gözetmeyen etkilerini en aza indirmek amacıyla ayrıca özen gösterilmek zorundadır.
82. Çatışmanın kara mayını kullanan tarafı, bunların döşendiğini, mümkün olan en geniş ölçüde, kayıt altına almak zorundadır. [USÇ/tartışmalı olarak UOSÇ]
83. Faal çatışma sona erdiğinde, çatışmanın kara mayını kullanmış olan tarafı, bunları kaldırmak veya başka herhangi bir şekilde siviller için zararsız hale getirmek veya kaldırılmalarını kolaylaştırmak zorundadır.

Yakıcı silahlar

84. Eğer yakıcı silahlar kullanılır ise; arızı olarak, sivil hayat kaybindan, sivillerin yaralanmasından veya sivil mallara zarar vermektan kaçınmak ve her durumda böyle zararları en aza indirmek amacıyla ayrıca özen gösterilmek zorundadır.
85. Bir kişiyi savaş-dışı bırakmak daha az zarar verici bir silahın kullanımı ile mümkün olmadıkça, yakıcı silahların kişilere karşı kullanımı yasaktır.

Kör edici lazer silahları

86. Yegane savaş işlevi veya savaş işlevlerinden biri olarak, geliştirilmiş nitelikte olmayan görüşte kalıcı körlüğe [yani çıplak gözde veya düzeltilmiş görüş araçlı gözde körlüğe], neden olmak amacıyla özel olarak tasarlanmış lazer silahlarının kullanımı yasaktır.

SİVİLLERE VE SAVAŞ-DIŞI [HORS DE COMBAT] OLANLARA MUAMELE***Temel güvenceler***

87. Sivillere ve savaş-dışı kişilere insanca muamele gösterilmek zorundadır.
88. Uluslararası insancıl hukukun uygulanmasında; ırk, renk, cinsiyet, dil, din veya inanış, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, servet, doğum veya diğer bir statüye veya benzeri diğer herhangi bir ölçüte dayanan, aleyhte ayırım yasaktır.
89. Kasten öldürmek yasaktır.
90. İşkence, zalimane veya gayrı insani muamele ve kişisel onuru zedeleyici eylemler [yani taaddiller], özellikle küçük düşürücü ve aşağılayıcı muamele yasaktır.
91. Bedeni ceza yasaktır.
92. Sakatlamak, tıbbi veya bilimsel deneyler veya ilgili kişinin sağlık durumu ile gerekçelendirilemeyen ve genel kabul görmüş tıbbi standartlarla tutarlı olmayan diğer herhangi bir tıbbi prosedür yasaktır.
93. Tecavüz ve diğer şekillerdeki cinsel şiddet yasaktır.
94. Kölelik ve tüm şekilleriyle köle ticareti yasaktır.
95. Karşılığını ödemeyerek veya istismar ederek zorla çalıştırmak yasaktır.
96. Rehin almak yasaktır.
97. İnsan kalkanları kullanmak yasaktır.
98. Zorla kaybetmek yasaktır.
99. Özgürlüğünden keyfi biçimde yoksun bırakmak yasaktır.
100. Tüm asli, yargısal güvencelerin sağlandığı adil bir yargılanma haricinde, kimse mahkum edilemez veya cezaya çarptırılamaz.
101. Kimse, işlendiği anda ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan herhangi bir fiil veya ihmali nedeniyle suçlanamaz veya mahkum edilemez; kimseye suçun işlendiği anda uygulanabilir olandan daha ağır ceza verilemez.

102. Bireysel cezai sorumluluk esası haricinde, kimse bir suçtan dolayı mahkum edilemez.
103. Kolektif cezalar yasaktır.
104. Sivillerin ve savaş-dışı kişilerin inançlarına ve dini ibadetlerine saygı gösterilmek zorundadır.
105. Aile hayatına, mümkün olan geniş ölçüde, saygı gösterilmek zorundadır.

Savaşanlar ve savaş esiri statüsü

106. Savaşanlar; bir saldırıya veya saldırının hazırlığı niteliğindeki bir askeri operasyona katılırken, kendilerini sivil halktan ayırt etmek zorundadır. Eğer böyle yapmazlar ise savaş esiri statüsüne hakları yoktur. [USÇ]
107. Casusluk faaliyetleri yürütürken ele geçirilen savaşanların savaş esiri statüsüne hakları yoktur. Bunlar, önceden yargılama olmaksızın mahkum edilemez veya cezaya çarptırılmaz. [USÇ]
108. Ek Protokol I'de tanımlandığı şekliyle paralı askerlerin savaşan veya savaş esiri statüsüne hakları yoktur. Bunlar, önceden yargılama olmaksızın mahkum edilemez veya cezaya çarptırılmaz. [USÇ]

Yaralılar, hastalar ve deniz kazazedeleri

109. Şartların elverdiği her zaman ve özellikle bir çarpışma sonrasında, çatışmanın her bir tarafı, aleyhte ayırım yapmadan; yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini aramak, toplamak ve tahliye etmek amacıyla, vakit kaybetmeksizin, tüm olası tedbirleri almak zorundadır.
110. Fiilen mümkün olan en geniş ölçüde ve mümkün olan en az gecikmeyle; yaralılar, hastalar ve deniz kazazedeleri, durumlarının gerektirdiği tıbbi tedaviyi ve bakımı görmek zorundadır. Bunlar arasında; tıbbi olanlar dışında herhangi bir gerekçeye dayanılarak ayırım yapılamaz.
111. Çatışmanın her bir tarafı; yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini, kötü muameleye ve şahsi eşyasının yağmalanmasına karşı himaye etmek amacıyla tüm olası tedbirleri almak zorundadır.

Ölümler

112. Şartların elverdiği her zaman ve özellikle bir çarpışma sonrasında, çatışmanın her bir tarafı, aleyhte ayırım yapmadan; ölümleri aramak,

toplamak ve tahliye etmek amacıyla, vakit kaybetmeksizin, tüm olası tedbirleri almak zorundadır.

113. Çatışmanın her bir tarafı, ölümlerin soyulmasını engellemek amacıyla tüm olası tedbirleri almak zorundadır. Ölü bedenlerin tahribi yasaktır.
114. Çatışmanın tarafları, ölümlerden geriye kalanların, bunların ait olduğu tarafın talebi üzerine veya ölünün en yakın akrabasının talebi üzerine iadesine olanak sağlamaya gayret göstermek zorundadır. Taraflar, ölümlerin şahsi eşyasını bunlara iade etmek zorundadır. [USÇ]
115. Ölümler, saygılı bir surette defnedilmek; bunların mezarlarına saygı gösterilmek ve gereğince bakım yapılmak zorundadır.
116. Ölümlerin kimliğinin tespiti maksadıyla, çatışmanın her bir tarafı defin öncesinde mevcut tüm bilgileri kayıt altına almak ve mezarların yerini işaretlemek zorundadır.

Kayıp kişiler

117. Çatışmanın her bir tarafı, silahlı çatışma neticesinde kaybolduğu bildirilen kişiler hakkında izahat vermek amacıyla mümkün olan tüm tedbirleri almak ve bu kişilerin aile üyelerine onların akıbetleri hakkında sahip oldukları her bilgiyi vermek zorundadır.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler

118. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere, yeterli gıda, su, giyim, barınak ve tıbbi bakım temin edilmek zorundadır.
119. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kadınlar, ailelerin aile birimleri halinde barındırılması haricinde, erkeklerinkinden ayrı yerlerde tutulmak ve doğrudan doğruya kadınların nezareti altında olmak zorundadır.
120. Özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuklar, ailelerin aile birimleri halinde barındırılması haricinde, yetişkinlerinkinden ayrı yerlerde tutulmak zorundadır.
121. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler; savaş alanından uzakta bulunan, sağlıklarının ve temizliklerinin teminat altına alındığı yerlerde tutulmak zorundadır.
122. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin şahsi eşyasının yağmalanması yasaktır.

123. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin kişisel bilgileri kayıt altına alınmak zorundadır.
124. A. Uluslararası silahlı çatışmalarda; özgürlüğünden yoksun bırakılan her kişiye, tutulma şartlarının tahkik edilmesi ve bu kişiler ile bunların aileleri arasında bağlantının yeniden kurulması amacıyla, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin düzenli erişimine izin verilmek zorundadır. [USÇ]
- B. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda; Uluslararası Kızılhaç Komitesi, çatışmanın taraflarına, çatışma ile ilişkili nedenlerle özgürlüğünden yoksun bırakılan her kişiyi, tutulma şartlarının tahkik edilmesi ve bu kişiler ile bunların aileleri arasında bağlantının yeniden kurulması için ziyaret maksadıyla hizmet sunmayı teklif edebilir. [UOSÇ]
125. Sıklığına ve yetkililerin sansürüne gerek olup olmadığına ilişkin makul koşullara tabi olmak kaydıyla; özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere, aileleri ile haberleşmek için izin verilmek zorundadır.
126. Fiilen mümkün olduğu ölçüde; sivil enternelerin ve uluslararası olmayan bir silahlı çatışma ile ilişkili olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, özellikle yakın akrabalarından, ziyaretçi kabul etmesine izin verilmek zorundadır.
127. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin şahsi inançlarına ve dini ibadetlerine saygı gösterilmek zorundadır.
128. A. Savaş esirleri, faal çatışmanın kesilmesini takiben gecikme olmaksızın serbest bırakılmak ve vatanlarına iade edilmek zorundadır. [USÇ]
- B. Sivil enterneler, enterne edilmeyi zorunlu kılan nedenler ortadan kalkar kalkmaz fakat en geç faal çatışmanın bitişini takiben mümkün olan en kısa zamanda serbest bırakılmak zorundadır. [USÇ]
- C. Uluslararası olmayan bir silahlı çatışma ile ilişkili olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişiler, özgürlüğünden yoksun bırakılma nedenlerinin varlığı sona erer ermez serbest bırakılmak zorundadır. [UOSÇ]
- Bahsi geçen kişiler; eğer bunlara karşı cezai takibat devam ediyor ise veya bunlar hukuka uygun olarak hükmedilmiş bir ceza çekiyor ise, özgürlüklerinden yoksun bırakılmaya devam olunabilir.

Yerinden etmek ve yerinden edilen kişiler

129. A. Uluslararası silahlı çatışmanın tarafları; işgal altında olan bir ülkedeki sivil halkı, bahse konu sivillerin emniyeti veya zaruri askeri nedenler böyle gerektirmedikçe, kısmen veya tamamen, tehcir edemez veya zorla nakledemez. [USÇ]
- B. Uluslararası olmayan silahlı çatışmanın tarafları, çatışma ile ilişkili nedenlerle; sivil halkın, bahse konu sivillerin emniyeti veya zaruri askeri nedenler böyle gerektirmedikçe, tamamen veya kısmen, yerinden edilmesini emredemez. [UOSÇ]
130. Devletler; işgal ettikleri bir ülkeye, kendi sivil halkının bir kısmını tehcir veya nakledemez. [USÇ]
131. Yerinden edilme halinde, ilgili sivillerin tatmin edici koşullarda barınması, temizliği, sağlığı, güvenliği ve beslenmesi ve aynı aile üyelerinin ayrılmamasının temini amacıyla tüm olası tedbirler alınmak zorundadır.
132. Yerinden edilen kişiler, yerinden edilme nedenlerinin varlığı sona erer ermez, güvenli bir şekilde evlerine veya mutat meskenlerine gönüllü geri dönüş hakkını haizdir.
133. Yerinden edilen kişilerin mülkiyet haklarına saygı gösterilmek zorundadır.

Özel olarak himaye edilen diğer kişiler

134. Silahlı çatışmadan etkilenen kadınların; himayeye, sağlığa ve yardıma ilişkin konularda belirli ihtiyaçlarına saygı gösterilmek zorundadır.
135. Silahlı çatışmadan etkilenen çocukların özel saygı ve himayeye hakkı vardır.
136. Çocuklar, silahlı kuvvetlere veya silahlı gruplara alınmamak zorundadır.
137. Çocukların, çatışmalara katılmasına izin verilmemek zorundadır.
138. Silahlı çatışmadan etkilenen yaşlıların, engellilerin ve malullerin özel saygı ve himayeye hakkı vardır.

UYGULAMA***Uluslararası insancıl hukuka riayet***

139. Çatışmanın her bir tarafı, uluslararası insancıl hukuka riayet etmek ve kendi silahlı kuvvetlerinin ve kendi talimatlarına göre veya kendi yönlendirme veya kontrolü altında fiilen hareket eden diğer kişileri veya grupları riayet ettirmek zorundadır.
140. Uluslararası insancıl hukuka riayet veya riayet ettirmek yükümlülüğü, mütekabiliyete bağlı değildir.
141. Her devlet; gerektiğinde, uluslararası insancıl hukukun uygulanması hakkında danışılmak üzere hukuk müşavirlerini, uygun seviyedeki askeri komutanlar için hazır bulundurmak zorundadır.
142. Devletler ve çatışmanın tarafları; kendi silahlı kuvvetlerini uluslararası insancıl hukuk konusunda talim etmek zorundadır.
143. Devletler, sivil halka uluslararası insancıl hukukun öğretilmesini teşvik etmek zorundadır.

Uluslararası insancıl hukukun icrası

144. Devletler, silahlı çatışmanın taraflarının uluslararası insancıl hukuku ihlalini teşvik edemez. Devletler, uluslararası insancıl hukuk ihlallerini durdurmak amacıyla, mümkün olduğu ölçüde, nüfuzlarını kullanmak zorundadır.
145. Uluslararası hukuka göre yasaklanmadığı hallerde, düşmanca zararlar karşılık oldukça sıkı koşullara tabidir. [USÇ]
146. Cenevre Sözleşmelerine göre himaye edilen kişilere karşı düşmanca zararlar karşılık yasaktır. [USÇ]
147. Cenevre Sözleşmelerine ve Kültür Mallarının Korunmasına [Himayesine] dair Lahey Sözleşmesi'ne göre himaye edilen mallara karşı zararlar karşılık yasaktır. [USÇ]
148. Uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarının düşmanca zararlar karşılığa başvurma hakkı yoktur. Çatışmaya doğrudan katılmayan veya doğrudan katılmayı bırakan kişilere karşı, diğer karşı-tedbirler yasaktır. [UOSÇ]

Sorumluluk ve onarım

149. Bir devlet, aşağıdaki haller dahil olmak üzere, uluslararası insancıl hukukun kendisine atfedilebilir ihlallerinden sorumludur:
- A. Kendi silahlı kuvvetleri dahil olmak üzere organları tarafından işlenen ihlaller;
 - B. Kamu gücünün unsurlarını kullanmak amacıyla kendisinin yetki verdiği kişi veya kuruluşlar tarafından işlenen ihlaller;
 - C. Kendi talimatlarına göre veya kendi yönlendirmesi veya kontrolü altında fiilen hareket eden kişi veya gruplar tarafından işlenen ihlaller;
 - D. Özel kişi veya gruplar tarafından işlenen fakat kendi davranışı olarak tanıdığı ve benimsediği ihlaller.
150. Uluslararası insancıl hukukun ihlallerinden sorumlu olan bir devletin, neden olunan kayıp veya zararı tamamen onarması gerekir.

Bireysel sorumluluk

151. Bireyler, işledikleri savaş suçlarından dolayı cezai açıdan sorumludur.
152. Komutanlar ve diğer üstler, kendi emirlerine istinaden işlenen savaş suçlarından dolayı cezai açıdan sorumludur.
153. Komutanlar ve diğer üstler; eğer böyle suçları astlarının işlemek üzere veya işlemekte olduğunu biliyor veya bilmeleri gerekiyor ve belirtilen suçların işlenmesini engellemek veya eğer işlendi ise sorumlu kişileri cezalandırmak amacıyla, kendi yetkileri dahilinde, gerekli ve makul tüm tedbiri almaz ise astları tarafından işlenen savaş suçlarından dolayı cezai açıdan sorumludur.
154. Her savaşan, hukuka açıkça aykırı emre itaatsizlik etmekle yükümlüdür.
155. Üstün emrine itaat, astı, cezai sorumluluktan kurtarmaz; yeter ki ast, verilen emrin hukuka aykırı olduğunu bilsin veya verilen emrin hukuka açıkça aykırı niteliği nedeniyle bilmesi gereksin.

Savaş suçları

156. Uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri savaş suçu oluşturur.

157. Devletler, savaş suçları konusunda ulusal mahkemelerine evrensel yargı yetkisi verme hakkını haizdir.
158. Devletler; kendi vatandaşları veya silahlı kuvvetleri tarafından veya kendi ülkelerinde işlendiği iddia edilen savaş suçlarını araştırmak ve eğer uygunsu, şüphelilerini yargılamak zorundadır. Devletler; yargı yetkisine sahip oldukları diğer savaş suçlarını da araştırmak ve eğer uygunsu, şüphelilerini yargılamak zorundadır.
159. Çatışma sona erdiğinde, yetkili makamlar; uluslararası olmayan silahlı çatışmaya katılmış olan kişilere veya silahlı çatışma ile ilişkili nedenlerle özgürlüğünden yoksun bırakılanlara, savaş suçlarından şüpheli, sanık veya mahkum kişiler haricinde, mümkün olan en geniş affi bahşetmek amacıyla gayret göstermek zorundadır. [UOSÇ]
160. Savaş suçlarına zamanaşımı uygulanamaz.
161. Devletler; savaş suçlarının araştırılmasını ve şüphelilerin yargılanmasını kolaylaştırmak amacıyla, mümkün olduğu ölçüde, bir diğeriyle işbirliği yapmak için her çabayı sarf etmek zorundadır.

KAYNAKÇA

- Batur Yamaner, Melike, Öktem, A. Emre, Kurtdarcan, Bleda, ve Uzun, Mehmet C., editörler. 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ICRC, [2009].
- Bellinger III, John, and Haynes, William J. "Letter." ILM 46 (2007): 511-531
- Bugnion, François. "Le droit de la Croix-Rouge." *Revue internationale de la Croix-Rouge* 77 (1995): 535-566.
- Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk*. Editör Reşat Volkan Günel. İstanbul: Beta, 2013.
- Henckaerts, Jean-Marie. "Response." ILM 46 (2007): 957-968.
- Henckaerts, Jean-Marie. "Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict." *International Review of the Red Cross* 87 (2005): 175-212.
- Henckaerts, Jean-Marie. *Uluslararası İnsancıl Hukukta Örf Adet Hukuku İncelemesi*. <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/tur-irrc_857_henckaerts.pdf> (30.08.2023).
- Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise. *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*. Cambridge: ICRC, Cambridge University Press, 2005.
- Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise. *Customary International Humanitarian Law, Vol. II: Practice, Part 1, Part 2*. Cambridge: ICRC, Cambridge University Press, 2005.
- Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise. *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar*. Çevirenler A. Emre Öktem, Melike Batur Yamaner, Dolunay Özbek, Bleda R. Kurtdarcan, Mehmet Cengiz Uzun, Abdullah Kaya. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2005.
- ICRC. *Customary IHL Database*. <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl>> (30.08.2023).
- ICRC. *Study on customary international humanitarian law: all language versions of the summary article and list of rules*. <<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/customary-law-translations.htm>> (30.08.2023).
- ICRC. *Practice*. <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2>> (30.08.2023).
- ILC. *Report of the International Law Commission on the work of its thirty-fourth session (3 May – 23 July 1982)*. UN Doc. A/37/10.
- ILC. *Report of the International Law Commission on the work of its twenty-fourth session (2 May – 7 July 1972)*. UN Doc. A/8710/Rev.1.

- Meray, Seha L. Devletler Hukukuna Giriş, Cilt I, 3. Bası. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1968
- Milanovic, Marko, and Sivakumaran, Sandesh. "Assessing the authority of the ICRC Customary IHL Study: How does IHL develop?." *International Review of the Red Cross* 104 (2022): 1856-1897.
- Pazarıcı, Hüseyin. Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, 4. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Prosecutor v. Simic et al., Case No. IT-95-9-PT, Ex Parte Confidential Decision on the Prosecution's Motion under Rule 73 for a Ruling concerning the Testimony of a Witness (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia, July 27, 1999).
- Shany, Yuval. "Sources and the Enforcement of International Law: What Norms Do International Law-Enforcement Bodies Actually Invoke?." In *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, edited by Samantha Besson, and Jean d'Aspremont, 789-811. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- T.C. Genelkurmay Başkanlığı. Silahlı Çatışma Hukuku ile İlgili Uluslararası Hukuk Metinleri, Cilt I. Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2010.
- T.C. Genelkurmay Başkanlığı. Silahlı Çatışma Hukuku ile İlgili Uluslararası Hukuk Metinleri, Cilt II. Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2010.
- Türk Hukuk Kurumu. Türk Hukuk Lugatı, 4. Baskı. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998.
- Türk Kızılay Derneği. Kızılay ve Kızılhaç'ın Milletlerarası Kaynakları: Sözleşmeler-Tüzükler-Kararlar. Ankara: Türk Kızılay Derneği, 1964.
- US Department of State Office of the Legal Adviser. *Digest of US Practice in International Law*. Edited by Sally J. Cummins. Washington DC, Oxford: International Law Institute, Oxford University Press, 2006.
- Wilmshurst, Elizabeth, and Breau, Susan, eds. *Perspectives on the ICR Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, New York NY: BIICL, Chatham House, Cambridge University Press, 2007.

TANIMA KURALININ AHLAKİ İÇERİĞİ SORUNU: H.L.A. HART VE JOSEPH RAZ ARASINDAKİ “MUTLAK” ANLAŞMAZLIK

*The Problem of the Moral Content of the Rule of Recognition: The
“Absolute” Conflict between H.L.A. Hart and Joseph Raz*

Muhammet KOÇAKGÖL*

ÖZ

Tanım kuralının ahlaki içeriği problemi hukuki pozitivizm içerisinde birçok bağlamda tartışılan bir konudur. Hukuki pozitivizmin önde gelen iki temsilcisi H.L.A. Hart ve Joseph Raz’ın bu konu hakkındaki görüşleri ise farklılık göstermekte ve bu nedenle önem arz etmektedir. Hart, tanım kuralının ahlakilik kriteri içermesinin mümkün olabileceğini düşünürken, Raz bunun mümkün olmadığını iddia etmektedir. Bu bağlamda iki düşünür arasında keskin bir ayrışma olduğu düşünülebilmektedir. Makalede bu ayrışmanın görüldüğü kadar büyük ya da mutlak bir anlaşmazlık olmadığı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda Hart’ın tanım kuralına yönelik görüşleri ve Raz’ın bu görüşlere yönelik itirazlarına yer verilmiş, devamında bu farklılıkların mutlak bir anlaşmazlık olup olmadığı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu yapılırken düşünürlerin kavramsal analiz yolunu seçmeleri ve hukuki muhakeme konusunda farklı düşünceleri üzerinde durulmuştur. Sonuç bölümünde iki düşünürün kavramsal analiz yolunu seçmeleri ve hukuki muhakemeyi “hukuk nedir” sorusuna dahil edip etmemekten kaynaklı ayrışmaları göz önüne alındığında, tanım kuralının ahlaki içeriğiyle ilgili mutlak bir anlaşmazlığa sahip olmadıkları iddia edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Hart, Raz, tanım kuralı, ahlakilik, pozitivizm.

Makalenin Geliş Tarihi: 26.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 11.09.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, E-posta: muhammet.kocakgol@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1406-2427.

ABSTRACT

The moral content of the rule of recognition is discussed within legal positivism. The views of H.L.A. Hart and Joseph Raz as two prominent representatives of legal positivism, on this issue are important. While Hart considers it possible for the rule of recognition to include moral criteria, Raz claims that this is not possible. Hence, it can be thought there is an absolute divergence between the two thinkers. However, in this article, it has been tried to reveal that this separation is not as absolute as it seems. In this context, Hart's views on the rule of recognition and Raz's objections to it are explained. Then, it was tried to reveal whether these differences were absolute or not. It is emphasized that both thinkers choose the way of conceptual analysis and think differently about legal reasoning. In the conclusion part, it is claimed that there are no absolute divergences between the two thinkers because of their choice of the conceptual analysis and the place of legal reasoning in the question of "what is law". In this respect, it is concluded that they have not an absolute disagreement about the moral content of the rule of recognition.

Key words: Hart, Raz, rule of recognition, morality, positivism.

I. Giriş

Hukuki pozitivizm günümüzde de önemini korumakta, çeşitli şekillerde tartışma konusu yapılabilmektedir. Klasik dönem pozitivistlerin düşüncelerine yönelik yapılan değerlendirmeler farklı bakış açıları sunmakta, çağdaş hukuki pozitivizm tartışmaları da büyük ölçüde bu ekseninde şekillenmektedir. Mevcut tartışmalardan en dikkat çekici olanlardan biri kapsayıcı pozitivizm ve dışlayıcı pozitivizm ayrımına ilişkindir. Bu ayrım kapsamında Hart'ın görüşleriyle örtüşen kapsayıcı pozitivizm, zorunlu olmamakla birlikte hukukun belirleyicileri olarak ahlaki değerlendirmeleri mümkün görürken; dışlayıcı pozitivizm kavramsal bir gereklilik olması nedeniyle, ahlaki değerlendirmelerle hukukun belirlenmesini hiçbir şekilde mümkün görmemektedir¹. Bu kapsamda Hart, hukukun ahlaki kriterlerle belirlenebileceği iddiasındadır. Hukuku ahlaki kriterlerle belirlemeyi

¹ Wilfrid J. Waluchow, "The Many Faces of Legal Positivism," *The University of Toronto Law Journal*, Cilt 48, Sayı 3 (1998): 394.

olanaklı kılan kavram ise tanıma kuralıdır². Bu nedenle tanıma kuralı çeşitli biçimlerde tartışılan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Haliyle tanıma kuralı hakkında çeşitli bağlamlarda fikir yürütmek mümkündür. Tanıma kuralının norm olarak var olup olmadığı, ahlaki bir geçerlilik kriterini barındırıp barındıramayacağı, yetki mi verdiği yoksa sorumluluk mu yüklediği gibi bağlamlar³ bunlardan birkaçıdır⁴.

Bu makalede dışlayıcı pozitivism⁵ bakımından Hart'ın tanıma kuralının içeriğine ve işlevine ilişkin getirilen yorumlar Joseph Raz'ın görüşleri bağlamında ele alınacaktır. Dolayısıyla Hart'ın⁶ ve Raz'ın genel hukuk anlayışları değil, Hart'ın tanıma kuralı kavramı ve buna yönelik dışlayıcı pozitivismin sistemli bir savunucusu olan Raz tarafından getirilen eleştirilere yer verilecektir. Bu kapsamda öncelikle Hart'ın tanıma kuralıyla anlatmaya çalıştığı şey büyük ölçüde Hart'ın *The Concept of Law* (Hukuk Kavramı) adlı eserinden hareketle betimlenecektir. Ardından Raz'ın görüşlerine yer verilecek ve bu yazarların gözden kaçırılabilen ortak yönleri ortaya konulacaktır. Bu kapsamda tanıma kuralının ahlaki içeriğine ilişkin Hart ve Raz'ın kapsayıcı ve dışlayıcı pozitivist olmak bakımından farklı görünmelerinin sebepleri kavram analizi yapmaları ve tanıma kuralının içeriğini hukuk-hukuk muhakemesi ayrımı nedeniyle farklı görmelerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı tartışılacak ve her iki düşünürün yaklaşım farklarının mutlak farklılıklar olup olmadığına yönelik ulaşılan sonuç paylaşılacaktır.

² Gülriiz Uygur, "Hukuki Pozitivismin Değişen Yüzü mü?," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 3 (2003): 154.

³ Detaylı bilgi için bkz. Scott J. Shapiro, "What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?," *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution/ Yale Law School, Public Law Working Paper No. 184*, ed. Matthew Adler ve Kenneth Himma (Oxford University Press, 2009): 1-34.

⁴ Tanıma kuralını Hart'ın görüşleri çerçevesinde inceleyen çalışma için bkz. Aydan Ömür Surlu, *H.L.A. Hart'ta Tanıma Kuralı*, Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008).

⁵ Dışlayıcı pozitivism kavramı sert pozitivism ve ayrılma tezi kavramlarıyla eş anlamda kullanılmıştır. Dışlayıcı pozitivismle ilgili ayrıntılı çalışma için bkz. Engin Arıkan, *Sert Pozitivism* (On İki Levha Yayınları, 2019).

⁶ Hart'ın genel hukuk anlayışıyla ilgili olarak bkz. Şule Şahin Ceylan, *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı*, (On İki Levha Yayınları, 2014). Hart'ın hukuk-ahlak ayrımına ilişkin bkz. Sercan Gürler (ed.), *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı* (Tekin Yayınları, 2017).

II. Hart'ta Tanıma Kuralının İşlevi ve İçeriği

Hart'a göre, ahlaki talepler hukuk tarafından fiilen çoğu kez karşılanırsa da ahlakilik hukukun zorunlu bir şartı değildir⁷. Fakat bir hukuk sisteminde tanıma kuralına ahlaki kriter getirilerek hukuki niteliğe sahip olup olmadığı konusunda bir kural, geçerlilik testine tabi tutulabilir. Bu kriter sadece ahlaki kuralların hukuki açıdan geçerli olduğu anlamına gelmemektedir. Zira böyle bir tanıma kuralı hukuk kurallarının yapılması ve değiştirilmesi konusunda hiçbir mekanizma sağlamaz. Bu nedenle ilkel düzeyde kalır⁸. Bu sebeple Hart'ın tanıma kuralını değiştirme kuralları ve yargılama kurallarıyla ilişkisi bağlamında anlamak önemlidir.

The Concept of Law adlı eserinde Hart, birincil kurallardan ve ikincil kurallardan meydana gelen bir sistem olarak hukuk üzerinde durmuş, tanıma kuralına ilişkin detaylara bu eserinde yer vermiştir⁹. Hart, bir hukuk sisteminin en azından birincil kurallar ve tanıma kuralından oluşması gerektiğini, bunların bir hukuk sisteminin zorunlu koşulları olduğunu öne sürmüştür. Çeşitli standartlar ile yönetilen, ortak inanç veya kan bağı gibi bağlarla bir arada bulunan küçük toplulukları¹⁰ ise bu iddia bakımından istisna olarak görmüştür¹¹. Hukuk öncesi/ ilkel toplulukların hukukuyla ilgili aşağıdaki ifadeleri açıklayıcı olacaktır.

“Yasama organı, mahkemeler veya herhangi bir türden yetkilileri olmayan... sadece birincil kurallarla varlığını sürdüren bir toplum düşünmek mümkündür. Eğer bir topluluk sadece birincil kurallarla varlığını sürdürüyorsa... şiddetin keyfi kullanımı, hırsızlık, hile gibi davranışları kısıtlayan belirli şartların sağlanması gerekmektedir.”¹²

Hart, bir hukuk düzeninin sadece birincil kurallardan meydana gelmesini mümkün görmekte birlikte, bu tür bir düzenin ciddi kusurlar barındıracağını iddia etmektedir. Ne tür kusurları barındıracağıyla ilgili, yani bir hukuk sisteminden bahsedebilmek için neden en azından bu iki koşula

⁷ Jules Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence,” *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 27, Sayı 4 (2007): 583.

⁸ Einer Kenneth Himma, *Hukukun Ahlaki Kriterleri Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*, çev. Saim Üye (Bilgesu Yayınları, 2010), 19-20.

⁹ Shapiro, “What is the,” 2.

¹⁰ Makale boyunca hukuk öncesi topluluk olarak adlandırılacaktır.

¹¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 2012), 92.

¹² Hart, *The Concept of*, 91.

ihtiyaç olduğuyla ilgili olarak üç tespitte bulunmaktadır¹³. Bu tespitler ikincil kurallar kategorisine giren tanıma kuralı, değiştirme kuralları ve yargılama kurallarına ilişkin olup, tanıma kuralı geçerlilik kriterini belirleyen kural olması bakımından en önemli kural olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴. Keza tanıma kuralı hangi kuralların bağlayıcı olduğunu belirleyen kuraldır¹⁵.

Birincisi, hukuk öncesi toplulukta belirli bir topluluğun kabul ettiği kimi standartlar söz konusudur. Yani uygulanan kurallar bir sistemi oluşturma yeteneğinden yoksundur. Bu tür kuralların kimi görgü kurallarından farkı yoktur. Zira bir anlaşmazlık olduğunda referansta bulunacak bir otorite veya resmi metin bulunmamaktadır. Bu nedenle belirsizlik oluşacaktır¹⁶. Keza hukuk olanla hukuk olmayanı ayırt etme konusunda bir belirsizlik söz konusu olacaktır¹⁷. Hart burada yükümlülük getiren birincil kurallardan bahsetmekte, birincil kuralların ise belirlilik konusunda yetersiz kalacağını belirterek tanıma kuralını öne sürmektedir. Böylece hangi tür kurallar ihlal edildiğinde toplumsal baskının uygulanacağı konusuna açıklık getirmeye çalışmaktadır. Ayrıca tanıma kuralıyla bir sistem, hukuk sistemi olarak görülmeyi hak etmektedir¹⁸. Zira Hart'a göre birincil kuralların varlığını belirleyen bir tanıma kuralı, bir hukuk sisteminin zorunlu koşuludur¹⁹. Tanıma kuralı bir hukuk sistemindeki nihai üst kural olma özelliğiyle diğer bütün kuralların geçerliliğine etki etmektedir. Keza diğer kuralların geçerliliği tanıma kuralındaki kritere bağlıdır²⁰. Hart'ın aşağıdaki ifadeleri bununla ilgilidir:

“Neyin kural olduğu veya belirli bir kuralın kesin kapsamı konusunda şüpheler ortaya çıkarsa, ne buyurucu bir metne referansta bulunarak ne de

¹³ Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası*, çev. Saim Üye (Pinhan Yayınları, 2019), 150-151.

¹⁴ Surlu, *H.L.A. Hart'ta Tanıma*, 142.

¹⁵ Şule Şahin Ceylan, “H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı,” *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 23. Kitap* (İstanbul Barosu Yayınları, 2012): 84.

¹⁶ Hart, *The Concept of*, 92.

¹⁷ Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, (Filiz Kitabevi, 2010), 352.

¹⁸ Muhammet Koçakgöl, *Hukuki Pozitivizm ve Yargıcın Ahlaki Rolü: Frederick Schauer'in Kararsal Pozitivizme İlişkin Görüşleri Kapsamında Bir İnceleme* (Yetkin Yayınları, 2022), 94.

¹⁹ Grand Lamond, “The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System,” *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, ed. Luis Duarte D'almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti (Hart Publishing, 2013): 182.

²⁰ Arıkan, *Sert Pozitivizm*, 19.

bu konudaki beyanları geçerli olan bir yetkiliye referansta bulunmak suretiyle bu şüpheyi giderme konusunda herhangi bir prosedür olmayacaktır. Zira, açıkça, böyle bir prosedür ve buyurucu metin veya kişilerin kabulü, yükümlülük veya görev yükleyen kurallardan farklı türde kuralların varlığını gerektirir. Birincil kuralların basit toplumsal yapıdaki bu kusuruna belirsizlik diyebiliriz.²¹”

“Birincil kurallar rejiminin belirsizlik sorunu için en basit çözüm yolu, 'tanıma kuralı' olarak adlandırdığım şeyin getirilmesidir. Tanıma kuralı, hangi nitelik ve niteliklere sahip bir kuralın nihai ve teyit edici olduğunu belirli kılacaktır.²²”

İkincisi, hukuk öncesi toplulukta değişen şartlar karşısında, kuralları değişen şartlara uyarlayacak araçlar yoktur. Bu nedenle eski kuralları ortadan kaldıracak veya yeni kurallar çıkarmaya yarayacak kurallara ihtiyaç vardır. Yani değişiklikleri gerçekleştirmeyi sağlayacak olan ve birincil kurallardan farklı kimi kurallara ihtiyaç duyulmaktadır²³. Bu kurallar ikincil kurallardan olan değiştirme kuralları olup, kuralların statik yapısını değiştirmeye yaramaktadır²⁴. Böylece Hart, hukuk öncesi topluluk hukukundaki ikinci önemli eksikliği değiştirme kurallarının olmayışı olarak değerlendirmektedir. Değiştirme kurallarıyla ilgili şunu söylemektedir:

“Birincil kurallar rejiminin statik niteliğinin çözümü, 'değiştirme kuralları' diyeceğimiz unsurun getirilmesinden ibarettir. En basit haliyle bu kural, bir kişiye ya da kişiler topluluğuna, grubun ya da grup içindeki bir sınıfın yaşamını yürütülmesi için yeni birincil kurallar getirme ve eski kuralları ortadan kaldırma yetkisi veren kuraldır.²⁵”

Üçüncü olarak, hukuk öncesi toplulukta bir uyuşmazlık olduğunda son kararı verecek bir otorite eksikliği söz konusudur. Bir kural ihlal edildiğinde, bu ihlalin yaptırımını uygulayacak özel aktörler yoktur. Bunun yerine ihlalden etkilenen kişiler veya topluluğun tamamının dağılık çabası veya tepkisi söz konusu olacaktır²⁶. Bu durum ise toplumsal baskının

²¹ Hart, *The Concept of*, 92.

²² Hart, *The Concept of*, 94.

²³ Hart, *The Concept of*, 92-93.

²⁴ Surlu, *H.L.A Hart'ta Tanıma*, 50.

²⁵ Hart, *The Concept of*, 95.

²⁶ Hart, *The Concept of*, 93-94.

yetersizliğini doğuracaktır²⁷. Hart, ortaya çıkacak bu yetersizliği yargılama kurallarıyla çözmektedir. Yargılama kuralları aracılığıyla çeşitli organlara yetki verilmekte, bu organlar kural ihlalinin olup olmadığı konusunda karar vermektedir²⁸. Hart'ın yargılama kurallarıyla ilgili aşağıdaki ifadeleri bununla ilgilidir:

“Birincil kurallar rejimini tamamlayan üçüncü unsur, belirli bir durumda birincil bir kuralın ihlal edilip edilmediği sorusuna ilişkin bireyleri yetkilendiren ikincil kurallardan oluşmaktadır. Bu kuralları ‘yargılama kuralları’ yapma yetkisi veren ikincil kurallar olarak adlandıracağız.”²⁹

Neticede Hart, birincil kurallara ek olarak üç tür ikincil kuraldan, yani tanıma kuralı, değiştirme kuralları ve yargılama kurallarından söz ederek bir hukuk sistemini tanımlamaktadır³⁰. Bu üç kuraldan hukuk olanla hukuk olmayanı belirli kılan kural tanıma kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza tanıma kuralı hukuku belirleme işlevi görmektedir.

Tanıma kuralı tam olarak nedir veya tanıma kuralının içeriğinde ne gibi unsurlar yer alır sorusuna Hart'ın net bir cevap vermediği belirtilmelidir. Fakat tanıma kuralının içeriğine ilişkin görüşleri bulunmaktadır. Örneğin Hart, tanıma kuralının gelişmiş hukuk sistemlerinde karmaşık yapıda olabileceğini şu şekilde belirtmektedir³¹:

“Gelişmiş bir hukuk sisteminde tanıma kuralları elbette daha karmaşıktır. Kuralları yalnızca bir metne veya listeye referansta bulunarak belirlemek yerine, bunu birincil kuralların sahip olduğu bazı genel özelliklere referansta bulunarak yaparlar. Bu durum, tanıma kurallarının belirli bir organ tarafından yasalaştırılmış olmaları, uzun süreli teamüller veya yargı kararlarıyla ilişkileri olabilir.”³²

²⁷ Surlu, *H.L.A Hart'ta Tanıma*, 53.

²⁸ Shapiro, “What is the,” 4.

²⁹ Hart, *The Concept of*, 96-97.

³⁰ Raymond Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş*, çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver ve Serdar Ünver (Astana Yay, 2016), 145; Himma, *Hukukun Ahlaki Kriterleri*, 17; Lamond, “The Rule of,” 184.

³¹ Akademik yazında tanıma kuralı kavramı çoğu defa tekil kullanılmakla birlikte Hart, bazı yerlerde tanıma kuralları şeklinde kavramı çoğul biçimde kullanmıştır. Makale boyunca atıf yapılan metindeki kullanım şekli gözetilmiştir.

³² Hart, *The Concept of*, 95.

“Hukukun 'kaynaklarının' çeşitli olduğu modern bir hukuk sisteminde, tanıma kuralı buna bağlı olarak daha karmaşıktır. Hukuku tanımlama kriterleri çok sayıdadır ve genellikle yazılı bir anayasayı, bir yasama organı tarafından çıkarılan yasayı ve yargı içtihatlarını içerir.”³³

Diğer taraftan, tanıma kuralı birincil kuralların geçerli olup olmadığıyla ilgilidir ve diğer kuralların geçerliliğini test etme konusunda işlev görmektedir. Tanıma kuralının ahlaki içerip içermeyeceği meselesi de bununla ilgili olup, geçerlilik testinin ahlaki kriter içerebilmesi söz konusudur. Zira Hart tanıma kuralında getirilebilecek kriterlere herhangi bir kısıtlama getirmemektedir. Zaten tanıma kuralının karmaşık bir yapıda olması bununla ilişkilidir. Bu noktada tanıma kuralının kendisinin geçerlilik testine tabi tutulamayacağı belirtilmelidir. Çünkü Hart’a göre tanıma kuralının kendisi geçerli ya da geçersiz değildir³⁴. Hart tanıma kuralının kendisinin geçerli veya geçersiz olamayacağıyla ilgili ve içeriğinin karmaşık olup, belirli unsurlarla kısıtlı olmadığıyla ilgili yukarıdaki ifadeleriyle paralel biçimde şunları söylemiştir:

“Hiç şüphesiz, bir tanıma kuralının fiili varlığını oluşturan hakimlerin, yetkililerin ve diğerlerinin uygulaması karmaşık bir meseledir. Bu tür bir kuralın kesin içeriği ve kapsamına ve hatta varlığına ilişkin soruların açık veya kesin bir yanıtının bulunmadığı durumlar elbette vardır... Bu tür kuralların³⁵ toplumsal bir grubun fiili uygulamasında mevcut olduğu tespit edilirse, bunların geçerliliği konusunda tartışılacak ayrı bir soru da yoktur.”³⁶

“Tanıma kuralının mevcut olduğu iddiası ancak dışsal bir olgu ifadesidir. Çünkü bir sistemin tabi kuralı geçerli olabilir. Ve bu anlamda genel olarak göz ardı edilse bile bu kural ‘mevcut’ olabilirken, tanıma kuralı da mahkemelerin, yetkililerin ve özel kişilerin belirli kriterlere göre hukuku belirlemede karmaşık, ancak normal olarak koordineli bir uygulaması olarak yine mevcuttur. Yani tanıma kuralının mevcudiyeti olgusal bir meseledir.”³⁷

³³ Hart, *The Concept of*, 101.

³⁴ Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen,” 150.

³⁵ Hart burada görenekleri kastetmekle birlikte, tanıma kuralıyla benzer şekilde bir kuralın varlığını olgusal olarak görmekte ve geçerli olup olmadığının tartışılmayacağını belirtmektedir. Fakat kuralın arzu edilir olup olmadığının her zaman sorgulamaya açık olduğunu da ifade etmektedir (Hart, *The Concept of*, 109).

³⁶ Hart, *The Concept of*, 109.

³⁷ Hart, *The Concept of*, 110.

Hart tanıma kuralının içeriğine ve sayısına bir sınır getirmeyerek ahlaki ilkelerin de tanıma kuralında yer almak koşuluyla geçerlilik kriteri olabileceğini ifade etmekte³⁸, ama bunun zorunlu olmadığını örnekleyerek göstermeye çalışmaktadır:

“Her modern devletin hukukunda, hem kabul edilen toplumsal ahlakın hem de daha geniş ahlaki ideallerin etkisi sayısız noktada görülür. Bu etkiler, yasama yoluyla ani ve açık bir şekilde ya da yargı yoluyla sessizce ve parça parça hukuka dâhil olabilir. Amerika Birleşik Devletleri’nde olduğu gibi bazı sistemlerde, hukuki geçerliliğin nihai kriterleri, açıkça adalet ilkelerini veya maddi ahlaki değerleri içerir. İngiltere’de olduğu gibi, yüksek yasama organının yetkinliği üzerinde hiçbir resmi kısıtlamanın bulunmadığı diğer sistemlerin hukuku da yine adalete veya ahlaka aynı ölçüde uygunluk gösterebilir.”³⁹

Netice itibarıyla Hart, tanıma kuralını bilinçli olarak net bir şekilde tanımlamamakta ve geçerlilik kriteri olarak tanıma kuralının adalet gibi ahlaki kriterleri içerebileceğini belirtmektedir. Yukarıdaki alıntıdan da anlaşılacağı üzere tanıma kuralı yasama işlemiyle ortaya çıkabileceği gibi mahkeme kararlarıyla da ortaya çıkabilecek niteliktedir⁴⁰. Ayrıca Hart, tanıma kuralının önemli bir işlevi kesinliği sağlamak olsa da tanıma kuralının belirsizliği bütünüyle ortadan kaldırmayacağını kabul etmektedir⁴¹. Tanıma kuralının ahlaki içerebilmesi, birden çok tanıma kuralının mümkün olması ve dolayısıyla belirsizlikle ilişkilendirilmesi, kimi çağdaş dışlayıcı pozitivistler tarafından tanıma kuralının eleştirilmesine neden olmuştur. Bu düşünürlerden en dikkat çeken dışlayıcı pozitivist sistemli şekilde savunması nedeniyle Raz olmuştur.

III. Raz’dan Gelen İtirazlar

Raz, Hart’ın aksine, hukukla ahlak arasında kurucu bir ilişki olamayacağını, bunun hukukun doğasına aykırılık teşkil edeceğini öne sürmektedir⁴². Ona göre ahlaki kriterler, bir normun hukuki statüsü için

³⁸ Sururi Aktaş, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk,” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt VIII, Sayı 3-4, (2004): 8-9.

³⁹ Hart, *The Concept of*, 203-204.

⁴⁰ Aktaş, “Hart ve Dworkin’e,” 8-11.

⁴¹ Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen,” 162.

⁴² Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen,” 152.

zorunlu olmadığı gibi yeterli de değildir⁴³. Raz'ın bu iddiasını anlamak için otorite olarak hukuk, hukukun dışlayıcı sebepler sunması ve dâhil edici teze ilişkin görüşlerine başvurmak gerekmektedir. Burada Raz'ın tanıma kuralının varlığını kabul ettiği, fakat ahlaki bir kriterin tanıma kuralında yer alabileceği düşüncesini reddettiği belirtilmelidir. Zira Raz sadece ve sadece sosyal olgulara dayanması koşuluyla tanıma kuralının hukuku belirleyebileceğini kabul etmektedir⁴⁴. Raz bu durumu üç temel tezden hareket ederek ele almaktadır. Bu tezler ve hangisini savunduğunu aşağıdaki gibi ifade etmektedir:

“Kaynaklar tezi: Hukuk tamamen kaynak temellidir.

Dâhil edici tez: Hukuk ya kaynağa dayalıdır ya da kaynak temelli hukuka tabidir.

Tutarlı bütünlük tezi: Hukuk, kaynağa dayalı hukukun ahlaki açıdan en sağlam temellendirmesiyle birlikte vardır.

Hukukun varlığı ve içeriği, herhangi bir değerlendirme argümanına başvurmadan yalnızca sosyal olgulara atıfta bulunularak tanımlanabiliyorsa, kaynağa dayalıdır. Bu makalenin temel amacı da kaynak tezini savunmaktır.⁴⁵”

Raz'ın kaynak tezini savunması, tanıma kuralında ahlaki bir kriterin yer alamayacağı, başka bir ifadeyle hukuku belirlemede ahlaki kriterlerin rol alamayacağını düşünmesi hukukun otoritesi ve bununla ilişkili olarak hukukun dışlayıcı sebepler sunmasıyla ilgilidir. Raz'ın hukuk teorisi özetlemeye pek elverişli olmasa da, sırasıyla 1) hukukun otoritesi ve dışlayıcı sebepler sunması, 2) Hart'ın dâhil edici tezine hukukun parçası olma ve hukukun sonuç bağlaması ayrımıyla Raz'ın nasıl karşı çıktığı üzerinde durulabilir.

Otorite olarak hukuk argümanı ile Raz, esasında hukukun doğasına ilişkin bir açıklamada bulunmaktadır. Zira hukuk sistemi otorite

⁴³ Brian H. Bix, “Hukuki Pozitivizm” çev. Yusuf Umur Çil, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi*, ed. Martin P. Golding ve William A. Edmundson, çev. ed. Ertuğrul Uzun (İslık Yay, 2021): 79.

⁴⁴ Michael S. Green, “The Semantic Thesis in Legal Positivism,” *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, ed. Torben Spaak/ Patricia Mindus (Cambridge University Press, 2021): 539.

⁴⁵ Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford University Press, 1996), 210-211.

iddiasındadır. Dolayısıyla Raz'a göre otorite iddiasında bulunmayan bir normatif sistemin hukuk sistemi olarak nitelenmesi mümkün değildir. Yine hukuk otorite iddiasında bulunurken meşru otoriteye sahip olma veya bu potansiyele sahip olma iddiasına sahiptir⁴⁶. Başka bir ifadeyle herhangi bir hukuk sisteminin yürürlükte olması, hukuk sisteminin otoriteye sahip olduğu iddiasında bulunduğu anlamına gelmektedir⁴⁷.

Raz otoriteyi iki farklı manada ele almaktadır: 1) kişiler üzerinde otorite, 2) belirli eylemlerde bulunmak için sahip olunan otorite. Her iki otorite türü bazı noktalarda örtüşmekle birlikte, Raz bunları farklı nosyonlar olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda kişinin kendi üzerindeki otoritesi kapsamında olmayan, yani diğer kişi ya da kişiler üzerindeki gönüllü yükümlülüklerle ilişkin otoritesi, kişiler üzerinde otoritedir. Başka birine elektronik posta adresine girmek konusunda otorite verilmesi örnek olarak gösterilebilir. Yani bir başkasına devretmeyi gerekli kılan bir otorite söz konusu olup⁴⁸, gönüllülüğe ilişkin bir durum vardır.

Diğer taraftan hukukun otoritesi eylem sebepleri sunmaktadır. Bu bakımdan Raz hukukun otoritesini bir tür pratik otorite olarak görmektedir. Zira hukuk, bireyler üzerinde eylem sebepleri yaratarak toplumu organize etmeye çalışmakta ve bu yönüyle pratik bir otorite olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁹. Hatta hukuk zorunlu biçimde pratik otorite iddiasında olmak durumundadır⁵⁰. Pratik otoritenin karşısında ise teorik otorite vardır. Bilim insanlarının otoritesi buna örnek olarak gösterilmektedir. Pratik otoriteler hak sahibi olma iddiasına sahipken, teorik otorite böyle bir iddiada bulunmamaktadır⁵¹. Başka bir ifadeyle, teorik otorite tıp bilgisi gibi uzmanlık bilgisine sahip olmakla ilgilidir. Bu sebeple inanılmak için kişilere haklı sebepler sunmaktadır. Oysa pratik otorite inanılmakla ilgili değil, kendisinin istediği şekilde davranış sergilenmesiyle ilgili sebep sunmaktadır.

⁴⁶ Halit Uyanık, "Joseph Raz'da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi," (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), 174-175.

⁴⁷ Patricia D. White, "Law and Moral Obligation," *The University of Chicago Law Review*, Cilt 49, Sayı 1, (1982): 251.

⁴⁸ Joseph Raz, *The Authority of Law Essays on Law and Morality* (Oxford University Press, 1979), 19-20.

⁴⁹ Uyanık, "Joseph Raz'da Hukukun," 174.

⁵⁰ Brian H. Bix, "Joseph Raz's Approach to Legal Positivism," *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, ed. Torben Spaak ve Patricia Mindus (Cambridge University Press, 2021): 355.

⁵¹ Uyanık, "Joseph Raz'da Hukukun," 44.

Yani diğerlerinin davranışlarını yönlendirme söz konusudur⁵². Keza pratik otorite olarak hukuk nasıl inanacağımızı değil nasıl davranacağımızı söylemektedir⁵³. Böylece Raz hukuk otoritesini başkalarının davranışlarını yönlendirme bağlamında normatiflikle⁵⁴ birlikte ele almıştır. Nitekim Raz hukukun normatifliğini, davranışları yönlendirme görevi ve zorlayıcı olmasıyla açıklamaktadır⁵⁵.

Hukukun meşruluk iddiasında bulunan bir otorite olması ve davranışları yönlendirmek için sebep sunması Raz'da dışlayıcı sebepler argümanı ile kendini göstermektedir. Dışlayıcı sebepler, belirli bir sebebe dayanarak belirli bir davranıştan kaçınmaya ilişkin sebeplerdir. Dışlayıcı sebepler söz konusu olduğunda kişinin sebepler arasında bir denge gözetmesi değil, dışlayıcı sebeplerin dışladığı sebepleri göz ardı etmesi gerekmektedir⁵⁶. Dolayısıyla hukuk meşru otorite iddiasıyla diğer sebepleri dışlamakta ve kendisine uymayı gerekli kılmaktadır. Bir başka deyişle hukuk kuralları diğer sebeplerden bağımsızdır. Raz'ın aşağıda söyledikleri bir sebebin çeşitli ahlaki değerlendirmelerle revizyona tabi tutulmaması, yani dışlayıcı olması ve bunun hukukun meşru otorite iddiasında olması nedeniyle dışlayıcı sebepler sunmasıyla ilgilidir:

“Kalıcı şekilde revizyona direnmesi, bir kuralın temel dışlayıcı niteliğidir. Uygulandığı her durumda olası revizyon açısından yeniden incelenmesi gerektiği iddiasından bağımsızdır.”⁵⁷

“Dışlayıcı sebepler, başka bir sebeple hareket etmeme sebepleridir.”⁵⁸

“Bu, otorite kavramının ayrılmaz bir şekilde hukuk kavramına bağlı olduğunu göstermek için yeterli görünebilir. Hukuka karşı uygun tutum belirlemek için hukukun bizim üzerimizde kabul etmemiz gereken bir yetkisi

⁵² Kenneth Ehrenberg, “Joseph Raz’s Theory of Authority,” *Philosophy Compass*, Cilt 6 (2011): 884.

⁵³ Bix, “Joseph Raz’s Approach,” 355.

⁵⁴ Normatiflik ve hukuki pozitivizm ilişkisiyle ilgili detaylı çalışma için bkz. Yahya Berkol Gülgeç, *Normativite ve Pozitivizm* (On iki Levha Yayınları, İstanbul 2020).

⁵⁵ Uyanık, “Raz’da Hukukun Otoritesi,” 172.

⁵⁶ Yahya Berkol Gülgeç, “Akıl Temelli Normativite Teorileri ile Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması,” (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020), 50, 70-71.

⁵⁷ Raz, *The Authority of*, 33.

⁵⁸ Joseph Raz, “Exclusionary Reasons”, (2021): 6, erişim tarihi 28.02.2022, <https://ssrn.com/abstract=3933033>.

olup olmadığını incelememiz gerektiği gayet açıktır. Fakat hukukun doğasını açıklarken otorite kavramını kullanmamız gerekir mi? Bu kavram, sadece hukuka karşı yükümlülüğümüzün belirlenmesinde değil, aynı zamanda onu anlamamızda da bir rol oynar mı? Cevap olumludur, çünkü meşru otorite talep etmesi hukukun temel bir niteliğidir.⁵⁹

Raz'ın bu ifadelerinden hareketle hukuk kurallarının hukuk kuralı olmakla diğer sebepleri dışladığı belirtilebilir. Örneğin bir kuralla ilke çatıştığında ikisi arasında bir dengeleme söz konusu olamaz. Çünkü kural diğer sebepleri⁶⁰ dışlar⁶¹. Aksi durumda zaten inançları değil de nasıl davranılacağına ilişkin meşru otorite olma iddiası havada kalacaktır. Böylece hukuku belirleyen tanıma kuralının ahlaki bir kriter içermemesi veya bu tür bir tanımlamanın hukukun doğasına aykırı görülmesi Raz'ın kaynak temelli görüşleriyle şekillenmiştir.

Diğer taraftan Raz dışlayıcı sebep argümanının yanında veya bu argümanın bir tamamlayıcısı olarak dahil edici tezle ilgili ilginç bir yaklaşım sergilemektedir. Hukukun dışlayıcı sebepler sunması hukuku belirlemede ahlaki bir kriteri içeremez görüşünü esasında daha ileriye taşımaktadır. Örneğin Anayasada yer alan insan hakları ve insan onuru gibi kavramları içeren hükümleri hukukun parçası saymamaktadır. Yani doğrudan hukuk metinlerinde yer alsa da, ahlakiliğin hukuku belirleyememesinin de ötesinde hukukun parçası dahi olamayacağını iddia etmektedir. Bu konuyu Raz *Incorporation by Law* makalesinde irdelemiş, hukukun belirli bir ahlaki takip etmeyi emredebileceğini belirtmiştir. Hakimlere hakkaniyetli davranmanın emredilmesi buna örnektir. Benzer şekilde anayasada bütün devlet otoritelerinin insan onurunu koruması ve insan onuruna saygı duyması ödev olarak yüklenmiş olabilir. Benzer biçimde örneğin Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, ifade özgürlüğüne aykırı yasa yapılamayacağını hüküm altına almıştır. Raz, bu tür düzenlemelerden, hukukun ahlaki bünyesine kattığı anlamının çıkarıldığını belirtmektedir⁶². Burada gerçekten hukuka dâhil edilme mi söz konusudur? Raz'ın bu soruya cevabı büyük

⁵⁹ Raz, *The Authority of*, 29-30.

⁶⁰ Eylem sebepleriyle ilgili Raz'ın yaptığı ayırım birincil sebepler ve hukuk kurallarının da dahil olduğu ikincil sebepler şeklindedir. Burada kastedilen diğer sebeplerden kasıt ahlakilikten kaynaklı birincil sebeplerdir.

⁶¹ Peng-Hsing Wang, "Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?," *On the Nature of Legal Principles* (Franz Steiner Verlag Publishing, 2010): 38.

⁶² Joseph Raz, "Incorporation by Law," *Legal Theory*, Cilt 10 (2004): 7-10.

ölçüde “hayır” şeklindedir. Bu cevaba hukukun sonuç bağlaması ile hukukun parçası olmanın birbirinden farklı şeyler olduğundan hareketle ulaşmaktadır. Bu cevap önemlidir, çünkü özellikle tanıma kuralının durumuna baktığımızda dâhil edilme yoksa, hukukun ahlaki geçerlilik kriteri içeremeyeceği argümanı daha güçlü hale gelecektir.

Raz, yukarıda verilen örneklerin ahlakın hukuka dâhil olması şeklinde yorumlanamayacağını düşünmektedir. Eğer “dâhil etme” yasa yapmak ya da standart oluşturup, buna hukuki sonuç bağlamaksa bu örnekler dahil edicilik kapsamında değildir. Örneğin İngiliz ve Amerikan yasaları şirket düzenlemelerine ve üniversite yönetmeliklerine hukuki sonuç bağlamakta, bunları ülke hukukunun bir parçası olarak kabul etmektedir. Aynı şekilde hukuki bakımdan bağlayıcı olan sözleşmelere de sonuç bağlanmaktadır. Fakat bu sözleşmeler hukukun parçası değildir. Dolayısıyla Raz’a göre birçok standarda hukukun parçası olmadan sonuç bağlamak mümkündür⁶³. Böylece Raz, ahlaki kriter hukuka dahil edilmek suretiyle zaten hukukun parçası haline gelir iddiasına karşı çıkmanın ötesinde bir tespit bulunmaktadır. Zira ahlaki kriterlere birçok defa sadece hukuki sonuç bağlandığını ve kriterlerin kendisinin hukukun parçası dahi olmadığını iddia etmektedir⁶⁴. Raz dahil edicilik olarak nitelenen kavramın birçok kez dahil edilmeye ilgisiz olduğu iddiasını şu şekilde özetlemektedir:

“...Bir standardı hukukun bir parçası yapmakla, onu ülke hukukunun bir parçası haline getirmeden ona yalnızca bir ölçüde hukuki sonuç bağlamak arasındaki fark, yasamanın “dâhil ediciliği” diline bağlı değildir. Bu, kısmen, bir hukuk sisteminin ne olduğuna ve hukuk sisteminin dışında kalan normatif standartlarla, (örneğin yabancı hukuka, ahlaki değerlendirmelere veya devlet dışı kuruluşların anayasası ve yasalarıyla) nasıl ilişkili olduğuna dair genel anlayışımıza bağlıdır.”⁶⁵

Raz’ın ahlakiliği tanıma kuralının tamamen dışında tutması Hart ile keskin veya uzlaşması zor yaklaşımlara sahip olduklarını gösterse de iki düşünürün neden anlaşamadıkları ve bu anlaşmazlığın her zaman tanıma kuralının ahlakilik içerip içermemesiyle ilgili olup olmadığını tartışmaya açıktır.

⁶³ Raz, “Incorporation by Law,” 10.

⁶⁴ Raz, “Incorporation by Law,” 10-11.

⁶⁵ Raz, “Incorporation by Law,” 11-12.

IV. Hart ve Raz'ın Tanıma Kuralına İlişkin Görüşleri Ahlakiliği İçerme Bakımından Çatışıyor Mu?

Yukarıdaki bilgilerden hareketle Hart ve Raz'ın hangi noktalarda ne ölçüde çatıştığı ya da örtüştüğü tanıma kuralına ilişkin pozitivist teorinin iç tutarlılığını veya tutarsızlığını göstermek açısından önemlidir. Bu kapsamda doğal hukuka karşı bir teori olarak ve hukuki belirliliği sağlama konusundaki önemi bakımından her iki düşünürün ayrışmadığı ve ortak bir paydada buluştukları açıktır. Zira doğal hukuka karşı geliştirilmesi bakımından Hart'ın görüşleri pozitivist teoriden sapmamaktadır⁶⁶. O halde asıl tartışma konusu pozitivist teorinin kendi içerisinde gerçekleşmekte olup, Raz'ın geçerlilik kriterinin hiçbir şekilde ahlakilik içermeyeceği şeklindeki iddiasıyla ilgilidir. Örneğin hukukun dışlayıcı sebepler sunması hukuki geçerliliğin ahlaki bir kritere bağlanmasına engeldir. Oysa bu durum Hart için öyle değildir. Keskin veya mutlak bir ayrışma gibi görünmekle birlikte bu ayrışmayı mutlak olmayan bir farklılık olarak kabul etmek mümkün müdür?

Bu soruya olumlu cevap vermek, yani tanıma kuralının ahlaki kriter içerip içermeyeceği konusunda her iki düşünürün düşüncelerinin büyük ölçüde ayrışma içermediğini en azından iki noktada ortaya koymak mümkündür: 1) Her iki düşünür de kavramsal analiz yolunu seçmiştir. 2) Hukukun geçerlilik kriterinden çok hukuk ile hukuki muhakeme ayırımında farklı yol izlemişlerdir.

Kavramsal analizin seçilmesiyle ilgili olarak, kapsayıcı pozitivism-dışlayıcı pozitivism yaygın olarak kabul gören bir ayırım olmakla birlikte çağdaş düşünürler hukuki pozitivismi farklı tasnifler yoluyla değerlendirebilmektedir. Bu nedenle Hart ve Raz gibi karşı karşıya görünen pozitivistlerin aynı çatı altında görülmesi mümkündür. Bu konuda Frederick Schauer kavramsal pozitivism/ kararsal pozitivism/ etik-normatif pozitivism şeklinde bir ayırımın mümkün olduğunu ve bu ayırım bakımından Hart ve Raz'ın kavramsal pozitivismi temsil ettiğini düşünmektedir. Zira her ikisi de hukukun kavram olarak tanımlanması üzerinde durmaktadır. Oysa Bentham ve Austin'in temsil ettiği Hart öncesi pozitivism⁶⁷ hakimlerin ve hukuk

⁶⁶ Uygur, "Hukuki Pozitivismin Değişen," 152.

⁶⁷ Detaylı bilgi için bkz. Frederick Schauer, "Hart Öncesi Pozitivism," çev. Muhammet Koçakgöl, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1 (2021): 101-128.

aktörlerinin karar verme davranışına yönelik bir görüşü yani kararsal pozitivizmi temsil etmektedir. Yani Bentham ve Austin'in hedefinde hukuku tanımlamak değil, hukuk aktörlerini sınırlandırmak vardı. Diğer taraftan normatif veya etik pozitivizm hukuk kavramının pozitivist tanımının demokrasi, şeffaflık ve benzeri değerlerin hayata geçmesi bakımından olması gereken yaklaşım olduğu iddiasındadır⁶⁸.

Schauer'in bu ayrımı dikkate alındığında Hart ve Raz arasında mutlak ve aşılabilir bir anlaşmazlık olmadığını belirtmek mümkün hale gelmektedir. Örneğin Bentham ve Austin gibi Hart da yetkinin kötüye kullanılması konusunda benzeşmektedir. Farklı olan Hart'ın kavramsal analiz yolunu, Bentham ve Austin'in ise reform yolunu seçmesi olmuştur⁶⁹. Dolayısıyla kapsayıcı veya dışlayıcı olmasından çok nereye yöneldikleri fark yaratmaktadır. Raz'ın da kavramsal analiz yolunu seçtiği göz önünde bulundurulduğunda Hart ve Raz arasındaki ortak noktaların belirginleştiğini, pozitivizm içerisinde farklı kollarda yer almaktan ziyade aynı kolda (kavramsal pozitivizm) yer aldıklarını görmek mümkün hale gelmektedir.

Elbette bu argümanlarla her ne kadar Schauer iki düşünürün ortak noktalarını belirgin hale getirirse de Hart ve Raz'ın tanıma kuralının ahlaki içeriğiyle ilgili ortaklaştıklarını göstermez. Neticede Hart geçerlilik testi için ahlaki bir kriteri mümkün görürken Raz bunun hukukun doğasına ters olacağını düşünmektedir. Fakat bu konuda da iki düşünür arasında keskin bir ayrım olmayabileceğini iddia etmek mümkündür.

Hukuk nedir sorusuna cevap verilirken elbette akla birçok kavram gelebilmektedir. Ama iddiamızı savunmak bakımından hukuk nedir sorusuna düşünürlerin neleri dahil edip etmediğine bakarak cevap vermek yol gösterici olacaktır. Örneğin hukuki muhakeme bu soruya dahil midir? Raz'ın bu konuyla ilgili yaklaşımı son derece tutarlı ve ilginçtir. Zira Raz'a göre hukuki muhakemeyi farklı kılan hukukun kendisidir. Yoksa hukuki muhakemeye özgü farklı bir muhakeme türü yoktur⁷⁰. Bu nedenle hakimlerin ve diğer hukuk uygulayıcılarının muhakeme şekli hukuka dâhil değil, hukukun sonucudur. Burada Raz hukuk nedir sorusuna cevap verirken hukuki muhakemeyi ayrıca değerlendirme gereği duymamaktadır⁷¹. Bu

⁶⁸ Schauer, "Hart Öncesi Pozitivizm," 108-115.

⁶⁹ Koçakgöl, *Hukuki Pozitivizm* ve, 70.

⁷⁰ Joseph Raz, "Reasoning with Rules," *Current Legal Problems*, Cilt 54 (2001): 1-18

⁷¹ Koçakgöl, *Hukuki Pozitivizm* ve, 86.

yaklaşım Raz'ın hukuki muhakemeyi ahlaki muhakemenin bir şekli olarak görmesiyle ilgilidir⁷². Zaten hukuki muhakemeyi dışarıda tutmadan yapılacak bir hukuk tanımı Raz'ı tutarsız kılacaktı.

Raz'ın tespitleri son derece tutarlı olmakla birlikte tanıma kuralının ahlaki bir kriter içermesi hukuki muhakemeye ilişkin görüldüğünde Hart ile arasındaki yaklaşım farkının niteliği değişmektedir. Zira yetkililerin pratiklerini hukuki muhakemeden ayrı düşünmek mümkün değildir. Bu nedenle tanıma kuralını yetkililerin pratikleri ve konvansiyonu olarak gördüğümüzde, sorunun ahlaki kriter içerip içermemesiyle değil, hukuki muhakemeyi tanıma kuralının parçası olarak görüp görmemesiyle ilgili olduğunu söylemek mümkün hale gelecektir. Örneğin başka bir yargı çevresinde bulunan üst mahkemelerin verdiği kararları, diğer bir yargı çevresinin hakimleri bağlayıcı olarak görüyorsa ve buna uygun bir konvansiyon içerisindeyseler buradaki anlaşmazlığın ahlaki bir kriterle ilgili olmadığı daha net görülebilir. Zira hakimlerin diğer bölgelerdeki üst mahkeme kararlarını bağlayıcı olarak görmeleriyle ilgili bir muhakemeleri söz konusudur. Bu muhakeme süreci hukuk değil hukuki muhakemeye, yani hukuk hakkında akıl yürütmeye ilgilidir. Zira mevcut hukuka göre bir bağlayıcılık olmadığı halde hakimlerin kendilerini bu kararlarla bağlı görmeleri ve diğer yargı çevrelerindeki mahkemelerin konsensüsüne referansta bulunarak davranmaları söz konusu olabilmektedir⁷³. Hakimlerin bu şekilde bağlayıcı olmayan kararları takip etmeleri ise ahlakilik testine tabi tutmayla açıkça ilgisizdir. Aynı şekilde Raz'ın hukuk nedir sorusunu net biçimde tanımlama çabasıyla da örtüşmemektedir. Zira diğer yargı çevrelerindeki mahkemelerin konsensüsünü Raz'ın kaynaklar tezi görüşüyle bağdaştırmak zordur. O halde anlaşmazlık her zaman tanıma kuralının ahlaki bir kriter içerip içerememesiyle ilgili değildir.

Diğer taraftan ahlaki bir kritere örneğin “diğer yargı çevrelerindeki mahkemelerin konsensüsü” yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “insan onuru” gibi bir kritere Anayasa metninde referansta

⁷² Detaylı bilgi için bkz. Joseph Raz, “On the Autonomy of Legal Reasoning,” *Ratio Juris*, Cilt 6, Sayı 1 (1993): 1-15.

⁷³ Koçakgöl, *Hukuki Pozitivizm ve*, 150-151. Schauer bu örneği otorite kavramıyla ilişkili olarak vermiştir. Otoritenin otorite olması nedeniyle bağlayıcı olduğunu, yol gösterici otorite şeklinde bir otorite olamayacağını belirtmiştir. Bu tür bir kavramın kendi içerisinde çelişkili kaldığını göstermeye çalışmıştır (Frederick Schauer, “Authority and Authorities,” *Virginia Law Review*, Cilt 94, Sayı 8, 2008: 1945-1946.)

bulunulduğunda tanıma kuralının ahlakilik içerip içermeyeceği önem kazanmaktadır. Zira Raz'ın yukarıda belirtilen ahlaki bir argümana hukukun sonuç bağlaması hukukun parçası olmaktan farklıdır şeklindeki yaklaşımı söz konusu olmaktadır. Bu durumda eğer ahlaki bir kriter hukuki geçerlilik kriterinin parçası olamaz, hukukun sonuç bağladığı bir kriter olabilir önermesi doğru olarak kabul edilirse şu iki yaklaşımdan hangisi doğrudur?

1- Yetkililerin ahlaki bir kriteri geçerlilik testi olarak uygulaması hukuk nedir sorusuna değil hukuki muhakemeye ilişkindir. Bu nedenle ahlakilik kavramı hukukun tanımında yer alamaz.

2- Hukuk nedir sorusu hukuki muhakemeyi de içeriyorsa geçerlilik testinde ahlaki kriterin yer alması mümkündür.

Bu yaklaşımlardan sadece birinin doğru olması Hart ve Raz arasındaki ayrılığın mutlak bir farklılık olduğunu gösterir. Oysa bu yaklaşımların ikisi de kendi içerisinde doğru ve tutarlıdır. Bu önermelerden biri diğerini çürüten nitelikte değildir. Aşağıdaki (ve yukarıdaki) birinci örnek Raz'ın, ikinci örnek Hart'ın yaklaşımıyla paraleldir.

1- A istiyor ama B istemiyorsa evlenemezler.

2- A ve B ikisi de istiyorsa evlenebilirler.

Bu örnekte olduğu gibi en azından hukuki sonuç bağlama-hukukun parçası olma bakımından birbiriyle çatışan argümanlar söz konusu değildir. Sorun sadece ahlaki kriterin olup olmayacağı değil, hukuki muhakemenin hukuka dahil olup olmamasıyla da ilgilidir. Raz'ın Hart'tan farkı hukukun doğasını açıklama bakımından oldukça fazla görünse de, bu yönüyle görüldüğünden azdır.

V. Sonuç

Pozitivist teori içerisindeki tartışmaları sadece ahlakilik kriteri üzerinden değil, hukukun doğasına ve olguya ilişkin tartışmalarla birlikte değerlendirdiğimizde düşünürler arasındaki farkları doğru anlamak mümkün hale gelmektedir. Bu nedenle Hart ve Raz arasındaki yaklaşım farkını sadece tanıma kuralının ahlakilik içerip içermeyeceği şeklindeki bir soru üzerinden değerlendirmek aradaki benzerlikleri görmeye engel olabilmektedir. Her ne kadar Raz'ın ve Hart'ın görüşleri pozitivist teori içerisinde birbirine zıt yaklaşımlar olarak düşünülse de tanıma kuralı bir kural olarak, bir tür norm olarak değil de yetkililerin konvansiyonu olarak görüldüğünde iki düşünür arasındaki farkın mutlak olmadığı iki noktada iddia edilebilir.

Birincisi Schauer'in belirttiği gibi hem Hart'ın hem Raz'ın başvurduğu yöntem kavramsal analizdir ve bu yolla hukukun doğasını anlama kaygısından hareket edilmektedir. Dolayısıyla tanıma kuralının ahlakilik içerip içermemesi her iki düşünürün de kavramsal pozitivist olmasına ve birbirine yakınlaşmasına engel değildir.

İkincisi hukuka dahil edilme konusunda Raz hukukun ahlaki bir kritere sonuç bağlamasını hukukun parçası olmaktan farklı görmektedir. Dolayısıyla sonuç bağlanan insan onuru, demokrasi ve benzeri bir kritere başvuran hukuk aktörü, (Raz'a göre hukuki muhakeme de ahlaki muhakemenin bir türü olduğu için) bir tür ahlaki muhakemede bulunmuş olacaktır. Hart'ın görüşleri bakımından ise yetkililerin konvansiyonu söz konusu ise hukuku tanımlamak söz konusu olacaktır. Her iki ihtimalde de tartışılan mesele temelde ahlakilik hukuka dahil midir sorusu değil, hukuki muhakeme hukuka dahil midir sorusuyla ilgilidir. Yani ahlakiliğin dahil olup olmamasıyla ilgili ulaşılan sonuç farklı görünse de bu farklılık ahlakiliği dışlamakla ilgili değil, hukuki muhakemeyi dışlamakla ilgilidir. Haliyle düşünürler arasındaki fark görüldüğünden azdır.

Sonuç olarak iki düşünürün yaklaşım farkını sadece geçerlilik testindeki ahlaki kriterle sınırlı görmek yanıltıcı olabilmektedir. Bu nedenle hukuki muhakeme süreçlerini hukukun geçerlilik kriterinden ayrı gördüğümüzde Raz haklı iken, hukukun geçerliliği ile ilgili gördüğümüzde Hart haklıdır şeklinde bir sonuç çıkarmak mümkün hale gelmektedir ki bu durum düşünürlerin tanıma kuralındaki ahlaki kritere yönelik mutlak bir anlaşmazlığa sahip olmadıklarını güçlendirir niteliktedir.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi. "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk," *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt VIII, Sayı 3-4 (2004): 1-21.
- Arıkan, Engin. *Sert Pozitivizm*. (On iki Levha Yayınları 2019).
- Bix, Brian H. "Hukuki Pozitivizm," çev. Yusuf Umur Çil, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi*. ed. Martin P. Golding/ William A. Edmundson, çev. ed. Ertuğrul Uzun (Islık Yayınları, 2021): 67-101.
- Bix, Brian H. "Joseph Raz's Approach to Legal Positivism," *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. ed. Torben Spaak ve Patricia Mindus (Cambridge University Press, 2021): 349-370.
- Coleman, Jules. "Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence," *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 27, No. 4 (2007): 581-608.
- Cotterrell, Roger. *Hukukbilimin Politikası*. çev. Saim Üye (Pinhan Yayınları, 2019).
- Ehrenberg, Kenneth. "Joseph Raz's Theory of Authority," *Philosophy Compass*, Cilt 6 (2011): 884-894.
- Green, Michael S. "The Semantic Thesis in Legal Positivism," *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. ed. Torben Spaak ve Patricia Mindus (Cambridge University Press, 2021): 536-558.
- Gülgeç, Yahya Berkol. "Akıl Temelli Normativite Teorileri ile Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması," (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020).
- Gülgeç, Yahya Berkol. *Normativite ve Pozitivizm*. (On iki Levha Yayınları 2020).
- Gürler, Sercan. ed. *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*. (Tekin Yayınları 2017).
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. (Oxford University Press, 2012).
- Himma, Einer Kenneth. *Hukukun Ahlaki Kriterleri Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*. çev. Saim Üye (Bilgesu Yayınları, 2010).
- Işıқтаç, Yasemin. *Hukuk Felsefesi*. (Filiz Kitabevi, 2010).
- Koçakgöl, Muhammet. *Hukuki Pozitivizm ve Yargıcın Ahlaki Rolü: Frederick Schauer'in Kararsal Pozitivizme İlişkin Görüşleri Kapsamında Bir İnceleme*. (Yetkin Yayınları, 2022).
- Lamond, Grand. "The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System," *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. ed. Luis Duarte D'almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti (Hart Publishing, 2013): 179-225.

- Raz, Joseph. "Exclusionary Reasons," (2021): 1-14. erişim tarihi 28.02.2022 <https://ssrn.com/abstract=3933033>.
- Raz, Joseph. "Incorporation by Law," *Legal Theory*. Cilt 10 (2004): 1-17.
- Raz, Joseph. "On the Autonomy of Legal Reasoning," *Ratio Juris*. Cilt 6, Sayı 1, (1993): 1-15.
- Raz, Joseph. "Reasoning with Rules," *Current Legal Problems*. Cilt 54, (2001): 1-18.
- Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain Essays in the Morality of Law and Politics*. (Oxford University Press, 1996).
- Raz, Joseph. *The Authority of Law Essays on Law and Morality*. (Oxford University Press, 1979).
- Schauer, Frederick. "Authority and Authorities," *Virginia Law Review*. Cilt 94, Sayı 8 (2008): 1931-1961.
- Schauer, Frederick. "Hart Öncesi Pozitivizm," çev. Muhammet Koçakgöl, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 25, Sayı 1 (2021): 101-128.
- Shapiro, Scott J. "What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?," *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution/ Yale Law School, Public Law Working Paper No. 184*. ed. Matthew Adler ve Kenneth Himma (Oxford University Press, 2009): 1-34.
- Surlu, Aydan Ömür. "H.L.A. Hart'ta Tanıma Kuralı," (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008).
- Şahin Ceylan, Şule. "H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı," *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 23. Kitap*. (İstanbul Barosu Yayınları, 2012): 79-84.
- Şahin Ceylan, Şule. *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı*. (On İki Levha Yayınları, 2014).
- Uyanık, Halit. "Joseph Raz'da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi," (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007).
- Uygur, Gülriz. "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 52, Sayı 3 (2003): 145-176.
- Wacks, Raymond. *Hukuk Kuramını Anlamak Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş*. çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver ve Serdar Ünver (Astana Yayınları, 2016).
- Waluchow, Wilfrid J. "The Many Faces of Legal Positivism," *The University of Toronto Law Journal*. Vol. 48, No. 3 (1998): 387-449.

Wang, Peng-Hsing. “Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?,” *On the Nature of Legal Principles*. (Franz Steiner Verlag Publishing, 2010): 37-48.

White, Patricia D. “Law and Moral Obligation,” *The University of Chicago Law Review*. Cilt 49, Sayı 1 (1982): 249-257.

İTALYAN CEZA HUKUKUNDA HIRSIZLIK SUÇU

The Crime of Theft in Italian Penal Law

R. Murat ÖNOK*

ÖZ

Bu makalede 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 624. ve devamı maddelerinde düzenlenen hırsızlık suçu, yeri geldikçe 1889 tarihli *Zanardelli* Kanunundaki düzenlemelerle mukayese yapmak suretiyle, ceza hukukunda suç tipi inceleme yöntemine uygun bir şekilde irdelenmiştir. Suçla korunan hukuki yarar, suçun maddi ve manevi unsurları, suçun nitelikli halleri ve suçun özel görünüş biçimlerine ilişkin, ayrıca İtalyan yasasında yer verilen ve hırsızlıkla bağlantılı bazı özerk suç tiplerine ilişkin olarak İtalyan doktrininde yapılan tartışmalar ve İtalyan Yargıtayının konuya dair içtihadı ele alınmıştır. Özellikle de suçun fiil unsuru ve bu suç bağlamında zilyetlik kavramına ilişkin sorunlu noktalar ve tartışmalar okuyucuya aktarılmıştır. Bilhassa teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı açısından kafa karıştıran, mağdurun malın üzerindeki zilyetliğinin sonlandırılması ile failin mal üzerinde kendi fiili egemenliğini kurması arasındaki ilişkiye dair tartışmalara değinilmiştir. Sonuç kısmında ise ana metindeki bazı bulguların özetine ve tartışmalı konulara dair kanaatimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hırsızlık, İtalyan Ceza Kanunu, Zilyetliğin sonlandırılması, Kullanma hırsızlığı, Hafif (minör) hırsızlık

ABSTRACT

In this article the crime of theft embodied in articles 624 *et sequens* of the Italian Penal Code of 1930 has been analyzed, where necessary in comparison with the provisions of the *Zanardelli* Code of 1889, in accordance with the method utilized in penal law regarding the analysis of types of crimes. Doctrinal debates and the related case-law of the Italian Court of Cassation with regard to the protected legal value, the material and moral elements of

Makalenin Geliş Tarihi: 21.02.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 01.09.2023.

* Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: monok@ku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9758-2769.

the crime, the qualified versions of the crime, the special forms of manifestation of the crime and the autonomous crimes connected with theft laid down in the Italian law have been discussed. In particular, the problematic points and debates regarding the action/conduct element of the crime and the concept of possession in the context of this crime have been conveyed to the reader. The debates on the relation between the termination of the victims's possession over the good and the establishment of the perpetrator's own factual hegemony over the good, which is particularly mind-confusing from the viewpoint of whether or not the rules on attempt will be applied, have been mentioned. In the conclusion the summary of some of the findings in the main text and the author's personal opinion with regard to contentious point have been explained.

Keywords: Theft, Italian Penal Code, Termination of possession, Theft of use, Minor theft.

I. GENEL OLARAK

Hırsızlık suçu (İtalyanca'da (İt.) *Furto*), 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda (İt. CK) "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlığı altındaki ilk suç tipi olarak İt. CK 624 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. 624. maddede suçun basit hali, m. 624*bis*'te özerk birer suç olarak aslında hırsızlığın iki özel görünüş biçimi, m. 625'te hırsızlık suçuna özgü ağırlatıcı nedenler, m. 626'da ise daha az cezayı gerektiren "minör/hafif" hırsızlık halleri düzenlenmiştir. Öte yandan, Askeri Ceza Kanununda özel hırsızlık düzenlemeleri (m. 230-233) ve hatta Seyrüsefer Kanunu m. 1148'de mürettebatın üyesi tarafından bordada işlenen hırsızlığa dair yine özel bir düzenleme vardır. Ceza kanunundaki suçun faili herkes olabilirken, anılan özel düzenlemelerde faili özgü suçlar söz konusudur¹.

Bu makalede İtalyan doktrin ve uygulamasında bu suçla dair yaşanan başlıca tartışmalar okuyucuya aktarılacaktır.

İt. CK'ya bakıldığında, bölüm başlığı "mala veya kişilere yönelik şiddet vasıtasıyla malvarlığına karşı işlenen suçlar"dır. Doktrinde bazı yazarlar hırsızlığı "tek taraflı saldırı suçları" başlığı altında ele almaktadır². Fakat bu

¹ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale. Parte speciale II: delitti contro il patrimonio*, 8. Bası (Milan: CEDAM, 2021), 71 ("Mantovani").

² Giovanni Fiandaca ve Enzo Musco, *Diritto Penale. Parte speciale. Vol. 2/2: I delitti contro il patrimonio*, 7. Bası (Bologna: Zanichelli, 2015), 45 ("Fiandaca ve Musco"); Mantovani, 69.

terminolojiye rağmen, suçun işlenmesinde malın alınması için kişiye dönük maddi veya manevi cebir asla olmamalıdır zira o durumda yağma suçu oluşur³.

Suçun yasal tanımında, zilyedinden almak suretiyle başkasının taşınır malının zilyetliğini, kendisine veya bir başkasına fayda sağlamak amacıyla, ele geçiren kişiden söz edilmektedir.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Bu konudaki temel tartışma, maddeci-özcü bir bakış açısıyla hareket etmek suretiyle suçla fiili bir durumun korunduğunun mu savunulacağı yoksa şekli-bireyselci bir yaklaşımla hukuki bir durumun mu korunduğunun savunulacağıdır⁴.

Bu ana tartışma eksenini ışığında; kimileri zilyetliğin korunduğu temelli⁵, kimileriye mülkiyet⁶ veya başka aynı hakların korunduğu temelli yaklaşımdan yanadırlar.

Yaygın bir görüşe göre, hırsızlık suçuyla esasen mal üzerinde tasarrufta bulunma veya maldan istifade etmek gibi haklar korunmaktadır⁷. *Mantovani* ise hem mal üzerindeki mülkiyet hem de maldan yararlanma ilişkisinin korunduğunu; bu bakımdan da mağdur ve şikayet hakkı sahibinin her ikisi olduğunu savunmaktadır⁸.

İtalyan Yargıtayı bir kararında bu suçla mülkiyetin, mal üzerinde tasarrufa olanak sağlayan aynı ve kişisel hakların ve de zilyetliğin korunduğunu savunmuştur⁹. Bu şekilde, suçla korunan hukuksal değerlerin birden fazla olduğu ve hem mal üzerindeki çeşitli hukuksal değerler üzerinde

³ Francesco Antolisei, *Diritto Penale. Parte speciale I.*, ed. Carlo Federico Grosso, 16. Bası (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2016), 409 (“Antolisei”); Domenico Carcano, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale* (Milan: Percorsi Giuffrè, 2010), 1036.

⁴ Carcano, 1035.

⁵ Bu görüşte Antolisei, 405.

⁶ Mesela Carrara ve Manzini gibi isimler eskiden bu görüşteydi (Luigi Delpino, *Diritto Penale. Parte speciale*, 14. Bası (Milan: Edizioni Simone, 2014), 636). Fakat Manzini'nin en yakın tarihli şerhinde korunan hukuksal değer olarak zilyetlik görülmektedir, Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano, Volume IX (Delitti contro il patrimonio)*, yay. haz. Pietro Nuvolone ve Gian Domenico Pisapia, 5. Bası (Torino: UTET, 1986), 8.

⁷ Fiandaca ve Musco, 50-51.

⁸ Mantovani, 74.

⁹ 18.72013 tarihli ve 40354 sayılı karar. Doktrinde aynı yönde yaklaşım için bkz. Carcano, 1035.

serbestçe tasarruf edebilmeye ilişkin yararın hem de mal üzerindeki egemenlik kapsamında fiili bir durumun korunduğu kabul edildiği vakit, suçun mağduru – duruma göre – malın maliki de olabilmektedir o mal üzerinde istifade hakları olan bir başka kişi de¹⁰.

Hükmün lafzına bakıldığı zaman, aslında zilyetliğin ön planda olduğu görülebilir zira malın zilyedinden (İt. *detentore*) alınması öngörülmüştür. Oysa 1889 sayılı Kanunda (m. 402), “sahip olduğu kişinin rızası olmaksızın...başkasının taşınır malını” almaktan söz edilmekteydi, oysa 1930 tarihli kanununun 624. maddesi malın “zilyedinden” alınmasını aramaktadır¹¹. Bundan hareket eden görüşe göre, aslında yalın şekilde, mal ile süje arasındaki fiili ilişkinin, onu elinde bulunduran kişinin mal üzerindeki fiili kudret veya hakimiyetinin korunduğu söylenebilir¹².

Fiili bir durum ya da ilişki olarak zilyetliğin korunduğu savunulursa, zilyedin geçerli bir hukuki sığata dayanmaksızın, meşru olmayan bir şekilde mala zilyet olması durumunda da malın onun rızası olmaksızın ondan alınması durumunda *ona karşı* hırsızlık suçu oluşacaktır¹³. Mesela hırsızın elinden malın (ç) alınması gibi bir durumda, onun mal üzerindeki hakimiyet yetkisine müdahale edilmiştir¹⁴. Kanaatimce, böyle bir durumda suçun oluştuğu tereddütsüzdür fakat mesele suçun *kime karşı* işlendiğidir. Hırsızlık suçuyla aslen mülkiyetin korunduğu savunulursa, bu ikinci hırsızlık suçu da yine *malın sahibine* karşı işlenmiş olur¹⁵; fakat aslen zilyetliğin korunduğu kabul edilirse, bu ikinci suçun artık hırsıza karşı işlendiği söylenmelidir¹⁶.

Öte yandan, onu çalan hırsız tarafından terk edilen aracın bir başkası tarafından yine alınması durumunda hırsızlık suçunun oluşacağını İtalyan

¹⁰ Carcano, 1035.

¹¹ Manzini, 9.

¹² Fiandaca ve Musco, 49.

¹³ Manzini, 8; Antolisei, 405; Mantovani, 71.

¹⁴ Manzini, 11; Fiandaca ve Musco, 49. Aynı yönde İt. Yar., 5.12.1980 tarihli kararı, aktaran Giorgio Lattanzi, *Codice Penale Annotato con la Giurisprudenza* (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2005), 1505.

¹⁵ Kaldı ki bu ikinci fiil malın sahibinin uğradığı hukuksal değer ihlalini vahimleştirmiştir çünkü araya giren bir üçüncü kişi nedeniyle malının izini sürmesi ve ona tekrar kavuşması daha da zorlaşmıştır (bu yönde Manzini, 11). Ayrıca, sosyolojik ve etik açıdan “son” hırsızın eyleminin “dürüstlüğe aykırılığı” önceki hırsızkinden farklı değildir (a.g.e, 12).

¹⁶ Bu son fail açısından hem başkasının zilyetliği ihlal edilmiş hem de bir başkasına ait mal alınmıştır, yani hırsızlık suçunun koşulları tamamdır. Öte yandan, kendisinden çalınan malın hala bu ilk kişinin zilyetliği altında olduğu da söylenemez (Manzini, 11).

Yargıtayı tespit etmiştir¹⁷. Kararda, otomobilin sahibi, aracının çalınmasına rağmen hala onun zilyedi olarak kabul edilerek sonuca varılmıştır. Kanaatimce, bu örnekte hırsızlık suçunun oluştuğu doğru olsa da gerekçe hatalıdır çünkü artık araç sahibinin bu araç üzerinde zilyetliği yoktur. Burada olsa olsa korunan hukuksal değer mülkiyet olarak görülmesiyle veya özel hukuktan bağımsız bir zilyetlik kavramı benimseyerek suçun oluştuğu savunulabilir.

Hırsızlık zarar suçudur¹⁸. Korunan hukuksal değer yukarıdakilerden hangisi olarak kabul edilirse edilsin, ortada buna yönelik sadece bir tehlike değil, zarar vardır. İtalyan doktrininde ifade edildiği üzere, hukuksal değer yok edildiği veya azaltıldığı¹⁹ ya da olumsuz yönde değişikliğe uğratıldığı²⁰ ya da sahibince yitirilmesine yol açıldığı²¹ hallerde zarar suçu vardır.

III. TİPİKLİĞİN OBJEKTİF (MADDİ) UNSURLARI

A. Fail ve Mağdur

İt. CK m. 624'te düzenlenmiş hırsızlık suçunun temel halinin faili ve mağduru herkes olabilir.

Suçla korunan hukuksal değer ne olduğuna ilişkin tartışmalar kimin bu suçun mağduru sayılacağını da belirleyecektir. Bu bağlamda mağdurluk sıfatına dair tartışmalara yukarıda zaten değinmiştik.

B. Suçun Konusu

Suçun üzerinde gerçekleştirildiği şey, “başkasının taşınabilir malı”dır. “Başkasının” ve taşınabilir mal” ibarelerini ayrı ayrı incelemek gerekir.

¹⁷ Lattanzi, 1506.

¹⁸ Manzini, 184; Mantovani, 37.

¹⁹ Giovanni Fiandaca ve Enzo Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, 6. Bası (Bologna: Zanichelli, 2009), 202 (“Fiandaca ve Musco, Parte Generale”).

²⁰ Giorgio Marinucci ve Emilio Dolcini, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, yay. haz. Emilio Dolcini ve Gian Luigi Gatta, 5. Bası (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2015), 224.

²¹ Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale.*, yay. haz. Luigi Conti, 16. Bası (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2003), 265; Ferrando Mantovani, *Diritto Penale.*, 7. Bası (Milan: CEDAM, 2011), 206 (“Mantovani, Diritto Penale”). Yine bkz. Francisco Muñoz Conde ve Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 9 Bası (Valencia: Tirant Lo Blanc, 2015), 324: zarar normatif bir kavram olup maddi bir boyutu olmayan “idealist” zararı da kapsar.

1. “Başkasının”

“Başkasının” kelimesinin anlamı doktrinde çok tartışmalıdır²². İt. CK m. 624’te malın başkasına *ait* olmasından açıkça söz edilmemiş, “başkasının malı” ibareleri kullanılmıştır (İt. *cosa altrui*). Bir görüşe göre, buradaki “başkasının” ibaresi malın aidiyetini değil, sadece malın failden başka bir kişinin fiili egemenliği ya da tasarrufu altında olduğunu ifade etmektedir²³. Ne var ki İtalyan Yargıtayının 24.1.1995 tarihli bir kararında failin başkasına aynı hak tanıdığı kendi malı üzerinde, bu başka kişinin rızası olmaksızın tasarruf etmesi hırsızlık olarak nitelendirilmiştir²⁴. Doktrinde zilyetliğin korunduğunu savunan bazı yazarlar malın malikinin başkasının zilyetliğindeki bu mal üzerinde hırsızlık suçunu işleyebileceği kanaatindedir²⁵. *Antolisei* ise, hükmün lafzından ziyade sistematik bir yorum izleyerek, malın başkasının mülkiyetinde olması gerektiği sonucuna varmaktadır²⁶. Neticede, malın malikinin bir başkasına bu mal üzerinde aynı veya kişisel bir hak tanıdığı durumlarda, malikin bu kişiye karşı hırsızlık suçunu işleyip işleyemeyeceği konusunda görüş birliği yoktur. Bu soruya olumsuz yanıt veren yazarların bu görüşünün en temel dayanaklarından biri, ortak malların çalınmasını da hırsızlık kapsamında ama daha hafif cezayla cezalandıran 627. madde hükmünün varlığıydı: şayet “ortak” malın çalınması daha az cezayı mucipse, failin kendi mülkiyeti altındaki malı çalınmasının 624. madde altında daha fazla cezayla karşılanması çelişkili olacaktı²⁷. Oysa, ileride göreceğimiz üzere, 627. madde yürürlükten kaldırılmıştır ve ortak malın çalınmasının cezası artık özel hukuk yaptırımıdır.

Malikin de kendi malı açısından fail olabileceği görüşünü savunanlar, haliyle, maddedeki “başkasının” ibaresinin o mal üzerinde hukuken korunabilir herhangi bir hak sahibi olanları ifade ettiğini savunurlar²⁸; yani “başkasının” ibaresi illaki malın mülkiyetini ifade etmez. Bundan hareketle de, o mal üzerinde aynı veya kişisel hakları olanlara karşı da suçun

²² Carcano, 1038.

²³ Manzini, 41; Fiandaca ve Musco, 52; Mantovani, 71.

²⁴ Fakat “başkasının” ibaresinin “başkasının mülkiyetinde” anlamında kabul edildiği kararlar da vardır, mesela bkz. 17.6.1975 tarihli ve 6719 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1503).

²⁵ Manzini, 41; Antolisei, 406. Aksi görüşte Mantovani, 35, 74.

²⁶ Antolisei, 408.

²⁷ Carcano, 1038. Yargıtay da 24.10.2007 tarihli bir kararında aynı görüşü savunmuştu (aktaran *ibid*).

²⁸ Fiandaca ve Musco, 54.

işlenebileceği savunulmaktadır²⁹. Buna karşılık, malın zilyetliğine sahip olmayan ama mal üzerinde yararlanma hakları olan kimsenin bu mal üzerinde hırsızlık suçu işlemesine engel olmadığı açıktır³⁰.

Netice olarak İtalyan doktrinde hemfikir olunan noktalar kısıtlıdır: sahipsiz malların (terk edilmiş olanlar dahil) ve herkesin serbestçe istifadesine açık malların suça konu olamayacağı açıktır³¹. Vahşi hayvanlar ise özel bir kanun uyarınca devletin (üzerinde tasarruf edilemeyen) malı sayılsa da, bunların ele geçirilmesi, yine 11.2.1992 tarihli ve 157 sayılı Yasanın 30 ve 31. maddeleri uyarınca, hırsızlık suçu teşkil etmeyip idari ihlal oluşturacaktır³².

Bilindiği üzere, İtalya’da adet veya batıl inanç gibi nedenlerle kamuya ait fiskiyelelere bozuk para atılmaktadır. Yargıtay bu tür paraların üçüncü kişilerce toplanıp alınmasını hırsızlık suçu kapsamında değerlendirmektedir³³. Keza, evden kaçmak suretiyle sahibinin nezaret alanından çıkan evcil hayvanlar da suça konu olabilir³⁴. Hırsız tarafından çalınıp bırakılan mal ise sahipsiz mal olmayıp suça konu olabilir³⁵.

2. Taşınabilir Mal

İt. CK m. 624/2’de taşınabilir mal kavramına genişletici bir yaklaşım getirilmiş ve “elektrik enerjisi ve ekonomik değere sahip diğer her tür enerji ceza kanunu açısından” bu kavrama dahil edilmiştir³⁶. Bu açıdan, mesela termik ya da mekanik enerji de bu kapsama girebilmektedir³⁷. Önemli olan, söz konusu enerjinin parayla ölçülebilir değeri haiz olması; ayrıca da, geldiği kaynaktan ayrılabilir olmasıdır zira ancak bu durumda “almak”tan ve önceki zilyedin zilyetliğinin sonlandırılarak failin kendi zilyetliğini kurmasından söz edilebilir³⁸. Mesela bilgisayardaki dosyaların izinsiz olarak kopyalanması

²⁹ Manzini, 116; Fiandaca ve Musco, 69.

³⁰ Mantovani, 35.

³¹ Carcano, 1038.

³² Carcano, 1038.

³³ Çeşitli içtihatlar için bkz. Lattanzi, 1504.

³⁴ Lattanzi, 1505.

³⁵ Delpino, 637.

³⁶ Böyle bir açık hükmün yokluğunda enerjinin hırsızlık suçuna konu oluşturamayacağı konusunda bkz. Manzini, 16-17. Kaldı ki, İtalyan Medeni Kanunu da ekonomik değere sahip doğal enerjilerin taşınır eşya sayılacağını açıkça düzenlemiştir (m. 814).

³⁷ AA.VV. Codice penale esplicito. Spiegato articolo per articolo. Leggi complementari, 9. Bası (Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2004), 748 (“Codice penale esplicito”).

³⁸ Carcano, 1037.

hırsızlık olarak görülmemiştir: burada yerinden hareket ettirme ve zilyetliği sonlandırma yoktur çünkü dosyalar buldukları yerde mevcudiyetlerini sürdürmektedir³⁹. Aynı hukuki gerekçeyle hayvan enerjisinden haksız yararlanmak da hırsızlık olamaz çünkü enerjik gücü kaynağından ayırmak mümkün değildir⁴⁰.

Radyo veya televizyon yayınına sağlayan dalgalar “zilyetliği ele geçirilebilecek” türden yapıya sahip olmadıklarından hırsızlık suçuna konu olamaz⁴¹. Telefon hattına saplama yapmak suretiyle bedeli ödemedi (ve başkasına ödetmek suretiyle) hizmetten bedelini ödemedi yararlanmak için de aynı değerlendirme geçerlidir⁴².

Öte yandan, malın medeni hukuk anlamında taşınır olması değil, fakat fiilen taşınabilir mahiyette olması yeterlidir⁴³.

Hırsızlık suçunun konusunu ancak fiziksel/maddi boyutta varlığa sahip bir şey oluşturabilir⁴⁴. Bu bakımdan, cismani anlamda zilyetten alınıp götürülebilecek her türlü şey suça konu olabilir⁴⁵. Böyle olunca da, maddi nitelikte olmayan değerler hırsızlık suçuna konu olamaz meğerki bunlar zilyetten alınabilecek nitelikte maddi cisimlere dahil edilmiş olsun⁴⁶ (tablo üzerine çizilen resim gibi).

İnsan bedeni suça konu olamasa da, bedenden ayrılmış parçalar hırsızlığa konu olabilir⁴⁷. Nitekim cesedin üzerinden dış protezinin çalındığı olayda bu suç tipine başvurulmuştur⁴⁸.

³⁹ 13.11.2003 tarihli Yargıtay kararı, aktaran Carcano, 1037.

⁴⁰ Carcano, 1037.

⁴¹ Manzini, 21; Delpino, 637.

⁴² Carcano, 1038.

⁴³ Manzini, 38; Antolisei, 408; Fiandaca ve Musco, 64 (bkz. aynı yönde 7.5.1984 tarihli Yargıtay kararı); Mantovani, 27; Lattanzi, 1503.

⁴⁴ Manzini, 15; Carcano, 1037.

⁴⁵ Fiandaca ve Musco, 64; Carcano, 1037.

⁴⁶ Fiandaca ve Musco, 64; Codice penale esplicito, 747.

⁴⁷ Fiandaca ve Musco, 64. Kıyaslayınız Manzini, 51: yazara göre, çalınacak şeyi insan bedeninden ayırmış olan kişi ile onu alan kişi aynı kişi ise, hırsızlık olamaz. Yazara göre, lüks amacıyla bedene eklenen her türlü şey (saça eklenen postiş ya da peruk gibi) her zaman çalınabilir. Fiziksel bir amaca hizmet eden dış cihazları gibi şeyler açısından ise ayırım yapılmalı: normalde bunlar vücuttan ayıramaz nitelikteyse, hırsızlık olmaz; herkes tarafından ve yaralanma suçuna yol açmaksızın vücuttan ayrılabilir iseler (değnek, gözlük gibi) hırsızlığa konu olabilirler (a.g.e, 52).

⁴⁸ 7.5.1984 tarihli karar, aktaran Lattanzi, 1507.

Ceset de başka hükümlerle özel olarak korunmuş olup ceset ve parçaları hırsızlığa konu olamaz⁴⁹.

Gaz şeklindeki maddelerin bedensel bir varlığa sahip olduğu ve zilyetliğe tabi tutulmalarının mümkün olduğundan hareketle, kullanılabilir her türlü gazın – bir başkasının zilyetliğinde bulunmak koşuluyla – suça konu oluşturabileceği ifade edilmiştir⁵⁰.

Malın ekonomik değere sahip olması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Doktrindeki çok baskın görüş, salt duygusal değere sahip şeylerin de bu suça konu olabileceğini yönündedir⁵¹. *Manzini*'nin ifadesiyle, bir malın malvarlıksal değeri ile ekonomik değeri her zaman örtüşmez, ekonomik zarar olmaksızın da malvarlığı değeri bakımından zarara uğranabilir⁵².

Öte yandan, malın salt ekonomik değerinin dikkate alınmasının doğru olmayacağı, malın değeri kavramı kapsamında, malın olağan kullanımına uygun düşen kullanım tarzlarının zilyede sağlayabileceği tüm menfaatlerin gözetilmesi gerektiği de savunulmaktadır⁵³. Buna karşılık, m. 624/2'de “ekonomik değere” sahip enerjinin suçun konusunu oluşturabileceğinin belirtildiğine dikkat çeken *Fiandaca/Musco* ise, bundan hareketle, İtalyan yasakoyucunun sadece ekonomik değeri haiz malları hüküm kapsamında gördüğünü savunmuştur⁵⁴.

Son olarak, duygusal değere sahip şeylerin de suça konu olabileceği kabul edilirse, sınırlayıcı bir kıstas getirmek gerektiği savunulmuştur: eğer sadece olaydaki tekil kişi açısından değeri olan bir mal da korumanın kapsamında kalacaksa, cezai himaye bireylerin keyfi iradesine ve hatta kaprisine bağlı olacaktır⁵⁵. Bundan kaçınmak için yazarlarca önerilen kıstas şudur: malın değeri ve yararlılığı somut olaydaki pasif süjenin değil de objektif bir gözlemcinin değer yargısına göre belirlenmelidir ve söz konusu “objektif gözlemci” de pasif süjenin fiil anında mensubu bulunduğu sosyal ve/veya profesyonel çevreye giren bireylerin tipik özellikleri ışığında tasavvur edilmelidir⁵⁶.

⁴⁹ Manzini, 53-54.

⁵⁰ Manzini, 16.

⁵¹ Fiandaca ve Musco, 65. Mesela bu görüşte bkz. Antolisei, 407; Lattanzi, 1502; Delpino, 637; Manzini, 35-36.

⁵² Manzini, 34.

⁵³ Lattanzi, 1502.

⁵⁴ Fiandaca ve Musco, 65-66.

⁵⁵ Fiandaca ve Musco, 66.

⁵⁶ Fiandaca ve Musco, 66; Carcano, 1038. Manzini'ye göre de bir malın malvarlıksal değerini ortaya koyan husus, zilyedin ondan elde edebileceği faydadır (a.g.e, 30).

C. Fiil Unsuru

Kanunun düzenlemesine bakıldığı vakit, suçun esasen üç ayrı kavrama dayandırıldığı görülmektedir: zilyet (*detentore*), malın bu kişiden alınması (*sottrazione*), failin kendi zilyetliğini kurması (*impossesamento*). İtalyan doktrininde bu üç kavramların ne ölçüde özerk anlama sahip olduğu veya hangisinin ne ölçüde önemli olduğu konusunda farklı görüşler vardır. Özellikle de, malın zilyetten alınması ile failin kendi zilyetliğini kurmasının karşılıklı ilişkisi tartışmalıdır. Acaba bunlar esasen aynı davranışı iki farklı açıdan mı tasvir etmektedir yoksa burada ayrı ve özerk iki kavram ve an mı söz konusudur⁵⁷? Bu tartışmalara aşağıda yanıt aranacaktır.

1. Zilyetlik Kavramı ve Zilyet

Doktrinde zilyetlik kavramının medeni hukuk anlamında mı anlaşılacağı yoksa ceza hukuku açısından özerk olarak mı anlamlandırılacağı tartışmalıdır. Özel hukuktaki fiili egemenlik kıstasının *çıkış noktası* olması gerektiği tartışmasız olsa da, genellikle özel anlamlandırma çabaları göze çarpmaktadır⁵⁸. Mesela özel hukukta mülkiyet veya diğer bir ayni hakkın sahibi iradesiyle hareket edilmesi gerekirken, ceza hukukunda bu unsurun aranmadığı ve süjyle mal arasındaki, özerk şekilde icra edilebilen fiili ilişkiye bakıldığı ifade edilmiştir⁵⁹. Bu manada özerklik, aşağıda izah edileceği üzere, mal üzerinde daha üstün bir hukuksal yetkiye sahip bir kişinin yine bu mal üzerinde doğrudan nezaretinin olmamasıdır⁶⁰.

Belirtelim ki, İtalyan doktrininde valizi taşıyan hamalın bununla kaçması örneğinde olduğu gibi, bir kimsenin hem o malın zilyedi hem de hırsızlık suçunun faili olarak nitelendirilmesinin çelişki yaratacağından söz edilmektedir⁶¹. Oysa bu örneğin çözümü mevcuttur: buradaki fail zaten zilyet

Durum böyle olunca, zilyetten başkasının herhangi bir fayda sağlayamayacağı, sırf zilyedi için bu anlamda değer taşıyan bir şeyin hırsızlık suçuna konu olması mümkün değildir (yazarın verdiği örnek, çocuğun oynamakta olduğu taş ya da bir kimsenin kullanmakta olduğu sıradan bir kürdandır).

⁵⁷ Fiandaca ve Musco, 52

⁵⁸ Fiandaca ve Musco, 56-57; Mantovani, 47 vd.; Carcano, 1036.

⁵⁹ Codice penale esplicato, 747.

⁶⁰ Manzini'ye göre hırsızlık suçu anlamında zilyetliğin sadece "animus"a, yani zilyetlik iradesine dayanması mümkündür. Mal ile sadece temas halinde olmak yeterli olmayıp onun üzerinde fiili bir kudretin bulunmasıyla somutlaşan bir ilişki bulunmalıdır (Manzini, 9, 10). Fakat özel hukukta aslında şahsi/nispi hak sahibi olmak iradesiyle de zilyet olmanın mümkün olduğunu (mesela kiracı) ifade etmek gerekir.

⁶¹ Fiandaca ve Musco, 57.

olmayıp sadece “malı elinde bulunduran” kişidir ve özel hukuk açısından sıfatı zilyet olmayıp sadece zilyet yardımcısıdır⁶²; böylece hamal, başkasına ait olan ve kendisinin de zilyedi olmadığı bir malı almış olmaktadır. Nitekim İtalyan doktrininde *Antolisei* de, her ne kadar ceza hukuku açısından zilyetlik kavramını farklı yorumlasa da, kişinin mal üzerinde özerk bir şekilde tasarruf edebilmesini mümkün kılan ilişkiyi zilyetlik olarak tanımlamakta ve mal üzerinde daha üstün bir hukuki yetkiye sahip olabilecek kişinin doğrudan nezaret alanından uzak biçimde bu imkana sahip olan kişinin de zilyet olduğunu kabul etmektedir⁶³. O halde, ister özel hukuktaki zilyetlik kavramı kullanılsın ister *Antolisei*'nin özerk kavramı esas alınsın, bu tür örneklerde hamal gibi kişiler zaten zilyet değildir ve hırsızlık suçunun failidir⁶⁴. Yine, İtalyan doktrininde, yeni ölen kişinin üzerinden bir malın alınması durumunda veya trenle yolculuk yapmak üzere seyahate çıkan kişinin denetimsiz bıraktığı araba örneğinde olduğu gibi, sahibinin derhal ulaşamayacağı bir yerde bulunan otomobilin alınması durumunda kimsenin bunlara zilyet olmadığı oysa bunların da çalınabileceği⁶⁵, bu nedenle de özel hukuktaki zilyetlik kavramına başvurulamayacağı söylenmektedir⁶⁶. Kavramı hırsızlık suçu açısından işlevsiz kılmamak için zilyetliği süjenin mala erişebilirlik derecesi anlamında doğal-tasviri şekilde ele almamak, normatif-sosyal açıdan değerlendirme kıstasları yönüyle tanımlamak gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷. İlginçtir ki İtalyan Yargıtayı, duygusal nedenlerle ya da zaten önceden onlara ait olduğu için ölen kişiyle birlikte gömülen eşyalar açısından, idarenin denetimi vasıtasıyla, bunlar üzerinde mirasçıların zilyetliğinin bulunduğunu kabul etmiştir⁶⁸. Böylece de, hırsızlık suçuna başvurulabilmiştir.

⁶² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Bası (Ankara: Seçkin, 2022), 750-751.

⁶³ *Antolisei*, 410. Yine bkz. *Delpino*, 641: zilyedin nezaret alanı dahilinde mal ile maddi ilişki içinde olan (mesela onu elinde bulunduran) kişi zilyet değildir. Yine bkz. *Mantovani*, 71: mal ile fiziksel temas içinde olmayan, mala fiziksel olarak uzak olan bir kimsenin de zilyet sayılması mümkündür yeter ki zilyetlik iradesinin bulunması yanında, zaman ve yer bakımından mevcut olan engellere rağmen, bu mal ile fiziksel temas kurma olanağına bağımsız bir şekilde sahip olsun. Yine bkz. *Carcano*, 1027-1028: daha üstün bir hukuki yetkiyi haiz bir hak sahibinin denetim alanı dahilinde mal üzerinde fiili bir yetkisi olan kişi, o malı sadece elinde bulundurandır.

⁶⁴ *Antolisei*, 411. Aynı yönde *Manzini*, 10: hamal gibi kişiler, ancak mal üzerinde başkasına tabi olmayan, bağımsız bir kontrole kavuştukları zaman hırsızlık değil de, güveni kötüye kullanma suçunu işleyebilirler. Yine bkz. aynı yönde *Mantovani*, 71.

⁶⁵ Kıyaslayınız *Mantovani*, 71: yazarın benimsediği zilyetlik tanımı karşısında bu araç hala sahibinin/kullanıcısının zilyetliğindedir.

⁶⁶ *Fiandaca ve Musco*, 57.

⁶⁷ *Fiandaca ve Musco*, 58.

⁶⁸ 17.10.1983 ve 27.4.1998 tarihli İt. Yargıtayı kararları (aktaran *Carcano*, 1037).

Buna karşılık, ceza hukuku açısından farklı bir zilyetlik kavramı kabul edildiği zaman haksız sonuçlar çıkabilecektir. Mesela *Fiandaca/Musco* tarafından belirtildiği üzere, cesedin üzerindeki cüzdanı çalmak örneğinde, şayet fiili egemenliği ön plana alan özerk bir ceza hukuku anlayışı ışığında hareket edilirse, cüzdan o an için kimsenin fiili egemenliği altında olmadığından, hırsızlık suçunun oluşmadığını söylemek gerekecektir⁶⁹.

İtalyan Yargıtayı bir dizi eski kararında, kısa bir süre için kendisine emanet edilen şeyi alan ya da kendisine bırakılan otomobili çalan kişinin hırsızlık suçundan sorumlu olacağına karar vermiştir⁷⁰. Bu kararlarda zilyetliğin emanet ile faile geçmediği kabul edilmiştir. Kanaatimce bu tür durumlarda, emanet eden hak sahibinin olay yerinden uzaklaşmasıyla artık o mal failin zilyetliğine girer ve güveni kötüye kullanma suçu oluşur.

Kumarhanedeki krupiyenin (=kağıtları ve fişleri dağıtan ve toplayan kişinin) masada bulunan para ve fişleri aldığı bir olayda, Yargıtay, failin bu malların zilyedi olmadığı zira ceza hukuku anlamında zilyetliğin, kendisine bağlı olarak çalışan güvenlik personelinin gözetimi vasıtasıyla sadece “masa başına”, yani o masadan sorumlu görevliye ait olduğu ve bu nedenle de krupiyenin hırsızlık suçunu işlediği sonucuna varmıştır⁷¹.

Yukarıdaki değerlendirmeler bir yana, şu da bir gerçektir ki, zilyetlik kavramının yer yer belirsizliği ve failin önceden zilyetliğe sahip olup olmadığının tespitinin bazen güç olması İtalya’da kafa karışıklığı yaratmaktadır⁷². Neticede, İtalyan doktrininde kabul edildiği üzere, zilyetlik elastik ve sınırları değişken bir kavramdır; somut olayda zilyetliğin bulunup bulunmadığı ancak özgül tüm koşullar dikkate alınmak suretiyle olaysal bazda tayin edilebilecektir⁷³.

Eğer bir malın maliki veya önceki zilyedi bunun nerede olduğunu bilmeyecek şekilde onu yitirmişse, kaybedilen maldan söz edilir. Bu malı bulan kişinin onu resmi makamlara iade etmeyerek mal edinmesi durumunda artık hırsızlık suçu değil, kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçu (İt. CK m. 647) oluşurdu⁷⁴. Fakat 647. madde 2016 yılında kaldırılmıştır ve hükümde yer alan eylemlerin cezası özel hukuk cezası mahiyetinde olan para cezası ile

⁶⁹ *Fiandaca ve Musco*, 59.

⁷⁰ Lattanzi, 1506.

⁷¹ 13.10.1981, no. 8756 (aktaran Lattanzi, 1506).

⁷² Antolisei, 410.

⁷³ *Fiandaca ve Musco*, 59.

⁷⁴ 2.11.1978 tarihli ve 13411 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1515). Yine bkz. Manzini, 91.

değiştirilmiştir. Buna karşılık, geçici olarak unutulmuş ama nerede olduğu hak sahibince bilinen mal bu anlamda kaybedilmiş değildir ve böyle bir malı alan kişi artık hırsızlık suçundan sorumludur⁷⁵. Ayrım böyle olunca, failin sahibini kesin olarak bildiği, ancak yukarıdaki anlamda “kaybedilmiş” olan malı alan fail hırsızlıktan değil, 647. maddeden mahkum edilmiştir⁷⁶. Bununla birlikte, bir kavga sırasında, farkında olmaksızın mağdurun cebinden düşen cüzdanı alan kişiyi İtalyan Yargıtayı hırsızlıktan mahkum etmiştir⁷⁷.

2. Zilyetten Almak Unsuru

1889 tarihli *Zanardelli* kanununda, malın “bulunduğu yerden” alınmasına vurgu yaparak *mekansal bir kıstas* benimsenmişti. Oysa mevcut İt. CK m. 624’te malın zilyedinden alınmasından söz edilerek artık *kişisel bir kıstasa* geçilmiştir⁷⁸. Buradaki maksat, mesela gittiği evde bulduğu bir şeyi cebine atıp henüz oradan uzaklaşamayan kişi örneğinde olduğu gibi, mekansal değişikliğin olmadığı durumlarda suçun tamamlanıp tamamlanmadığına dair tartışmaları aşmaktır⁷⁹. Fakat bu lafzi değişiklik anılan tartışmaları sonlandırmak için yeterli olmamıştır. Zira verilen örnekte tartışma yine şu olacaktır: fail mal üzerinde kendi egemenliğini henüz kurmuş sayılabilir mi? Zira İtalyan doktrinindeki çoğunluk, detayları az sonra izah edileceği gibi, önceki zilyedin zilyetliğini yitirmesi ile failin mal üzerinde kendi zilyetliğini kurmasını farklı kavramlar olarak yorumlamaktadır.

İtalyan CK m. 624’te “*sottrazione*” isminden türetilen “*sottraere*” fiili kullanılmıştır. Aslında bunun anlamı, bir şeyi bir kişiden alıp götürmektir. Doktrinde ise bu eylem, malın önceki zilyedin fiili egemenliğinden çıkması, olarak tanımlanmıştır⁸⁰. Diğer bir deyişle, bu unsur, başkasının zilyetliğinin ortadan kaldırılması ve sonlandırılması, onun zilyetlikten mahrum edilmesidir⁸¹. Mağdur, mal üzerindeki maddi tasarruf olanağından yoksun bırakılmaktadır⁸². Fail açısından bakıldığında, mağdurun engel olucunu iradesiyle karşılaşmaksızın, mal, üzerinde failin kendi maddi tasarruf

⁷⁵ 31.10.2000 tarihli ve 11148 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1515). Aynı yönde Mantovani, 71; Codice penale esplicato, 747.

⁷⁶ 21.10.1982 tarihli ve 9764 sayılı karar (Lattanzi, 1515).

⁷⁷ 3.6.1995 tarihli ve 6526 sayılı karar (Lattanzi, 1515).

⁷⁸ Fiandaca ve Musco, 55; Mantovani, 73; Carcano, 1036.

⁷⁹ Fiandaca ve Musco, 56.

⁸⁰ Fiandaca ve Musco, 60.

⁸¹ Antolisei, 410.

⁸² Mantovani, 72.

olanağını inşa etmesini mümkün kılacak bir hale getirilmektedir⁸³. “*Sottrazione*”nin normal kelime anlamının aksine, bu unsurun illa gizlice gerçekleştirilmesi gerekmez⁸⁴.

İtalyan doktrininde “*sottrazione*” unsurunun önemsizliğini savunanlar ve aslolanın failin kendi zilyetliğini kurması olduğunu savunanlar olsa da, mukayeseli hukukta da görüldüğü gibi, hırsızlığa rengini veren husus, malın bir başkasının zilyetliğinin rıza dışı sonlandırılmak suretiyle alınmasıdır ve hırsızlık ile birtakım başka suçları (mesela güveni kötüye kullanma ya da dolandırıcılığı) ayırt etmeyi sağlayan husus da budur⁸⁵. Kaldı ki, kanunun *sottrazione* (zilyetten almak) ve *impossesamento* (failin kendi zilyetliğini kurması) ibarelerine ayrı ayrı yer vermiş olması, iki kavramın özerk olarak yorumlanmasını gerektirir aksi durumda yasakoyucunun aynı şeyi, gereksiz yere ve iki farklı terimle tekrar ettiğini kabul etmek gerekecektir.

Failin yol açmadığı bir hata sonucunda kendisine hataen teslim edilen bir malı sahiplenmesi eylemi daha önce İt. CK m. 647/3’te düzenlenmekteyken 2016 tarihinde bu eylem suç olmaktan çıkartılmış ve yaptırımını özel hukuk cezası mahiyetinde para cezasına çevrilmiştir.

Bilinci olmayan bir kimsenin bir malı teslim etmeye sevk edilmesi durumunda ise, koşulları varsa 643. maddedeki ehliyetsizleri sömürmeye ilişkin, dolandırıcılığın özel görünüm biçimine ilişkin kural uygulanır; anılan kuralın uygulanma koşulları gerçekleşmemişse, hırsızlık suçu söz konusu olur⁸⁶. Fakat algılama ve irade yeteneği hiç bulunmayan bir kimse söz konusu olduğunda artık 643. maddenin uygulanamayacağı ve hırsızlık hükmüne başvurmak gerektiği savunulmaktadır⁸⁷.

Mal otomatlarından çeşitli hileli yöntemlerle karşılığı ödenmeksizin ürün alınması durumunda hırsızlık suçu oluşacak, hizmet otomatlarından bu şekilde hizmetin bedelsiz sağlanması durumunda ise, hırsızlık hükmü uygulanamayacaktır⁸⁸.

⁸³ Mantovani, 72.

⁸⁴ Manzini, 161, 162.

⁸⁵ Fiandaca ve Musco, 61; Antolisei, 410 (yazarın ifade ettiği gibi, hırsızlıkta püf nokta, zilyetliğin önceden hırsızda olmamasıdır).

⁸⁶ Manzini, 165.

⁸⁷ Manzini, 165; Codice penale esplicato, 783.

⁸⁸ Manzini, 167.

3. Kendi Zilyetliğini Kurmak

İt. CK m. 624'te "*impossessamento*" (İng. *appropriation*) isminden türetilen bir yüklem kullanılmıştır. Hükümde bu yüklem kendi zilyetliğini kurmak anlamında kullanılmıştır. Demek ki İt. CK'sının lafzı, açıkça, bir zilyetliğin diğerini takip etmesi gerektiğini; malın bir kimsenin fiili egemenliğinden çıkıp bir başkasının kine girmesi gerektiğini açıklamıştır⁸⁹. Bu farklılık, suçun tamamlanması açısından sadece önceki zilyetliğin sonlandırılmasının yeterli mi olduğu yoksa mal üzerinde failin kendi fiili egemenliğini de kurması mı gerektiği sorusu açısından önemlidir. İtalyan kanununun lafzına göre, failin kendi zilyetliğini de ayrıca kurması gerekir. Ne var ki, İtalyan doktrininde esasen mağdurun egemenliğinin sonlandırılması ile failin kendi egemenliğini kurmasının aynı şey olduğunu, bunların aynı madalyonun iki yüzü olduğunu, fail açısından "*impossesamento*" olarak ifade edilen şeyin mağdur açısından "*sottrazione*" olduğunu savunanlar da vardır⁹⁰. Hatta diğer bir görüş "*sottrazione*"nin suçun fiil unsurunu, "*impossesamento*"nun suçun netice unsurunu oluşturduğunu savunmuştur⁹¹. Özellikle bu son görüşe katılmak mümkün değildir: her ikisini de hareket unsuru olarak görmek gerekir⁹².

Belirteyim ki, aksine kararlar da bolca bulunmakla birlikte, baskın içtihatla "*sottrazione*" ve "*impossesamento*" kavramları eşdeğer görülmektedir⁹³.

İtalyan doktrini bakımından katıldığım görüşe göre, kanunun lafzı nedeniyle, İtalya'da önceki zilyedin mal üzerindeki fiili egemenliğini kaybetmesi ile failin kendi fiili egemenliğini kurması mantıksal ve hukuki olarak farklı şeylerdir⁹⁴. Daha önce ifade ettiğim üzere, kanunun gereksiz bir tekrara başvurarak aynı şeyi iki farklı açıdan ve terimle söyleyerek tekrarladığını savunmak zordur. İt. CK'da zilyetten malın alınması ve failin

⁸⁹ Fiandaca ve Musco, 61.

⁹⁰ Bu görüşler için bkz. Antolisei, 412; Codice penale esplicito, 747.

⁹¹ Lattanzi, 1507.

⁹² Aynı yönde Manzini, 189.

⁹³ Mesela bkz. Yargıtayın 7.2.1997, 15.3.1995, 26.1.1990 tarihli kararları (aktaran Antolisei, 413).

⁹⁴ Manzini, 186; Delpino, 640; Mantovani, 71 (eğer "*impossesamento*" unsuru "*sottrazione*" ile eşdeğer görülecekse esasen gereksiz ve işlevsiz bir ibareye dönüşecek ve böylece, yorum yoluyla, tipikliğin unsurlarından biri ilga edilmiş olacaktır – ki bu elbette mümkün değildir (a.g.e, 72); Carcano, 1037.

egemenliğini kurması ayrı ayrı zikredildiğine göre, bu ikisini ayrı ayrı anlamlandırmak ve aramak gerekecektir⁹⁵.

İşte bu doğrultuda, mal üzerinde önceki zilyedin fiili egemenliğinin sonlandırılması ilk aşamadır, failin bu mal üzerinde kendi fiili hakimiyetini kurması ise bundan sonra gelen ayrı bir ikinci aşamadır. Bu ikinci aşamanın gerçekleştiğini kabul etmek için, önceki zilyedin nezaret alanının haricinde, failin bu mal üzerinde özerk bir şekilde tasarrufta bulunabilmesi gerekir⁹⁶. Diğer bir deyişle, mal üzerinde maddi olarak tasarruf olanağının tam ve özerk şekilde tesisıyla, bu unsur gerçekleşir⁹⁷. Bunun için malın illa yer değiştirmiş olması şart değildir⁹⁸; hatta bazı durumlarda malın yer değiştirmiş olması da failin kendi zilyetliğini kurduğunu göstermez⁹⁹. Bu tanımdan da iki aşamanın farklılığı ortaya çıkmaktadır. Zira, önceki zilyedin mal üzerindeki fiili egemenliğini kaybetmesi, illaki failin bu mal üzerinde özerk tasarruf olanağına kavuşmuş olması anlamına gelmeyebilir¹⁰⁰. Şüphesiz, genelde bunlar zamansal olarak hemen art arda gerçekleşse de, bazı durumlarda araya zaman da girebilir¹⁰¹.

Önceki zilyetliğin sonlandırılması ile failin kendi fiili egemenliğini kurması hususlarının özdeş mi yoksa bağımsız mı olduğu tartışması, hareket halindeki bir araçtan bir şeyi atan failin daha sonra buraya gelip malı alması, bir eve giren failin evden bir şeyi alıp cebine atması ama daha evden çıkmamışken yakalanması veya tam evden çıkarken yakalanması, marketteki bir malı ceketinin içine atan failin marketten çıkamadan yakalanması gibi olaylarda hep önem arz edecektir. Şayet failin mal üzerinde kendi fiili egemenliğini kurması ayrıca aranırsa, bu örneklerin hiçbirinde henüz mal üzerinde önceki zilyetten bağımsız olarak serbestçe ve özerk tasarruf imkanı doğmamıştır; bu durumda, suç teşebbüs aşamasında kalmıştır¹⁰². Bununla birlikte, *Manzini*'ye göre, çalmak istediği malı ağzında, cebinde, çorabında veya ayakkabısında ya da vücudunun herhangi bir yerinde saklayan fail, henüz

⁹⁵ Kaldı ki diğer birçok hükümde yasakoyucu sadece “*sottrazione*” kavramına yer vermiş ve böylece, sırf bu unsurla haksızlığın meydana geldiğini vurgulamıştır (Mantovani, 72).

⁹⁶ Fiandaca ve Musco, 62; Delpino, 641; Carcano, 1037.

⁹⁷ Mantovani, 73.

⁹⁸ Manzini, 168.

⁹⁹ Mantovani, 72.

¹⁰⁰ Antolisei, 412.

¹⁰¹ Antolisei, 413; Manzini, 186; Mantovani, 71, 74; Delpino, 640; Carcano, 1037.

¹⁰² Malı daha sonra almak üzere araçtan aşağı atmak örneğinde suçun tamamlanmadığı hususunda bkz. Mantovani, 72.

önceki zilyedin hakimiyet alanında bulunsa bile, mal üzerinde kendi zilyetliğini kurmuştur (ve böylece suç tamamlanmıştır)¹⁰³. *Mantovani* ise bu görüşe karşı çıkmaktadır: kendi nezaret alanında kalan böyle bir mal üzerinde mağdurun fiili egemenliğini tam olarak yitirdiği söylenemez; fail de bu malı henüz üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konuma sokamamıştır¹⁰⁴. Neticede, buradaki görüş ayrılığının kuralsal veya ilkesel düzeyde olmadığı da açıktır; fikir ayrılığı, önceki egemenliğin sonlandırılıp sonlandırılmadığı ya da yeni egemenliğin kurulup kurulmadığına dair fiili duruma dair tespiti ilişkindir.

İtalyan Yargıtayının içtihadına bakıldığında ise istikrarlı bir yaklaşımdan söz edilemez: birçok kararda önceki zilyedin zilyetliğinin sonlandırılması suçun tamamlanmış sayılması için yeterli görülmüş ve bu anda, aynı zamanda ve otomatikman, failin kendi fiili egemenliğini mal üzerinde kurduğu kabul edilmiştir¹⁰⁵; bazı kararlarda ise failin kendi egemenliğini kurması bağımsız bir an olarak kabul edilerek bu anda suçun tamamlandığı kabul edilmiştir¹⁰⁶. İtalyan Yargıtayı şöyle ilginç bir ayrım benimsemiştir: self-servis satış yapan mağazalarda malın fail tarafından – mesela cebine – saklanması durumunda kendi zilyetliğini kurma unsuru gerçekleşmiştir; self-servis olmayan marketlerde, ödeme yapmak üzere mal mağazadan satın alındığında, sadece kasada ödeme yapınca bu unsur gerçekleşmiştir¹⁰⁷. İtalyan Yargıtayı, self-servis durumlarında, malın ilk alındığı andan itibaren hak sahibi ya da onun adına hareket eden kişilerin faili sürekli olarak nezaret ve takip altına alması

¹⁰³ Manzini, 171. Buna karşılık, yazara göre bazı durumlarda ise, suçun tamamlanması için malın bulunduğu yerden dışarı taşınmış olmasını aramak gerekebilir, mesela çok hacimli mallar açısından durum böyledir zira bu taşıma gerçekleşmeksizin böyle bir mal üzerinde zilyetlik kurulamaz. Aynı yönde bkz. 3.3.1951 tarihli İt. Yargıtayı kararı (Archivio pen., 1951, 403, aktaran ibid). 24.10.2016 tarihli bir kararında ise İt. Yargıtayı, olay yerinden uzaklaşmayan ama çalınanı üzerinde saklayan kişinin fiilini tamamlanmış hırsızlık olarak kabul etmiştir (aktaran Mantovani, 76, dn. 14).

¹⁰⁴ Mantovani, 72.

¹⁰⁵ 20.1.1984, 13.6.1985, 3.7.2002 tarihli bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Fiandaca ve Musco, 62.

¹⁰⁶ 22.10.1976, 30.10.1992 ve 21.1.1999 tarihli bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Fiandaca ve Musco, 62. Mesela 5.4.1991 tarihli ve 3747 sayılı kararda, olay yerinde malın cebine atılmasıyla suçun tamamlandığı kabul edilmiştir. Fakat aynı karara göre, fail bu durumun farkında olmaksızın, hak sahibi veya polis faili bu saklama anından önce veya anından itibaren gözlem altına alarak takip etmişse, suç tamamlanmamıştır (kararı aktaran Lattanzi, 1508).

¹⁰⁷ Fiandaca ve Musco, 62-63.

durumunda fiilin henüz teşebbüs aşamasında olduğu görüşündedir¹⁰⁸. Bu ayrımlar ışığında, self-servis hizmet sunan mağazadan malı alıp cebine atan kişi açısından bu anda suç tamamlanmıştır; fakat kasada ödeme yapılan türden bir markette, cebine gizlediği mal düştüğü için ödeme sırasında yakalanan kişi açısından suç teşebbüs aşamasında kalmıştır¹⁰⁹. Doktrinde bu ayırım – haklı olarak – eleştirilmiştir: ilk örnekte de, cepte gizlenen mal halen güvenlik personeli tarafından potansiyel olarak denetim icra edilebilecek bir alan içindedir ve önceki zilyedin nezaret alanı dışında fail henüz bu mal üzerinde tasarruf olanağına kavuşmamıştır¹¹⁰. İster cebe atma anından itibaren güvenlik personeli faili sürekli gözetlesin, ister bunu yapmasın, kanaatimce markette bulunduğu süre boyunca failin o mal üzerinde henüz özerk tasarruf yetkisi yoktur ve suç tamamlanmamıştır. Oysa önceki zilyedin zilyetliği sonlanmıştır: önceki zilyedin mal üzerinde tekrar tasarruf edebilmesi için failin hukuki alanına müdahale etmesi gerekecektir; bu da, önceki zilyedin artık mal üzerindeki fiili hakimiyetinin mevcut olmadığını gösterir¹¹¹.

Bu noktada “kesintisiz takip” olarak adlandırılan durumları da değerlendirmek gerekir: failin sürekli ve kesintisiz bir takip sonucu yakalanması durumunda, acaba malı ilk aldığı yerden uzaklaşmışsa bile suç henüz teşebbüs aşamasında mıdır? Keza, böyle bir kesintisiz takip olmaksızın, failin malı aldığı yerin dışında yakalanması durumunda ise, mal güvence altına alınamamış olsa dahi, suç tamamlanmış mıdır? İtalya’da bu sorulara olumlu cevap veren hem yerel mahkeme hem de Yargıtay içtihatları¹¹² mevcut olup doktrinin bir kısmınca bu içtihat desteklenmektedir. Bir karara göre, fail ancak başkasının nezaretinden kaçmış olup mal üzerinde otonom ve bağımsız bir ilişki tesis edebilmişse suç tamamlanmış olup süpermarket personelinin sabit, daimi ve aralıksız denetim ve nezaret gücü altında bulunan fail açısından suç hiçbir zaman tamamlanmamıştır; bu nedenle de, güvenlik personeli

¹⁰⁸ 19.3.1999 tarihli ve 3642 sayılı karar, aktaran Lattanzi, 1508.

¹⁰⁹ Keza 16.12.2014 tarihli ve 52117 sayılı Genel Kurul kararına göre, marketten hırsızlık durumunda, malın hareketinin gözlemlenmesini otomatik olarak sağlayan güvenlik tedbirleri yahut mağdurun ya da mağaza personelinin ya da güvenlik görevlilerinin doğrudan gözlemi aracılığıyla icra edilen denetim suçun tamamlanmasını önler çünkü fail bir anlığına bile olsa henüz mağdurun nezaret ve denetim alanında olan söz konusu mal üzerinde otonom ve etkin bir tasarruf olanağına kavuşmamıştır. Aktaran Antolisei, 416.

¹¹⁰ Fiandaca ve Musco, 63.

¹¹¹ Tezcan, Erdem ve Önok, 754.

¹¹² Mesela bkz. 15.12.1992 tarihli ve 11947 sayılı karar (Lattanzi, 1508).

tarafından sürekli izlenen ve aralıksız olarak takip edilerek yakalanan failin eylemi, mağazanın kapısındaki elektronik güvenlik (alarm) sistemini aşmış olsa bile, teşebbüs aşamasında kalmıştır¹¹³. Aynı esaslar daha yakın tarihte Genel Kurul tarafından da teyit edilmiştir ve ödeme yapmaksızın kasayı aşmış olan failin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmiştir¹¹⁴. Belirtelim ki, İtalya Yargıtayı bu tür durumlarda suçun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek için suçun icrası boyunca (yani icra hareketleri esnasında ve fail mal üzerinde kendi egemenliğini bir an için bile olsa henüz kurmadan önce) hak sahibinin (veya onun adına hareket edenin) ya da güvenlik kuvvetlerinin faili takip etmiş ve denetlemiş olmasını aramaktadır¹¹⁵. Bu bakımdan, kapıda alarm çaldığı için, o an ilk kez takibe alınan ve kesintisiz takiple yakalanan failin eylemini tamamlanmış kabul etmek gerekecektir.

D. Cezaya Etki Eden Nitelikli Haller

1. İt. CK m. 625'teki Ağırlatıcı Nedenler

İtalyan CK m. 61'de yer alan ve hırsızlık suçuna da uygulanabilen çok sayıdaki “genel” ağırlatıcı nedene¹¹⁶ ilaveten İt. CK m. 625'te 8 bent halinde¹¹⁷, hırsızlık suçuna ilişkin çok sayıda “özel” ağırlatıcı nedene¹¹⁸ yer verilmiştir.

Söz konusu özel ağırlatıcı nedenler çok fazla sayıdadır. Bu bakımdan, hem önceki hem mevcut İt. CK'sındaki düzenlemenin adeta kazüistik yöntem mahiyetinde olduğu söylenebilir.

¹¹³ Kararlar ve doktriner atıflar için bkz. Antolisei, 412.

¹¹⁴ 16.12.2014 tarihli ve 52117 sayılı karar (www.altalex.com). Aynı yönde yine bkz. 24.3.2017 tarihli ve 14538 sayılı 5.CD. kararı.

¹¹⁵ Carcano, 1040.

¹¹⁶ Yasanın 61. maddesinde sayılan birtakım durumlar tüm suçlar için ortak uygulama olanağına sahiptir. Bu bakımdan, bünyesiyle uyumsuz olmamak kaydıyla, herhangi bir suç tipinin bu şekilde işlenmesi durumunda genel nitelikli ağırlatıcı neden devreye girer (Marinucci ve Dolcini, 550).

¹¹⁷ Gerçi ilk bent yürürlükten kalkmıştır, 7. bendin “bis”i, 8.bendin “bis” ve “ter”i mevcuttur ve bazı bentlerde esasen birden fazla nitelikli hal bir arada düzenlenmiştir.

¹¹⁸ Sadece bir veya birden fazla suça ilişkin olarak özel olarak düzenlenmiş bulunan ağırlatıcı nedenlere “özel (ağırlatıcı) haller” (circostanze (aggravanti) speciali) denilmektedir, bkz. Paolo Pisa, “Reato Circostanziato” in Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, ed. Carlo Federico Grosso; Marco Pelissero; Davide Petrini ve Pisa Paolo, 443-475 (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2013), 445.

Aşırı cezalandırmaya yol açan bu çokça ağırlatıcı nedenin varlığı nedeniyledir ki, yasakoyucu m. 69/2 hükmünü getirerek bir denge sağlamaya çalışmıştır¹¹⁹. Söz konusu hükme göre, hafifletici sebeplerle ağırlatıcı sebepler bir arada olduğunda, hafifletici sebeplerin somut olayda ağır bastığına hakim tarafından takdirenen kanaat getirilirse, ağırlatıcı nedenler için öngörülen artırımlar dikkate alınmayarak sadece hafifletici nedenler dikkate alınacaktır¹²⁰. Bu hüküm sayesinde, ağırlatıcı nedenlerin uygulama kapsamını daraltmaya yönelik olan ve yorumsal ihtilaflara yol açan birçok tartışma pratik önemini yitirmiştir çünkü artık herhangi bir hafifletici nedenin ağırlatıcı neden/nedenlerle eşdeğer olduğu ya da ağırlatıcı neden(ler)e ağır bastığı yönündeki yargı, ağırlatıcı neden(ler)in uygulanmasına engel olacaktır¹²¹.

Söz konusu 69/2. madde hükmü sayesinde artık aşırı cezalandırma kaygısı olmadığı için, kimi nitelikli hollere verilen anlam oldukça geniş olabilmektedir.

625. maddede yer verilen tüm ağırlatıcı nedenler kanunun 70. maddesi anlamında objektif nitelikte ağırlatıcı nedenlerdir ve bu nedenle, kanunun 118. maddesi uyarınca, suçta katılan herkese uygulanır¹²².

Çalışmanın kapsamını fazla genişletmemek adına bu ağırlatıcı nedenlerin detayına girilmeyerek temel bazı bilgiler verilecektir.

İkinci bende¹²³ göre, eşyalar üzerinde şiddet kullanılması veyahut herhangi bir hileli aracın kullanılması durumunda ceza artar. Şiddet ve hileli

¹¹⁹ Fiandaca ve Musco, 80.

¹²⁰ 1974 reformundan önce bazı türden nitelikli holler bu “dengeleme” kuralından müstesna iken bu yılda yapılan reform ile bu istisnalar kaldırılmıştır (Tullio Padovani, *Diritto Penale*, 7. Bası (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2004), 243-244). Zira anılan istisnalar, başta m. 625/2’deki nitelikli hırsızlık olmak üzere, bazı durumlarda aşırı ağır cezalara yol açmaktaydı (Pisa in: Grosso ve diğerleri, 451).

¹²¹ Fiandaca ve Musco, 80. Fakat yargısal uygulamada, 625. maddedeki cezanın ağırlığı karşısından anılan 69. maddeye başvurmak suretiyle sıklıkla 625. madde yerine basit hırsızlıktan ceza verme yoluna gidilmiş; bu uygulamanın yarattığı hafif cezalandırma pratiğini bir ölçüde düzeltmek için, bu sefer de 2001 yılında basit hırsızlık suçunda öngörülen hapis ve para cezalarının alt sınırı yükseltilmiştir. Bu sefer bunu telafi etmek için de (!) 625bis maddesindeki özel etkin pişmanlık düzenlemesi kanuna dahil edilmiştir (Mantovani, 70).

¹²² Antolisei, 419; Carcano, 1043.

¹²³ İlk bentteki nitelikli hal maddeden silinmiş olup artık 624bis’te özerk bir suç olarak yer almaktadır. Bu düzenlemeye ileride değinilecektir.

araç seçimlidir, birinin ya da her ikisinin kullanılması arasında bendin uygulanması bakımından bir fark yoktur¹²⁴.

Buradaki şiddetten kasıt, her şeyden önce, bir eşyaya fiziksel anlamda zarar vermek suretiyle hırsızlığın işlenmesidir. Nitelikli halin uygulanması için çalınan şeyi koruma/muhafaza etmeye elverişli türden bir eşya söz konusu olmalı ve şiddet de hırsızlık suçu tamamlanmadan önce, malın alınması amacıyla yönelik olarak kullanılmış olmalıdır¹²⁵. *Zanardelli* Kanununda bu ağırlatıcı sebep daha dar olarak tanımlanmış iken 1930 İtalyan CK'sı genel olarak mala karşı her türlü şiddeti hüküm kapsamına almıştır¹²⁶. Bununla birlikte, para destesini koruyan lastik bandın kopartılması ya da bir şeyi bağlayan ipin çözülmesi gibi durumlarda bu hüküm Yargıtayca uygulanmamaktadır¹²⁷. Genel olarak, şiddete konu olan maddi engelin asgari ölçüde savunmaya elverişli türden bir şey olması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁸. Mağazalardan ürün çalabilmek için ürüne bağlı manyetik etiketin sökülmesi durumunda Yargıtay bu hükmü uygulamıştır¹²⁹. Genel olarak, fail fiili işlemek için fiziksel bir enerji sarf ederek bu şekilde başkasının malını kırar, bozar, zarara uğratar, değiştirirse Yargıtayca bu hükme başvurulmaktadır¹³⁰. Malın işlevselliği ortadan kalkmasa bile zarar görmüş olması yeterlidir¹³¹. Bir ağacı keserek çalmak gibi durumlarda bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde ve içtihatla tartışmalı olup daraltıcı görüşe göre hükmün uygulanabilmesi için taşınmaz malın fiilen taşınabilir hale getirilip çalınabilmesi için başvurulması zaten zorunlu olan şiddetin *dışında*, *ayrıca* bir şiddet kullanımı söz konusu olmalıdır¹³². Fakat bijonların sökülerek araçtan sökülen tekerleklerin çalındığı bir olayda Yargıtay nitelikli hale başvurmuştur¹³³. Şiddetin (veya aşağıda ele alacağımız hilenin) ister mağdurun zilyetliğini sonlandırma isterse failin kendi zilyetliğini kurması aşamasında kullanılması mümkündür; bu aşamadan sonra bunlara başvurulması durumunda ise bu ağırlatıcı neden uygulanamaz¹³⁴. İlginçtir ki,

¹²⁴ Manzini, 226.

¹²⁵ Fiandaca ve Musco, 80.

¹²⁶ Antolisei, 421.

¹²⁷ İkinci örnek için bkz. Antolisei, 421.

¹²⁸ Mantovani, 79.

¹²⁹ 14.2.2006 tarihli karar (aktaran Antolisei, 422).

¹³⁰ Antolisei, 421; Lattanzi, 1521.

¹³¹ 22.2.1996 tarihli ve 1951 sayılı Yargıtay kararı (Lattanzi, 1521).

¹³² Antolisei, 422; Manzini, 22-23. Aksi görüşte Carcano, 1044.

¹³³ 12.11.1984 tarihli karar (aktaran Lattanzi, 1522).

¹³⁴ Manzini, 228.

hükümde hırsızlığın işlenmesi “için” bu yollara başvurulması aranmamıştır. Bu nedenle, *Manzini*'ye göre, suçun icra hareketleri sırasında herhangi bir amaçla bu yollara başvurulması (mesela sırf vahşilik nedeniyle eşya üzerinde şiddete başvurulması) durumunda yine de ağırlatıcı neden uygulanır¹³⁵. *Mantovani* ise aksi görüştedir: şiddete başvurmak suçu işlemek için zorunlu olmasa da, en azından suçun işlenişi ile arada şekilsel bir bağ olmalıdır; bilinçli de olsa salt tesadüfi bir bağın varlığı (vandalizm gibi) yeterli olmayıp böyle bir durumda mala zarar verme suçundan da ayrıca ceza verilmelidir¹³⁶. Elbette, fiilin işlenmesinden sonra *başka* bir mal üzerinde kullanılan cebir bu hüküm kapsamına girmeyip¹³⁷ ayrıca cezalandırılır.

Hileli araçtan kasıt ise, mağdurun malı korumak için önceden hazır ettiği engelleri aşmaya dönük herhangi bir aracın veya yol ya da yöntemin ya da numaranın kullanılmasıdır¹³⁸. Bu engellerin ister doğal ister suni olması; maddi nitelikte ya da kişisel nitelikte olması mümkündür¹³⁹. Mesela anahtar ya da merdiven kullanılması bu kapsamdadır¹⁴⁰. Hatta bir yere olağan girişinden başka bir noktadan girerek hırsızlık yapılması da bu kapsamda değerlendirilegelmiştir¹⁴¹. Failin gayrimeşru şekilde ele geçirdiği anahtar¹⁴² veya taklit anahtar¹⁴³ veya haksız yere elde bulundurulan gerçek anahtar¹⁴⁴ da bu kapsamda görülmektedir¹⁴⁵. Kişisel nitelikte engeli aşmak için kullanılan hile, dolandırıcılık suçuna yol açan hileden şöyle ayrılmaktadır: dolandırıcılıktaki hile, mağdurun iradesini ifsad edip malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmaya onu ikna etmek için kullanılmaktadır; buradaki hile ise sadece çalınacak malın zilyetliğini ele geçirmek için kullanılmaktadır¹⁴⁶. Dolandırıcılıkta zilyetlik devri, aldatılan kişinin (aslında hileyle elde edilmiş

¹³⁵ *Manzini*, 229.

¹³⁶ *Mantovani*, 78; *Carcano*, 1044.

¹³⁷ *Carcano*, 1044.

¹³⁸ *Fiandaca ve Musco*, 81. Yine bkz. *Mantovani*, 79: fail ile mal arasındaki engellerin etrafından dolanmaya ya da bunları etkisiz kılmaya yönelik her türlü dolap ve dalavere bu kapsamdadır.

¹³⁹ *Fiandaca ve Musco*, 81; *Mantovani*, 79-80.

¹⁴⁰ *Fiandaca ve Musco*, 81; *Mantovani*, 79.

¹⁴¹ *Lattanzi*, 1523; *Carcano*, 1044.

¹⁴² *Antolisei*, 422.

¹⁴³ *Mantovani*, 79; *Codice penale esplicato*, 751.

¹⁴⁴ *Manzini*, 248; *Mantovani*, 79.

¹⁴⁵ Kilit veya benzeri aygıtların her türlü “gayri meşru” şekilde açılmasının bent kapsamında olduğuna dair bkz. *Manzini*, 244-245.

¹⁴⁶ *Fiandaca ve Musco*, 82.

ve geçersiz) rızasıyla gerçekleşmektedir¹⁴⁷. Yani dolandırıcılıkta ifsad edilmiş irade sayesinde (hukuken geçersiz) bir rıza sağlanmaktayken, buradaki hile, zilyedin malın alınmaması yönündeki iradesini aşarak etkisiz kılmak için kullanılmaktadır¹⁴⁸. O halde, çalınacak şeyin bulunduğu yere girmek ya da bu mal ile temasa geçebilmek gibi amaçlarla başvuru hile, dolandırıcılık suçuna değil hırsızlığın buradaki ağırlatıcı nedenine yol açar¹⁴⁹. Bu nedenle, failin kapanış saatinden önce mağazanın içine saklanmak suretiyle eylemini gerçekleştirmesi nitelikli hırsızlık kapsamında değerlendirilmiştir¹⁵⁰. Keza, çalınan şeyin yerine değersiz bir başka şeyi koymak ya da mağduru malın bulunduğu yerden uzaklaştırmak için başvuru hileli davranış, dolandırıcılık değil, nitelikli hırsızlık oluşturur¹⁵¹. Suç ortağının malı alabilmesi için diğer şerikin zilyedi oyalaması da nitelikli hırsızlıktır¹⁵². Aracın motorunun çalıştırılması için kablolarla kısa devre yapılması da ikinci bent kapsamında kabul edilmiştir¹⁵³. Buna karşılık, çalınan malın salt cepte saklanması hile kapsamında görülmemiştir¹⁵⁴. Bir süpermarkette aldığı çeşitli malları tekerlekli sepetin içine koyan, kasadan geçmek yerine bilgi kulübesinin olduğu yerden bunları dışarı çıkararak buradan geçebilmek için de aslında bir gün önce yapılmış olan bir alışverişe dair fişi gösteren failin fiili dolandırıcılık değil, nitelikli hırsızlık olarak kabul edilmiştir. Yargıtaya göre bunun nedeni, hilenin söz konusu malın personelce tesliminin gerçekleştirilmesine yönelik olmayıp fail tarafından gerçekleştirilmekte olan “malın zilyetliğinin ele geçirilmesi” hareketine karşı bu görevlinin nezaretini ortadan kaldırmak için kullanılmış olmasıdır¹⁵⁵.

Elektrik enerjisi hırsızlığının enerjisi nakleden hatta saplama yapmak gibi gizli yöntemlerle işlenmesi durumunda; sayaç üzerinde manipülasyon yapılmaksızın ve henüz kullanım sayaç tarafından kaydedilmeksizin fiilin gerçekleştirilmiş olması kaydıyla, bu ağırlatıcı nedeninin uygulanabileceği baskın içtihatla kabul edilmiştir¹⁵⁶. Sayaçtan geçmiş olan enerjisi sayacı

¹⁴⁷ 1.6.1999 tarihli ve 6876 sayılı karar; 12.12.2003 tarihli ve 47680 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1513).

¹⁴⁸ Antolisei, 424.

¹⁴⁹ Mantovani, 80.

¹⁵⁰ Lattanzi, 1523.

¹⁵¹ Fiandaca ve Musco, 82.

¹⁵² Mantovani, 80.

¹⁵³ 11.5.1989 tarihli Yargıtay kararı (aktaran Antolisei, 423).

¹⁵⁴ 27.4.2006 tarihli ve 24232 sayılı Yargıtay kararı (aktaran Antolisei, 423).

¹⁵⁵ 20.3.1998 tarihli ve 3478 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1513).

¹⁵⁶ Antolisei, 423. Mesela bkz. 24.5.2002 tarihli ve 20136 sayılı karar.

manipüle etmek suretiyle edinmek durumunda ise dolandırıcılık suçuna başvurulması gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁷. Doğrudan dışarıdaki (mesela yoldan geçen) hatlardan enerjinin saplama yapmak gibi yöntemlerle çalınması durumunda ise m. 625/b. 7 anlamında nitelikli hırsızlığın olduğu içtihadta kabul edilmiştir¹⁵⁸.

Görüldüğü gibi, bilhassa hile kavramı çok geniş kapsamlı olarak yorumlanmaktadır. Genel olarak da, ikinci bentteki seçimlik ağırlatıcı nedenlerin uygulamada aşırı geniş yorumlandığı eleştirisi yapılmaktadır¹⁵⁹.

Üçüncü bende göre, kullanmaksızın, failin üzerinde silah (bu konuda bkz. m. 585/2-3) veya narkotik madde¹⁶⁰ taşıyor olması durumunda ceza artar. Silahın hukuka uygun olarak taşınıyor olması durumunda da nitelikli hal uygulanabilir¹⁶¹. Silah malın alınması için kullanılmışsa, elbette, artık yağma suçu devreye girer¹⁶². Buradaki narkotiğin kapsamına sadece mağdurun savunma ya da tepki yeteneğini ortadan kaldırmaya ya da azaltmaya uygun nitelikteki ürünler girer, sadece analjezik etkisi olan maddeler girmez¹⁶³. Kanunda kullanılan “*in dosso*” ibareleri pek açık olmayıp lafzi olarak “(şahsı) üstünde” (taşımak) anlamına da gelebilir ya da amaçsal bir yorumla “kendisiyle birlikte taşımak” (mesela çantasında) anlamına da gelebilir. Baskın görüş ikinci yöndedir¹⁶⁴. Silah veya narkotiğin varlığı failce bilinmelidir; bunların ne amaçla taşındığı fark etmez¹⁶⁵.

Dördüncü bende göre failin “*destrezza*”¹⁶⁶ yani özel beceriyle işlenmesi durumunda ceza artar. Gerek doktrin gerekse içtihadta göre, failin işlenmesi hususunda sahip olunan herhangi bir özel yetenek, kurnazlık ya da çabukluk nitelikli halin uygulanması için yeterlidir¹⁶⁷. Doktrine göre, olağanın üstünde bir kabiliyet söz konusu olmalıdır, öyle ki, sıradan hırsıza göre üstün bir kabiliyetin varlığı söz konusu olmalı ve her halükarda bu özel kabiliyet, yargılama konusu hırsızlığın somut koşulları ışığında, ortalama mağdurun

¹⁵⁷ Manzini, 24; Delpino, 637.

¹⁵⁸ 20.9.2001 tarihli ve 34116 sayılı Yargıtay kararı (aktaran Delpino, 637).

¹⁵⁹ Mantovani, 78.

¹⁶⁰ Anlamı için bkz. Manzini, 262-263.

¹⁶¹ Fiandaca ve Musco, 82; Carcano, 1045.

¹⁶² Delpino, 645.

¹⁶³ Mantovani, 81.

¹⁶⁴ Mantovani, 81; Carcano, 1045.

¹⁶⁵ Mantovani, 81.

¹⁶⁶ Buna uygulamada “*borseggio*” da denilir (Mantovani, 81).

¹⁶⁷ Fiandaca ve Musco, 83.

olağan nezaretini devre dışı bırakmaya yetmelidir¹⁶⁸. Bu olağanın üstündeki kabiliyetin “çok istisnai” mahiyette bir yetenek olması gerekmez¹⁶⁹. Mağdurun durumu fark etmesini imkansızlaştıran çok fevkalade bir özel yeteneğin varlığı aranmadığından, fiil esnasında veya hemen sonrasında mağdurun durumu fark etmesi nitelikli halin uygulanmasına engel değildir¹⁷⁰. Fakat salt mağdurun geçici dikkatsizliğinden istifadeyle suçun işlenmiş olması bu bendin uygulanmasına yetmez¹⁷¹. Fiilin salt gizlice işlenmiş olması da yetmez¹⁷². İtalyan Yargıtayına göre, bilinci açık olmayan (mesela uyuyan ya da madde etkisi altında olan ya da akıl hastalığına duçar) bir kimseye karşı işlenen hırsızlıklarda da, duruma göre, bu nitelikli halin uygulanması mümkün olabilir¹⁷³. Öte yandan, bilinci yerinde olmadığı için özel bir beceri gerekmeksizin kendisinden malı alınabilecek bir mağdurun varlığında m. 61/5'teki¹⁷⁴ genel ağırlatıcı neden uygulanabilir¹⁷⁵.

Nitelikli halin uygulanması için mağdur ile temas edilmesinin şart olup olmadığı tartışmalıdır; baskın görüşe göre böyle bir koşul aranmaz ve salt mala dönük sergilenen beceri de yeterlidir¹⁷⁶. Baskın içtihat da bu yöndedir¹⁷⁷.

¹⁶⁸ Fiandaca ve Musco, 83; Manzini, 267; Mantovani, 81.

¹⁶⁹ Manzini, 269; yine bkz. Mantovani, 81.

¹⁷⁰ Lattanzi, 1525.

¹⁷¹ 12.7.2017 tarihli ve 34090 sayılı (Yargıtay) Genel Kurul kararı (www.altalex.com).

¹⁷² Manzini, 271.

¹⁷³ Fiandaca ve Musco, 83. Doktrinde aynı yönde Manzini, 272; Mantovani, 82.

¹⁷⁴ Söz konusu hükme doktrinde “azalmış savunma” denilmekte olup bu hüküm mağdurun özel savunmasızlık durumunu yaratan bazı durumların varlığı halinde, bu durumu bilmek ve bundan yararlanmak suretiyle suçu işleyen faile uygulanır (Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia ve Giulio de Simone, Manuale di diritto penale. Parte Generale (Bologna: Il Mulino, 2007), 785; Fiandaca ve Musco, Parte Generale, 436). Bununla birlikte, doktrinin bir kısmına göre (mesela bkz. Mantovani, Diritto Penale, 411), savunmasızlık durumunun objektif olarak varlığı, fail bunu bilmese bile, bendin uygulanmasını sağlar yeterki savunmasızlık durumu fark edilebilir olsun. Hükümde sayılan ve savunmasızlığa yol açan hallerden biri de, kişisel savunmaya engel olan, şahsa dair koşullardan yararlanmaktır. Yaşlı veya engelli veya akıl hastalığına duçar veya sarhoş kişiler buna örnektir (Canestrari, Cornacchia ve de Simone, 786; Marinucci ve Dolcini, 552). Fakat faile üstünlük sağlayan, mesela fiziksel yapısının çok kuvvetli olması gibi durumlar da bent kapsamında görülmektedir (Mantovani, Diritto Penale, 411).

¹⁷⁵ Mantovani, 82.

¹⁷⁶ Fiandaca ve Musco, 83; Mantovani, 82; Carcano, 1045. Aksi yönde Antolisei, 426 ve Manzini, 270-271.

¹⁷⁷ Antolisei, 426. Yine bkz. Lattanzi, 1526.

1889 kanunun aksine, 1930 yasasında suçun kişinin üzerinden işlenmesi gerektiğinin belirtilmemiş olması bu yorumu haklı kılar¹⁷⁸.

Öte yandan, baskın doktrine göre, mağdurun üzerinde nezaret ettiği bir mal bulunmalıdır¹⁷⁹; bu nedenle, fiili işlemek için özel bir yetenek sergilenmişse bile, denetimsiz bırakılan bir aracın içinde bir şey çalmak ya da maç sırasında kimsenin bulunmadığı soyunma odasından bir şeyler çalmak gibi durumlarda bu nitelikli hal uygulanmaz¹⁸⁰. Oysa daha önce ele aldığımız “hileli araç” bakımından mağdurun malın üzerinde nezarete sahip olup olmaması fark etmeyecektir¹⁸¹.

Beşinci bende göre fiilin üç veya daha fazla kişi tarafından işlenmesi ya da tek kişi olsa bile, görünüşünü değiştiren veya kamu görevlisi ya da kamu hizmetlisi gibi davranan kişi tarafından işlenmesi durumunda ceza artar.

1889 kanunu “bir araya gelen” üç veya daha fazla kişiden söz ederken, 1930 kanunu bu sayıdaki kişilerce “fiilin işlenmesinden” söz etmektedir. Bu değişiklikten hareketle, demek ki asgari sayıdaki kişinin artık aynı anda olay yerinde bulunmasının aranmadığı, böylece şeriklerin (ve bu arada manevi yardımda bulunanların) da hesapta dikkate alınması gerektiği çıkarımı yapılmıştır¹⁸². Diğer bir deyişle, sayıya şeriklerin de dahil edilebileceği savunulmaktadır¹⁸³. Yargıtay da bu yönde karar vermiştir¹⁸⁴. *Mantovani* ise aksi görüştedir: fiilin maddi olarak icrasına katılan kişiler sayıya dahildir¹⁸⁵. İtalyan Yargıtayına göre, fiile katılan ve fakat kusur yeteneği olmayan veya cezalandırılabilir olmayan kişiler de asgari sayının tespitinde hesaba katılacaktır¹⁸⁶.

Görünüşünü değiştirmekten kasıt, kişinin dış görünüşünde değişiklik meydana getiren ve failin teşhisini zorlaştıran her türlü tedbirdir¹⁸⁷. Fakat yüzdeki görünüş değişikliği kast edilmektedir¹⁸⁸. *Baskın* içtihadına göre failin

¹⁷⁸ Fiandaca ve Musco, 83.

¹⁷⁹ Mantovani, 82; Carcano, 1045.

¹⁸⁰ Her iki konudaki Yargıtay içtihadı için bkz. Mantovani, 82, dn. 26.

¹⁸¹ Mantovani, 82; Carcano, 1045.

¹⁸² Antolisei, 427.

¹⁸³ Manzini, 280; Fiandaca ve Musco, 84; Delpino, 646; Codice penale esplicato, 751.

¹⁸⁴ 4.4.2011 tarih ve 13566 sayılı karar (aktaran Antolisei, 428). Yine bkz. Carcano, 1046.

¹⁸⁵ Mantovani, 83.

¹⁸⁶ Çeşitli içtihatlar için bkz. Fiandaca ve Musco, 84, dn. 18. Doktrinde aynı yönde Antolisei, 428; Manzini, 282-283.

¹⁸⁷ Fiandaca ve Musco, 84.

¹⁸⁸ Mantovani, 83; Carcano, 1046.

fiilen tanınabilmiş olması durumunda da nitelikli hal uygulanır¹⁸⁹. Failin hırsızlığı işlemek için, özel olarak, görünüşünü değiştirmiş olması gerekmez¹⁹⁰; diğer bir deyişle, herhangi bir nedenle görünüşünü değiştirmiş olan failin bu esnada “hasbelkader” hırsızlık yapması durumunda da nitelikli hal uygulanır.

Kamu görevlisi ya da kamu hizmetlisi gibi davranan kişi tarafından fiilin işlenmesine dair ağırlatıcı nedeninin uygulanabilmesi için failin aslında bu sıfatları haiz olmamasına rağmen, hırsızlığın icra hareketlerini işleyebilmek için öyleymiş gibi davranması aranır¹⁹¹.

Altıncı bentte, fiilin her türlü araçta seyahat eden veya istasyonlarda ya da limanlarda ya da rıhtımlarda bulunan veya otellerde¹⁹² ya da yiyecek veya içecek verilen sair işletmelerde bulunan yolcunun bagajına karşı işlenmesi halleri düzenlenmiştir. Hava, kara veya su (deniz, akarsu, göl) yoluyla seyahat eden yolcular hüküm kapsamındadır, fakat yürüyerek bir yere gidenler kapsamında değildir¹⁹³. İlla başkasınca taşınan bir kişinin söz konusu olması gerekmez, aracı kendi süren kişi de yolcu olabilir¹⁹⁴. Yolcudan bahsedebilmek için seyahatin devam ediyor olması yeterlidir, ara bir durakta (mesele mola yerinde) istirahat ediliyor olması bu sıfatı ortadan kaldırmaz¹⁹⁵. Buna karşılık, mola değil de seyahate ara verilmesi söz konusuysa, yani seyahate ancak gelecek ve uzak bir zamanda tekrar devam edilmesi düşünülüyorsa, artık yolcu sıfatı kalkar¹⁹⁶. Keza, yeni bir konut tesis etmiş sayılacak şekilde bir ara verilmiş ise (kamping alanında seyahate ara veren turist gibi) artık hüküm uygulanmaz¹⁹⁷. Yolcu sıfatı yoksa, hükümde sayılan yerlerde bulunulması hükmün uygulanmasına yetmez¹⁹⁸. Hatta seyahat henüz başlamamış ise, seyahate çıkmaya hazır olan bir araçtan çalınan bavul bile hüküm kapsamında

¹⁸⁹ Fiandaca ve Musco, 85. Doktrinde aynı yönde Manzini, 285; Delpino, 646; Mantovani, 83; Carcano, 1046.

¹⁹⁰ Manzini, 285; Mantovani, 83.

¹⁹¹ Carcano, 1046.

¹⁹² “Alberghi” kelimesi kullanılmış olup otel, motel, pansiyon gibi yerlerin tümü bu kapsamdadır (Mantovani, 84).

¹⁹³ Manzini, 288.

¹⁹⁴ Manzini, 288-289; Mantovani, 84; Carcano, 1046.

¹⁹⁵ Fiandaca ve Musco, 85; Mantovani, 84.

¹⁹⁶ Lattanzi, 1526.

¹⁹⁷ Carcano, 1047. Mesela otel odasına yerleştirilmiş olan bavul bu kapsamda değilken, otelin herkese açık ortak alanlarında (mesela otelin henüz girişinde) bulunan bavul bu kapsamdadır (ibid).

¹⁹⁸ Antolisei, 428.

değildir¹⁹⁹. Keza, evinden işine giden kişi de yolcu sayılmaz²⁰⁰, mağdurun konutunun bulunduğu yerden ayrı bir belediyeye gidiyor olması gerekir²⁰¹; genel olarak da, şehir içinde, kamusal toplu ulaşım araçlarıyla da olsa, bir yerden diğer bir yere gidenler hüküm kapsamında değildir²⁰². Hükümün uygulanabilmesi için, çalınan şeyin “bagaj” olması gerekir. Yolcunun rahatı için ya da kişisel zaruretten veya yolculuğun amacı bakımından ya da kişisel veya mesleki yararlılığı sebebiyle yanında taşıdığı her mal bu kapsamdadır²⁰³. Bagajdan bahsedebilmek için illa ilgili malın bavul veya benzeri bir hazne içinde taşınması gerekir²⁰⁴. Kişisel kıyafetin bir parçası olan veya genellikle kişinin üstünde taşıdığı şeyler (gömlek, saat, gözlük gibi) bu kapsamda değildir²⁰⁵. Elde, omuzda, boyunda veya sırtta taşınan sırt çantası, fotoğraf makinası, el çantası gibi şeyler hüküm kapsamındadır²⁰⁶. Kadınların çantası ise içtihatla bagaj kapsamında görülmemiştir²⁰⁷. Yolcuya eşlik eden hayvanlar da bagaj sayılamaz²⁰⁸. Yolcunun çalınan şeylerin maliki olup olmaması fark etmez²⁰⁹. Son olarak, bagaj, hükümde sayılan yerlerden birindeyken çalınmış olmalıdır; bu nedenledir ki, mesela seyahati yürüyerek gerçekleştiren kişinin bagajının çalınması bu kapsamda değildir. Aracın kişisel veya toplu ulaşım aracı olması mümkündür²¹⁰.

Yedinci bentte ise malın bulunduğu yer veya malın niteliği ya da amacı gözetilerek ağırlatıcı nedene yer verilmiştir. *Mesela* kamusal ofis ve tesislerde bulunan malın çalınması; zorunluluk, gelenek ya da kullanım amacı itibarıyla malın kamunun güvencesine bırakılmış olması; malın kamu hizmetine veya kamuya yararlı bir işe ya da kamusal savunmaya ya da kamusal hürmete tahsis edilmiş olması gibi²¹¹.

¹⁹⁹ Lattanzi, 1527.

²⁰⁰ Mantovani, 84.

²⁰¹ Antolisei, 429.

²⁰² Manzini, 289.

²⁰³ Fiandaca ve Musco, 85; Mantovani, 84.

²⁰⁴ Manzini, 292.

²⁰⁵ Fiandaca ve Musco, 85; Manzini, 291; Mantovani, 84.

²⁰⁶ Lattanzi, 1527; Carcano, 1047.

²⁰⁷ Delpino, 647.

²⁰⁸ Manzini, 291.

²⁰⁹ Manzini, 290.

²¹⁰ Mantovani, 84.

²¹¹ Bunlara ilaveten, bir de adli tasfiye prosedürü çerçevesinde el konulmuş ya da haczedilmiş mallar bent kapsamındadır.

Kamusal ofis veya tesis açısından bu yerin kamuya yönelik veya yararlı olarak işletilmesi yeterli olup illa devlet veya diğer bir kamu kurumuna ait olması ya da bunlarca işletilmesi şart değildir; bu bakımdan özel bankalar ve tiyatrolar da kapsamdadır²¹². Ofisin sabit veya gezici olması mümkündür; tesisin de üstü kapalı olup olmaması fark etmez²¹³. Hatta kamuya açık, yani herkesin girebildiği bir yer olması dahi gerekmez²¹⁴ zira buradaki kamusalılık sıfatı o yerde icra edilen faaliyetin niteliğiyle ilgilidir²¹⁵. İlgili yere giriş saati, mesela çalışma saati içinde veya dışında mı girildiği önem taşımaz²¹⁶. Doktrinde aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte, İtalyan Yargıtayı malın alındığı sırada orada tesadüfen veya arızı olarak bulunmasını yeterli görmemiştir²¹⁷. Buna karşılık, tesadüfen orada bulunmamak koşuluyla, o yerde icra edilen işlev ya da faaliyetle bağlantılı olmayan mallar da hükmün kapsamındadır²¹⁸ (mesela devlet dairesindeki duvara asılı sanatsal resim ya da tablo). Malın özel kişilere ait olması durumunda da hüküm uygulanabilir²¹⁹.

Umumun tekafülüne dair hüküm açısından (kanunda “kamusal güven”den söz edilir), öğretilerde malın illa kamusal bir alanda ya da kamuya açık bir alanda bırakılmış olması şart görülmemektedir²²⁰. Yargıtaya göre, özel bir mülkte bulunsa bile, çitlerle çevrili olmaması veya özel nezaret tertibatı olmaması nedeniyle herkesin rahatça girebileceği yerler bu kapsamdadır; karara konu olayda, özel bir büroda bulunan malın çalınması açısından ağırlatıcı neden uygulanmıştır²²¹. Doktrine göre de, özel engelleri aşması gerekmez herkeşçe rahatlıkla ulaşılabilir olan yerler, özel kişiye de ait olsa, bu kapsamdadır²²². Önemli olan, malın üzerinde doğrudan bir nezaretin olmaması ve malın böylece tümüyle başkalarının dürüstlük ve saygı duygusuna emanet edilmiş olmasıdır²²³.

²¹² Antolisei, 429-430; Delpino, 647; Mantovani, 84; Carcano, 1047.

²¹³ Manzini, 300.

²¹⁴ Lattanzi, 1528; Carcano, 1047.

²¹⁵ Manzini, 302.

²¹⁶ Manzini, 299.

²¹⁷ 24.2.1971 tarihli karar (aktaran Fiandaca ve Musco, 86). Karar ile aynı görüşte Mantovani, 84.

²¹⁸ Bu konudaki çeşitli kararlar için bkz. Lattanzi, 1528.

²¹⁹ Carcano, 1047.

²²⁰ Fiandaca ve Musco, 87; Carcano, 1048.

²²¹ 8.2.2006 tarihli ve 9022 sayılı karar (Antolisei, 430).

²²² Mantovani, 85; Carcano, 1048.

²²³ Mantovani, 85.

Malın “zorunluluk” gereği kamunun güvencesine bırakılmış olmasının anlamı, başka türlü davranması mümkün olmadığı için mağdurun malını gözetimsiz bırakmış olmasıdır; bunun en tipik örneği yol üzerinde park edilen otomobildir²²⁴. Elbette, mutlak bir zaruret aranmaz, fakat hak sahibinin sırf rahatlıktan ya da malını ihmal etmesinden ötürü malını gözetimsiz bırakmamış olması gerektiği açıktır²²⁵.

Gelenekten kasıt ise, hukukun kaynağı anlamındaki gelenek değildir; kast edilen husus, sosyal ve yerel alışkanlıklar ışığında malın o şekilde kullanılmasıdır²²⁶. Söz konusu alışkanlık coğrafi açıdan genel veya sırf belirli bir yere özgü olabilir, keza sırf belirli bir mesleğe de özgü olabilir²²⁷. Gelenek kavramının oldukça geniş anlaşıldığı söylenebilir²²⁸. Doktrinde, zincirle bağlanan bisikletin ya da alarmla korunan otomobilin bu bent kapsamına girip girmediği tartışmalıdır²²⁹. *Manzini*'ye göre, kolaylıkla koruma altına alınabilecek olmaları da gözetildiğinde, en temel tedbir ilkelerine aykırı bir alışkanlığı (mesela şehrin ortasındaki bir sokakta bisikleti açıkta bırakmak) bu bent kapsamında görmek mümkün değildir fakat kalabalık olmayan başka türden yerlerde böyle bir davranışı bent anlamında gelenek kapsamında kabul etmek mümkün olabilir²³⁰. Yargıtay, sahibinin mal üzerinde gözetimi veya otomobilde alarm sistemi bulunması halinde dahi ağırlatıcı nedenin uygulanabileceğini kabul etmiştir²³¹; *Manzini* ise alarm ile korunan otomobili veya hak sahibinin ya da onun adına hareket eden bir kimsenin nezareti altındaki aracı hüküm kapsamında görmez²³². Fakat bazı kararlarda ise, doğrudan ve *sürekli olarak* hak sahibi veya başkasınca özel olarak korunan malların hükmün kapsamında olmadığı kabul edilmiştir²³³. Buna karşılık, kamuya açık bir yerde ve tesadüfi olarak (ara sıra) denetlenen mal bu

²²⁴ Fiandaca ve Musco, 87.

²²⁵ Lattanzi, 1529.

²²⁶ Delpino, 647.

²²⁷ Manzini, 316.

²²⁸ Mesela diskotekte olan ve dans etmek üzere piste giderek çantasını oturduğu yerdeki koltukta ağzı açık olarak bırakan kadının çantasının içinden cüzdanının alındığı olayda bu nitelikli hal kabul edilmiştir çünkü diskoteklerde dansa gitmek için çantayı bu şekilde bırakmak sosyal alışkanlıklara giren fiili bir uygulamadır, bkz. 13.3.1995 tarihli ve 2477 sayılı Yargıtay kararı (aktaran Delpino, 655).

²²⁹ Antolisei, 430.

²³⁰ Manzini, 317.

²³¹ 24.4.2009 tarihli ve 17604 sayılı 4.CD.kararı (www.altalex.com).

²³² Manzini, 310, 311.

²³³ Lattanzi, 1529. Sürekli nezaret altındaki şeylerin hüküm kapsamında olmadığı yönünde bkz. Carcano, 1048.

kapsamda kabul edilmiştir²³⁴. *Manzini* ise, herhangi bir engeli yenmeksizin, failin asgari bir çabasıyla malın alınabilir durumda olmasını aramaktadır²³⁵. İtalyan Yargıtayı açıkta bırakılan otomobilin içinden, içeride muhafazasız bırakılan şeylerin çalınması durumunda da nitelikli hali uygulamaktadır meğerki mağdurun özel bir zorluk arz etmeksizin kendisiyle götürebileceği bir mal olsun²³⁶. Bu nedenle mesela aracın içinde bırakılan cep telefonunun çalınması durumunda nitelikli hal uygulanmamıştır²³⁷; buna karşılık, çıkartılabilir olsa bile, aracın içinde bırakılan radyo-teybin çalınması halinde hüküm uygulanmaktadır²³⁸. Oysa motosikletin üstünde bırakılan kask açısından hüküm uygulanmıştır²³⁹. Kapısı açık veya anahtarı üstünde bırakılan araçlar açısından da hüküm uygulanmaktadır²⁴⁰. Otomobiller açısından, bunlar “olağan” koruyucu mekanik tedbirler devreye sokularak (kapının kilitlenmesi, direksiyon kilidi) kamuya açık yerlerde park edilirse nitelikli hal uygulanmaktadır²⁴¹. Kamuya açık yerlerde bırakılan bisikletler açısından, bunlar belirli güvenlik tedbirleriyle korunsa bile, İtalyan Yargıtayı öteden beri nitelikli hali uygulamaktadır²⁴².

Bentteki kamusal hürmetten kasıt, ibadet konusu olan veya yüksek medeni ideallerin ifadesi olarak toplumun çoğunluğunca saygı gören nesnelere, mesela ölüye saygıyı ifade eden mallar (söz gelimi mezarların süslemeleri) veya bir kilisedeki resimler gibi²⁴³. İlla din veya ibadet ile bağlantılı bir malın mevcudiyeti aranmaz.

2013 yılında eklenen *7bis* bendine göre, fiil, enerji dağıtımına ya da ulaşım hizmetlerine ya da telekomünikasyon hizmetlerine veya kamusal süljelerce ya da kamu imtiyazı rejimi uyarınca özel süljelerce işletilen diğer kamu hizmetlerinin yürütülmesine yarayan altyapı tesislerinden alınan metalik unsurların veyahut sair malzemenin bir parçası üzerinde işlenmişse, ceza artırılır. Hükümün uygulanması için fiil nedeniyle kamu hizmetinin (geçici de olsa) aksaması gibi bir koşul yoktur. Bu nitelikli halin gerekliliği

²³⁴ 26.3.2015 tarihli Yargıtay kararı (aktaran Mantovani, 85).

²³⁵ *Manzini*, 308.

²³⁶ 20.10.1976 (aktaran Fiandaca ve Musco, 87). Çeşitli içtihatlar için bkz. Mantovani, 86, dn. 33.

²³⁷ 14.8.2003 tarihli ve 34409 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1532).

²³⁸ Çeşitli içtihatlar için bkz. Lattanzi, 1532; Mantovani, 86, dn. 33.

²³⁹ 17.3.2003 tarihli ve 12373 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1532).

²⁴⁰ Çeşitli içtihatlar için bkz. Lattanzi, 1530. Yine bkz. Mantovani, 86, dn. 33.

²⁴¹ Mantovani, 85.

²⁴² Lattanzi, 1530.

²⁴³ Fiandaca ve Musco, 88; Antolisei, 432; Carcano, 1048.

tartışmalıdır zira bu bende giren fiillere zaten “eşyalar üzerinde şiddet” ve “kamu hizmetine veya kamu yararına” tahsis edilmiş eşyaya ilişkin ağırlatıcı nedenler uygulanabilecektir²⁴⁴.

Hükmün 8. bendine göre, fiilin sürüde veya mandırada bulunan üç veya daha fazla baş hayvan (*bestiame*) hakkında veyahut (tek de olsa)²⁴⁵ büyükbaş (*bovini*) ya da “*equini*” hayvanlar hakkında işlenmesi durumunda ceza artırılır. *Equini* hayvanlar, at ve eşeği de kapsayan bir terimdir²⁴⁶. *Bestiame* kavramı evcil veya evcilleştirilmiş, küçük hayvanlardan ayrı canlı hayvanları ifade eder²⁴⁷.

2009 yılında kanuna eklenen *8bis* bendinde fiilin kamu ulaşım araçları içinde işlenmesi; yine aynı yasayla eklenen *8ter*'de ise, fiilin, kredi kurumları, posta merkezleri veya para çekimine yarayan otomatik gişelerin sunduğu hizmetten yararlanmak üzere olan veya bundan yeni (hemen az önce) yararlanan kişi aleyhine işlenmesi düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, bizde de haberlerde örnekleri görülen ve kamuoyunun vicdanını özellikle rencide eden, emekli maaşını yeni çekmiş kişilerin elinden paralarının çalınması türünden eylemlere karşı 2009 yılında özel bir hüküm getirilmiştir. İtalyan doktrininde bu nitelikli halin sadece söz konusu yerlerde icra edilen işlemlerin konusu olan malların (mesela bankamatikten alınan paranın) alınması durumunda mı yoksa mağdurun diğer herhangi bir malının alınması durumunda da mı uygulanacağı tartışmalıdır²⁴⁸. Keza, paranın çekilmesiyle çalınması arasında ne kadar bir zaman dilimi olabileceği de açık değildir: doktrine göre, paranın alınmasıyla “güvenli” bir yere (mesela cüzdana, çantaya) konulması arasındaki zaman diliminde bu hüküm uygulanır²⁴⁹; bundan sonra ise belki “özel beceri” hükmüne başvurulabilir.

Kamu ulaşım aracı ibaresi sadece kamu tarafından işletilen ulaştırma araçlarını kapsamaz; kamuya yararlı bir hizmetin yürütülmesi bağlamında, ister kamu tarafından ister özel kişilerce, kişilerin taşınmasına tahsis edilen herhangi bir aracın içinde fiilin işlenmesi yeterlidir²⁵⁰. Bu hükümle “yolcunun

²⁴⁴ Mantovani, 87. Yine bkz. Antolisei, 434.

²⁴⁵ Carcano, 1049.

²⁴⁶ <https://www.britannica.com/animal/equine>

²⁴⁷ Carcano, 1048.

²⁴⁸ Antolisei, 436.

²⁴⁹ Carcano, 1049.

²⁵⁰ Antolisei, 435; Carcano, 1049.

bagajını” çalmaya dair hüküm arasında içtima sorunu bakımından, bagaj unsuru nedeniyle 6. bentteki hükmün özel hüküm olduğu söylenebilir²⁵¹.

Ayrıca, 1977 tarihli ve 533 sayılı yasanın 4. maddesi hükmüne göre, hırsızlık suçu cephanelik veya depolar veya bunların muhafazasına yarayan diğer yerlerdeki silahlar, mühimmat veya patlayıcı hakkında işlenirse, yine ağırlatıcı neden vardır.

Görüldüğü üzere, hırsızlık suçuna özgü çok fazla sayıda nitelikli hal vardır. İtalya’da çok sayıda ortak (genel) ağırlatıcı sebebin varlığı düşünüldüğünde, sırf bu suça özgü bir dizi ağırlatıcı nedene de ilaveten yer verilmesi eleştiriye açıktır²⁵². Mesela İt. CK m. 61’de öngörülen genel ağırlatıcı nedenlerden biri, kamusal veya özel savunmaya mani olacak şekilde zamana ilişkin koşullardan yararlanmaktır (5.bent). Bu bakımdan, mesela fiilin geceleyin işlenmesi bu anlamda bir kolaylık sağlamışsa, söz konusu genel ağırlatıcı neden uygulanacaktır. Keza aynı maddenin 7. bendi uyarınca, mağdurda yol açılan malvarlıksal zararın “nispeten ağır” olması da genel bir nitelikli haldir²⁵³. İtalyan doktrini çok fazla sayıda nitelikli halin varlığı nedeniyle fiilin ağırlığıyla orantısız cezaların ortaya çıkabildiğinden yakınmaktadır²⁵⁴. Ağırlatıcı nedenlerin uygulamada geniş yorumlanmasının da katkısıyla, suçun basit halini işlemek neredeyse olanaksızdır²⁵⁵! Bir yandan da, “somut olay adaleti”ni sağlamak için uygulamanın fazla kolaylıkla İt. CK m. 69/2’deki hükme başvurduğu ve böylece, cezaların aşırı sertliğinin aslında uygulamada tam aksine sonuç doğurduğu ifade edilmektedir²⁵⁶. Kanaatimce, hangi suç tipi söz konusu olursa olsun, o suçun uygulamadaki başlıca işleniş

²⁵¹ Antolisei, 435.

²⁵² Manzini, 213.

²⁵³ Bu değerlendirmenin fiilin işlendiği ana göre ve mağdurun kişisel durumundan bağımsız olarak, objektif bir yaklaşımla yapılması gerektiği içtihatı kabul görmektedir (Canestrari, Cornacchia ve de Simone, 786). Bununla birlikte, zarar objektif olarak çok olduğu zaman hüküm mutlaka uygulansa ve mağdurun durumuna bakılmasa da; zararın objektif olarak az olduğu bazı durumlarda, sübjektif bir yaklaşımla ve mağdurun kişisel durumundan hareketle, hüküm yine de uygulanabilmektedir (Marinucci ve Dolcini, 552; Fiandaca ve Musco, Parte Generale, 437; Padovani, 247; Domenico Pulitanò, Diritto Penale, 6. Bası (Torino: Giappichelli, 2015), 388). Suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda da hükmün uygulanabileceğine dair içtihat baskındır (Marinucci ve Dolcini, 554).

²⁵⁴ Antolisei, 438; Mantovani, 77.

²⁵⁵ Mantovani, 77.

²⁵⁶ Antolisei, 438-439.

biçimleri suçun temel biçimi tarafından kapsanmalıdır²⁵⁷. Zaten suçun temel halinin cezası, o suçun genelde işleniş biçimi de gözetilmek ve onun haksızlık muhtevasının layık olduğu ceza belirlenmek suretiyle saptanmış olmaktadır. Fiilin haksızlık içeriğini veya failin kusurunu kayda değer biçimde artıran özel nedenler varsa, ancak o zaman nitelikli hale başvurulmalıdır. Suçun belirli bir işleniş biçiminin çok artması gibi bir mülhaza ise, bu hale özgü nitelikli hal yaratmak için yeterli gerekçe değildir.

2. Hafifletici Nedenler

a. Daha Az Cezayı Gerektiren “Minör Hırsızlık” Halleri (İt. CK. m. 626)

İt. CK m. 626’da üç fıkra halinde, hırsızlığın daha az cezayı gerektiren bazı işleniş biçimleri düzenlenmiştir. İleride değinilecek 2022 tarihli “Cartabia Reformu” ile, madde başlığı, doktrinde zaten mevcut adlandırmaya uygun biçimde, “minör hırsızlıklar” olarak değiştirilmiştir.

Belirtelim ki 625. maddenin ilk 4 bendinde belirtilen ağırlatıcı nedenlerden biri mevcutsa, 626. madde uygulanmayacaktır. Yani hırsızlığın temel haline göre ceza tayin edilecektir.

Ortak (paylı veya müşterek) mülkiyet altındaki şeylerin çalınması durumunu daha hafif cezalandıran 627. madde hükmü 2016 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Ortaklar²⁵⁸ veya ortak mirasçılar da hüküm kapsamındadır. Artık bu eylemin karşılığı sadece özel hukuk yaptırımıdır (100-8000 Euro para cezası). Hatta fiil misli şeyler üzerinde işlenir ve bunların değeri faile ait payı aşmazsa, haksızlık oluşmaz. Buna karşılık, ortak olunan malın cebir veya tehditle alınması durumunda yağma suçu oluşacaktır²⁵⁹. Eğer malın zilyedi zaten failse, inceleme konusu haksızlık oluşmaz, güveni kötüye kullanma suçuna (m. 646) başvurulabilir²⁶⁰. Anlık kullanım için malın alınması durumunda, aşağıdaki m. 626/1 hükmünün değil de bu haksızlık tipinin uygulama alanı bulacağı savunulmuştur²⁶¹.

²⁵⁷ Aynı yönde Katarzyna Banasik, “The Notion of ‘a Considerable Quantity’ of Narcotics in the Case Law of Polish Courts” Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology Cilt 9, Sayı 1 (2021): 65-84, 80.

²⁵⁸ Tüzel kişiliğe sahip olmayan şahıs ortaklıkları kast edilmektedir zira sadece bu durumda ortaklar malların ortak maliki olmaktadır (Mantovani, 103; Carcano, 1053).

²⁵⁹ Mantovani, 106.

²⁶⁰ Carcano, 1053.

²⁶¹ Carcano, 1054.

i. Kullanma Hırsızlığı (m. 626/1)

Doktrindeki baskın görüşe göre kullanma hırsızlığı özerk bir suç tipidir²⁶² fakat İtalyan Yargıtayı birçok kez aksi görüşü savunmuştur²⁶³.

Bu hükmün tatbiki için fail “malı sadece anlık kullanım amacıyla hareket etmiş olmalı” ve geçici kullanımdan sonra da malı “derhal” iade etmiş olmalıdır. Malın mutlaka iade edilmiş olması gerektiği hükümde düzenlenmiştir ve içtihat da buna uygun biçimde gelişmiştir²⁶⁴.

Kullanmanın süresi doktrinde tartışılmıştır. Hükümde “geçici” değil de “anlık” (*momentaneo*) kullanımdan söz edilmesi tartışmalara yol açmıştır. Zira lafzi bir yorum yapılırsa, ancak çok kısa süreli (mesela birkaç dakikalık) kullanımlar bu kapsama girecektir. Doktrin daha geniş bir yaklaşımla, çalınan şeyin kullanım amacının gözetilmesi gerektiğini ve bir şeyin olağan kullanımı belirli bir süre gerektiriyorsa, bu asgari süreye göre değerlendirme yapılması gerektiğini savunmuştur²⁶⁵. Bununla birlikte, kısa olmayan bir seyahatte kullanmak üzere otomobilin çalınması gibi bir durumda, seyahat biter bitmez araç iade edilmiş olsa bile, sürenin uzaması nedeniyle m. 626/1 devre dışı kalır²⁶⁶.

Öte yandan, doktrin kullanımın hem anlık hem de derhal olmasını aramaktadır: Mal çalındıktan hemen sonra kullanılmış olmalıdır; böylece, bir malı geçici olarak kullanmak için saklayıp bilahare kullanan fail bu hükümden yararlanamamaktadır²⁶⁷. Kanaatimce, böyle bir durumda zaten “anlık” kullanım koşulu gerçekleşmiş olmaz.

Failin anlık kullanım amacıyla çaldığı ve fakat herhangi bir nedenle fiilen kullanmadan iade ettiği mal açısından da hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir zira hüküm failin amacı esas alınarak kaleme alınmıştır²⁶⁸. Hatta *Mantovani*'ye göre, m. 624 ve 626 bir arada düşünüldüğünde, geçici kullanım için bir malı çalan ve hiç kullanmaksızın derhal iade eden fail hiç cezalandırılmaz: 626. madde “kullanımdan sonra” iadede söz etmiştir ve

²⁶² Mesela bkz. Manzini, 366. Bu görüşün doktrinde baskın olduğuna dair bkz. Carcano, 1050.

²⁶³ Fiandaca ve Musco, 91.

²⁶⁴ Delpino, 649.

²⁶⁵ Manzini, 370; Fiandaca ve Musco, 92.

²⁶⁶ Manzini, 371.

²⁶⁷ Fiandaca ve Musco, 92; Antolisei, 445; Mantovani, 98.

²⁶⁸ Fiandaca ve Musco, 92. Yine bkz. Manzini, 369: anlık kullanım m. 626/1'deki suçun unsuru değildir ve suçun zaten tamamlanma anından sonra vuku bulan bir husustur. Yine bkz. Carcano, 1050: kullanım, hükümdeki suç tipinin bir unsuru değildir.

burada bir kullanım olmamıştır; 624. madde anlamında yarar sağlama maksadından bahsetmek zordur²⁶⁹. Bu görüşe katılmıyorum: burada evleviyet kuralı gereği, hiç kullanmadan derhal iade etmek durumunda da 626. madde uygulanmalıdır; kaldı ki, yarar sağlama maksadı suçun manevi unsuru olup bu faydanın sağlanmış olup olmadığı fark etmez.

Mal kullanıldıktan sonra *derhal* iade edilmiş olmalıdır; fakat burada da somut olayın tüm özelliklerini gözeterek bir değerlendirme yapmak gerekir²⁷⁰. Her halükarda, kullanımın anlık olmasına rağmen iade geciktirilmişse, m. 626/1 uygulanamaz²⁷¹.

Elbette iade iradi olmalıdır fakat bunun illa içten gelen bir pişmanlık sonucu olması gerekmez²⁷². Failin iradesini zorlayan dış etkenler nedeniyle olmayan iadeyi iradi saymak gerekir²⁷³; bu bakımdan dıştan gelen telkin ve tavsiyelerin varlığı iradiliği ortadan kaldırmaz. Kaza ve tesadüf ya da mücbir nedenle iadenin gerçekleşmemesi durumunda doktrin ve uygulama hükmün uygulanmayacağına hemfikirdi zira “failin iradesinden hariç nedenlerle” iadenin gerçekleşmemesi durumunda bu hükmün uygulanamayacağı hükümde açıkça öngörülmüştü. İtalyan Anayasa Mahkemesi hükmün bu kısmını kusur ilkesine aykırılık nedeniyle iptal etmiştir²⁷⁴. O halde, artık mücbir sebeple iadenin olanaksız hale gelmesi durumunda hüküm uygulanabilir. Buna karşılık, failin taksirli davranışı sonucunda iadenin gerçekleşmemesi durumunda artık kullanma hırsızlığı hükmü uygulanmaz²⁷⁵.

Doktrinde iadenin mahiyeti de tartışılmıştır. Acaba iade edilmesi gereken, çalınan şeyin kendisi midir yoksa ikamesi de olabilir mi? Kanunun lafzı ilk yoruma işaret etmektedir²⁷⁶ ve durum böyle ise, artık aynıyla ikame edilmiş misli malların veya tüketilebilir malların iadesi durumunda hüküm uygulanamayacaktır²⁷⁷. Bu sonucu haksız bulan bazı yazarlar, iade edilen şeyin kimliği değişse de, mağdura aynı faydayı sağlayan eşdeğer misli veya

²⁶⁹ Mantovani, 98.

²⁷⁰ Fiandaca ve Musco, 93.

²⁷¹ Manzini, 372.

²⁷² Antolisei, 445; Mantovani, 99; Carcano, 1050.

²⁷³ Fiandaca ve Musco, 93.

²⁷⁴ 13 Aralık 1988 tarihli ve 1085/88 sayılı karar.

²⁷⁵ Antolisei, 446-447; Mantovani, 98.

²⁷⁶ Doktrinde bu yönde Antolisei, 445 ve Manzini, 373.

²⁷⁷ Fiandaca ve Musco, 93.

tüketilebilir malın iadesi durumunda failin hükümden yararlanması gerektiğini savunmaktadırlar²⁷⁸.

Keza, eksik iade durumu da tartışılmıştır, bunun tipik örneği, çalınan otomobilin azalmış benzin ve yağ ile iadesidir. Bu durumda *Fiandaca/Musco* yine de hükmün uygulanması gerektiğini savunurlar: çalınan şey, otomobildir ve otomobilin özüne herhangi bir zarar gelmediği gibi piyasa değerinde de önemli herhangi bir azalma olmamıştır; benzin ve yağın değerinin tazminini de özel hukuk yoluyla sağlamak mümkündür²⁷⁹. Fakat bu senaryoda İtalyan Yargıtayının hükmü uygulamadığı örnekler görülmektedir²⁸⁰. *Manzini*'nin verdiği örneğe göre otomobilin patlak lastikle iadesi durumunda hüküm uygulanamayacaktır çünkü malda bir değişiklik meydana gelmiştir; buna karşılık lastiğin sırf sönmesi ya da kirlenmesi durumunda ise hüküm uygulanmalıdır zira – bu örnekte olduğu gibi – bazı durumlarda malın hiçbir etki meydana gelmeksizin kullanılması zaten mümkün değildir²⁸¹. Genel olarak ise, eksik iade durumunda *Manzini*'ye göre hüküm uygulanamaz²⁸². *Mantovani*'ye göre de, iade edilen şey kötüleştirmişse hüküm uygulanmaz, fakat kullanımdan kaynaklanan asgari yıpranma bu kapsamda değildir²⁸³.

Malın iadesi amacıyla alınması gerektiği için, mantık gereği, iadeyi mümkün kılacak türden bir kullanım amaçlandığında hüküm uygulanabilir; böyle olunca da, malın kısmen ya da tamamen tüketimini ya da yok edilmesini veya amacına uygun kullanımını olanaksızlaştıracak şekilde değişikliğe uğratılmasını sonuçlayan kullanımlar bu hüküm kapsamında değildir²⁸⁴.

Tam iade yapılmışsa, kullanımın mağdur açısından yol açtığı zarar hükmün uygulanmasına engel olmaz; hatta bu durumda zararın giderilmesi de şart değildir zira hükümde böyle bir koşula yer verilmemiştir²⁸⁵.

İadenin hak sahibine yapılması ya da malın alındığı yere bırakılması şart olmayıp hak sahibinin aşırı zorluk yaşamaksızın tekrar mala kavuşabilmesini

²⁷⁸ *Fiandaca ve Musco*, 93; *Codice penale esplicato*, 753; *Mantovani*, 98.

²⁷⁹ *Fiandaca ve Musco*, 93. Benzer yönde *Antolisei*, 445 ve *Mantovani*, 99.

²⁸⁰ 8.10.1962 tarihli ve 28.9.1988 tarihli kararlar (aktaran *Fiandaca ve Musco*, 93).

²⁸¹ *Manzini*, 373-374.

²⁸² *Manzini*, 374. Mesela yazar yolunduktan sonra iade edilen koyun ve hatta sağıldıktan sonra iade edilen ineği bile hüküm kapsamında görmez.

²⁸³ *Mantovani*, 98.

²⁸⁴ *Manzini*, 369; *Antolisei*, 445; *Delpino*, 649.

²⁸⁵ *Manzini*, 371.

mümkün kılacak şekilde malın geri bırakılmış olması yeterlidir²⁸⁶. Fakat otomobilin herhangi bir polis istasyonuna yakın bir yere bırakılmasının yeterli olmadığı çünkü bu eylemin çalınan malı hak sahibinin egemenliğine tekrar kavuşturmaya yaramadığı içtihat edilmiştir²⁸⁷. Doktrinde de buna koşut olarak daha katı görüşü savunanlar mevcuttur: buradaki iadenin amacı zararın giderilmesi olmayıp zilyetliğin tekrar geri kazandırılmasına dönüktür; bu nedenle de iade mutlaka mağdura ya da onun bir temsilcisine ya da ona bağımlı bir çalışana yapılmalıdır²⁸⁸. Bu son görüşe (ve en son anılan içtihad) göre, malın nerede bulunduğu hak sahibine bildirilmesi yeterli değildir zira bu eylem zilyetliğin geri kazanılmasını tek başına sağlamadığı gibi bu konuda çaba göstermesi gereken de yine mağdur olacaktır²⁸⁹. Keza, aynı nedenlerle, malın kullanıldıktan hemen sonra, mağdurun zilyetlik veya nezaret alanında olmayan bir yere bırakılması da – malın alındığı yer bu olsa bile – yetmez²⁹⁰. Hatta *Manzini*'ye göre, fail, mağdurun zilyetliği tekrar kazanması için üstüne düşen her şeyi gereğince yapmış ama failin elinde olmayan nedenlerle mağdur tekrar zilyetliğe kavuşamamışsa, bu durumda bile m. 626/1 uygulanmaz²⁹¹. Bunun istisnası ise, mağdurun iadeyi kabul etmemesidir; böyle bir durumda hüküm uygulanmalıdır aksi takdirde bireyin iradesine yasa hükmünü devre dışı bırakan bir etki tanınmış olurdu²⁹².

Kullanma hırsızlığının tamamlanma anı tartışmalıdır. Bir görüşe göre malın alındığı an suç tamamlanmıştır çünkü hükümde öngörülen iade hususu tipikliğin unsuru anlamındaki bir netice değildir; diğer görüşe göreyse, suç tipinde iadeye açıkça unsur olarak yer verildiğine göre suç bu anda tamamlanacaktır²⁹³.

²⁸⁶ Fiandaca ve Musco, 94.

²⁸⁷ 3.3.1990 tarihli ve 3104 sayılı karar (Lattanzi, 1539).

²⁸⁸ Manzini, 375.

²⁸⁹ Manzini, 375.

²⁹⁰ Manzini, 376. Kıyaslayınız Carcano, 1051: yazara göre, malın alındığı yere bırakılması yeterlidir.

²⁹¹ Manzini, 376.

²⁹² Manzini, 376-377.

²⁹³ Fiandaca ve Musco, 94. Mantovani (a.g.e, 99) ikinci görüşü savunur; Antolisei (s. 477) ve Manzini (s. 377) ilk görüşü savunur. İlk görüş lehinde yine bkz. Codice penale esplicato, 753.

Malı iade amacı malın alındığı anda mevcut olmalıdır, sonradan bu niyetin doğması ve malın derhal iadesi durumunda m. 626/1 uygulanmaz²⁹⁴.

Kullanma hırsızlığına teşebbüs mümkündür çünkü önemli olan failin iade amacıyla icra hareketlerine başlamış olmasıdır²⁹⁵, fakat İtalyan Yargıtayının aksi yönde kararı vardır²⁹⁶. Yargıtaya göre, malın alınamamış olması iadesini de imkansız kılar; salt iade iradesinin varlığı da bu unsurun gerçekleşme imkansızlığını telafi etmez²⁹⁷. Oysa Anayasa Mahkemesi de 1988 tarihli anılan kararında, iade amacıyla alınmak istenilen malın alınamaması durumunda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmiştir²⁹⁸.

Malın suç işlemek için kullanılmış olması durumunda da İt. CK m. 626/1 uygulanabilir. Mesela bir duvarı aşmak için üçüncü bir kişinin merdivenini alıp hırsızlığı gerçekleştirince iade eden fail hem kullanma hırsızlığından hem de merdiven kullanarak girdiği yerden işlediği hırsızlıktan ayrı ayrı sorumludur²⁹⁹. Daha genel olarak da, failin maldan ne şekilde ve amaçla yararlanmış olduğu hükmün uygulanması açısından önem taşımaz – yeter ki anlık kullanım amacı ve derhal iade unsurları gerçekleşsin³⁰⁰.

ii. İhtiyaca İstinaden Hafif Hırsızlık (m. 626/2)

İt. CK m. 626/2’de suçun hafif değere sahip bir mal üzerinde ve ağır ve acil bir ihtiyaç nedeniyle çalınması durumu düzenlenmiştir. *Manzini*’ye göre burada bağımsız bir suç tipi söz konusudur³⁰¹; doktrindeki baskın görüş de budur³⁰². Bu bakımdan, sırf sistematik kolaylık nedeniyle m. 626/2 hükmünü “cezaya etki eden nitelikli haller” başlığı altında ele almaktayız.

²⁹⁴ Manzini, 378-379; Mantovani, 99. Aksi yönde de görüş olduğuna dair bkz. Carcano, 1051.

²⁹⁵ Antolisei, 447; yine bkz. Mantovani, 100; Carcano, 1051. Aksi görüşte Manzini, 377.

²⁹⁶ 14.6.1983 tarihli ve 5631 sayılı karar (Antolisei, 447). Bu görüşün çıkış noktası, hükümde iadenin unsur olarak aranmış olması ve bunun ise ancak suçun tamamlanmasından sonra mümkün olmasıdır. Oysa ana metinde ifade edildiği üzere, iade amacı bu hükmün manevi unsurları arasındadır.

²⁹⁷ Carcano, 1051.

²⁹⁸ Codice penale esplicato, 753.

²⁹⁹ Manzini, 174, yine bkz. a.g.e, 369-370.

³⁰⁰ Manzini, 368.

³⁰¹ Manzini, 381.

³⁰² Carcano, 1050.

Hükme göre hakimin ceza vermektan vazgeçmesi mümkün değildir; sadece indirim nedeni söz konusudur. Bence bu yaklaşım doğrudur: zaten teknik anlamda bir zorunluluk durumu varsa (m. 54) ceza verilmeyecektir; bunun koşulları yoksa da, hukuka aykırı ve kusurlu bir cürmi eylem söz konusu olduğuna göre, indirimli bir ceza verilmesinde bir hakkaniyetsizlik yoktur.

Hükümde ağır ve acil ihtiyacın varlığı yeterli görülmeyip ayrıca malın değerinin hafif olması da aranmıştır. Değerin hafifliği şöyle tespit edilir: somut olayın tüm özellikleri ışığında, ilgili mal ihtiyacı tatmin etmek için şart olan asgari miktarda alınmış olmalıdır³⁰³. Buradaki asgari miktar hem nicelik hem de nitelik açısından değerlendirilir³⁰⁴.

Öte yandan, m. 626/2'nin tatbiki için malın değerinin objektif olarak az olması da şarttır; bu nedenle, ancak değeri az olmayan bir malın çalınması suretiyle ihtiyacın giderilmesinin mümkün olması durumunda m. 626/2 devre dışı kalacaktır³⁰⁵.

Hükümde yol açılan zarara değil, çalınan malın değerine bakıldığı için; değeri az olan bir malın çalınmasının mağdurda büyük zarara yol açmış olması m. 626/2'nin uygulanmasına engel değildir³⁰⁶. Oysa değeri az olmayan bir şey çalınsa ve fakat mağdurda hafif bir zarara yol açılrsa, m. 626/2 uygulanamayacak ve genel hırsızlık suçundan hüküm kurulacak ama fail, yol açılan zararın "özellekle" hafifliğine dair m. 62/4'teki genel hafifletici nedenden³⁰⁷ yararlandırılabilir³⁰⁸.

Hüküm anlamında değer ekonomik anlamdadır, malın mağdur için manevi değerinin bir önemi yoktur; anılan ekonomik değer fiilin işlendiği ana göre tespit edilir³⁰⁹.

³⁰³ Mantovani, 100; Fiandaca ve Musco, 96.

³⁰⁴ Manzini, 384; Carcano, 1052.

³⁰⁵ Manzini, 383.

³⁰⁶ Manzini, 384.

³⁰⁷ Nasıl yasanın 61. maddesinde daha önce izah edilen "genel" nitelikli, yani bünyesiyle uyumsuz olmamak kaydıyla, her suç açısından tatbik olanağı bulunan ortak bazı ağırlatıcı nedenler öngörülmüşse; 62. maddede de aynı şekilde tüm suçlar için ortak uygulama alanına sahip genel bazı hafifletici nedenler öngörülmüştür.

³⁰⁸ Manzini, 384. Bu noktada, m. 62/4'teki "özel hafiflik" kavramına nazaran buradaki değer hafifliği daha az katı bir kriterdir (Carcano, 1052). Söz konusu 62/4. madde hükmünün uygulanma şekline dair bilgi için bkz. Marinucci ve Dolcini, 564-566. Şu kadarını söyleyelim ki, m. 62/4 sadece "çok hafif" değerdeki malları kapsar (Mantovani, Diritto Penale, 419).

³⁰⁹ Manzini, 384.

Hükmün tatbiki için illa doğrudan ihtiyaç duyulan şeyin çalınmış olması şart değildir; dolaylı yoldan bu amaca hizmet eden mal da çalınmış olabilir (mesela ihtiyaç duyulan ilacı alabilmek için para çalınması gibi)³¹⁰.

İtalyan Yargıtayı hükümdeki ihtiyaç kavramını oldukça dar yorumlamakta ve sadece, karşılanmadığı takdirde kendisinin veya bir başkasının hayatını ciddi tehlike altına sokan, fiziksel anlamda yaşamın temel ihtiyaçlarına dair gereksinimleri hükmün kapsamında görmektedir³¹¹. Oysa İtalyan doktrinindeki baskın görüş, hükümde hukuksal değer niteliğine dair bir sınırlama olmadığı ve pek ala yaşam dışındaki hukuksal değerlere ilişkin ihtiyaçların da hüküm kapsamında görülebileceği yönündedir³¹². Mesela, çok hasta olan annesinin ziyaretine gidebilmek için failin para çalması, manevi nitelikli ihtiyaca örnek olarak gösterilmiştir³¹³. Bu bakımdan, baskın doktrine göre ihtiyacın temel mahiyette olması kaydıyla, fiziksel-biyolojik olması şart değildir³¹⁴.

İtalyan Yargıtayının içtihadına göre, “ağır”dan kasıt, ihtiyacın giderilmemesi durumunda ciddi bir tehlikenin (veya ileride zararın) doğacak olması; “acil”den kast ise, zarara yol açmaksızın anılan ihtiyacın giderilmesinin olanaksız olmasıdır³¹⁵. İhtiyacın ağırlığı ve acilliği, ihtiyacı giderilmek istenilen kişinin subjektif koşulları ışığında değerlendirilir³¹⁶.

İt. CK m. 54’ten farklı olarak, tehlikenin filhal bulunması şart değildir³¹⁷; failin tehlikeye iradi olarak yol açmış olmaması koşulu da aranmaz³¹⁸.

626/2. maddeye başvurmak için meşru yollarla ihtiyacın karşılanamıyor olması gerekir³¹⁹; meşru yolla ihtiyacı karşılamamanın fail açısından gerektirdiği fedakarlığın hırsızlık fiilinin mağdurda yol açacağı zarardan daha fazla olması da durumu değiştirmez³²⁰.

³¹⁰ Mantovani, 100; Fiandaca ve Musco, 96; Antolisei, 448; Manzini, 383; Carcano, 1052.

³¹¹ Fiandaca ve Musco, 96.

³¹² Manzini, 386; Fiandaca ve Musco, 96; Mantovani, 101; Codice penale esplicito, 754.

³¹³ Antolisei, 449.

³¹⁴ Manzini, 389.

³¹⁵ Manzini, 388.

³¹⁶ Manzini, 388.

³¹⁷ Manzini, 389; Mantovani, 101; Carcano, 1052. Zaruretin “mutlak” olması da aranmaz (Carcano, 1052).

³¹⁸ Manzini, 387; Mantovani, 101; Carcano, 1052; Codice penale esplicito, 753.

³¹⁹ Carcano, 1052.

³²⁰ Manzini, 387.

Hükümde açıklık olmasa da, ihtiyaç fail dışındaki bir üçüncü kişiye de ait olabilir.

Failin genel olarak fakirlik durumu, hukuka uygunluk nedeni olarak İt. CK m. 54'te düzenlenen zorunluluk halinin uygulanmasına yetmez çünkü bu durumda sosyal yardım kurumlarına başvurmak mümkün olduğu için tehlikenin mevcut olması ve tehlikeden başka türlü kurtulma olanağının bulunmaması koşulları gerçekleşmiş olmaz³²¹. Sırf fakirlik haline dayanarak m. 626/2 de uygulanamaz³²²; malın alınmasından başka yolla tatmini mümkün olmayan asli bir ihtiyaç söz konusu olmalı ve artık ertelenmesi imkanı bulunmayan türden özel bir ihtiyaç bulunmalıdır.

Malın değerine dair hatanın hukuki sonucu m. 626/2 hükmünün hukuki niteliğine göre değişiklik gösterir: şayet bağımsız bir suç tipi varsa, bu konudaki hata kastı ortadan kaldırır; oysa m. 626/2 hükmü sadece nitelikli hal olarak kabul edilirse, sadece kusurlu olmayan hata sorumluluğu kaldırır³²³.

iii. Hasat İstismarı (Aşırı Hasat)

İt. CK m. 626'da öngörülen “hafif hırsızlık” türlerinin sonuncusu, anılan hükmün üçüncü fıkrasında yer alan ve “istismarcı hasat” veya “hasat istismarı” (*spigolamento eccessivo*) olarak tercüme edilebilecek olan durumdur. Hüküm henüz tamamı ile kaldırılmamış olan, başkasının rekoltesine ait mahsullerin alınmasını düzenler. Fakat kanunun lafzı açık değildir ve fiil unsurunu ifade etmek açısından seçimlik olarak kullanılan bazı ibareler de teknik terim teşkil etmediğinden³²⁴, doktrin ve uygulamada, esasen rekolte sırasında gözden kaçmış olan her tür tarımsal/bitkisel artığın bu hükme konu olabileceği kabul edilmiştir³²⁵. Yani “tarımsal operasyonlar”dan sonra arazide kalan şeyleri herhangi bir şekilde toplamak bu kapsamdadır³²⁶. Önemli olan rekolte faaliyetinin başlamış ama henüz bitmemiş olmasıdır³²⁷. Cüzi önemi nedeniyle bu hükmün detayına girmeyeceğiz.

³²¹ 28.7.2017 tarihli ve 37930 sayılı 5.CD. kararı (www.altalex.com).

³²² 9.3.2017 tarihli ve 11423 sayılı 4.CD. kararı (www.altalex.com).

³²³ Carcano, 1052.

³²⁴ Antolisei, 450; Mantovani, 101.

³²⁵ Manzini, 393; Fiandaca ve Musco, 97; Mantovani, 101.

³²⁶ Carcano, 1052.

³²⁷ Carcano, 1053.

b. Malın Değerinin Azlığı Meselesi

Salt malın değerinin azlığı, hırsızlık suçu bağlamında özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, İt. CK m. 62'nin 4. bendinde genel bir hafifletici neden olarak, malvarlığına karşı suçlarda mağdurda malvarlıksal açıdan "özellikle hafif" bir zarara yol açmak veya menfaat amacıyla işlenen suçlarda özellikle hafif bir yarar elde etmek amacıyla hareket etmiş olmak ya da elde etmek sayılmıştır. Dikkat edilmelidir ki, burada dikkate alınan husus çalınan malın değeri değil, eylemin mağdur bakımından yol açtığı zarardır³²⁸.

İtalyan Yargıtayına göre m. 62/b.4'ün teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından da uygulanması mümkündür³²⁹ yeter ki fiilin işleniş biçimi ışığında yürütülecek bir varsayımsal yargı ile, suç tamamlansaydı mağdurda yol açılacak malvarlıksal zararın asgari önemde olacağı kesin olarak anlaşılmalı³³⁰.

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için yol açılan zararın ekonomik değerinin çok önemsiz olması gerekmekte ve bu değerlendirmede sadece malın değeri değil, bunun alınması sonucunda mağdurun maruz kaldığı tüm olumsuz (ekonomik) etkiler dikkate alınmaktadır³³¹. Ne var ki, m. 62/b.4'ün hırsızlık suçuna uygulanması bakımından, malın alınması sonucunda doğan *diğer* olumsuz etkilere bakılmayacağı zira bu kıstasın sadece maddi menfaat amaçlı suçlar için arandığı Yargıtayca kabul edilmiştir³³².

Son olarak, mağdurun bu zarara katlanma kabiliyetinin değerlendirmede hiçbir önemi yoktur; malın değeri az değilse, mağdurun bundan etkilenmemiş olması hükmün uygulanmasını sağlamaz.

E. Şahsi Cezasızlık veya İndirim Nedenleri, Etkin pişmanlık

İt. CK m. 625*bis* uyarınca, eğer fail, hükümden önce, suç ortaklarının ya da çalınan şeyi satın alan, kabul eden veya saklayan ya da bu amaçlarla

³²⁸ Manzini, 31.

³²⁹ Bu konudaki içtihat için bkz. Marinucci ve Dolcini, 565.

³³⁰ 28.3.2013 tarihli ve 28243 sayılı Genel Kurul kararı; aynı yönde 19.6.2014 tarihli ve 42819 sayılı 5.CD. kararı (www.altalex.com). Doktrinde aksi görüşte Manzini, 192.

³³¹ 19.1.2017 tarihli ve 6635 sayılı 4.CD kararı (www.altalex.com).

³³² 31.5.1997 tarihli ve 5134 sayılı karar (Delpino, 656). Oysa m 62/b. 4'ün genel uygulamasında, asli olarak objektif bir kıstasa başvurulmakta ve fiilin işlendiği andaki piyasa değeri üzerinden bir değerlendirme yapılmakta; fakat tali olarak, objektif değer çok az olsa bile, kişisel şartları karşısında malvarlığı değerinin mağdur açısından ekonomik değerine de bakılmaktadır (Mantovani, Diritto Penale, 419; Pulitanò, 390).

devreye giren kişilerin teşhisini sağlarsa, cezası üçte birinden yarısına kadar azaltılır. Doktrinde bu hükmün diğer malvarlığına karşı suçlar için düşünülmeyp sadece hırsızlık suçu için öngörülmesi eleştirilmiştir³³³. Açıklık olmamakla birlikte, hükümde sayılanlardan sadece birinin teşhisinin sağlanması yeterlidir³³⁴. Bu hükmün bir etkin pişmanlık düzenlemesi olduğu söylenebilir.

Ayrıca, İt. CK m. 62’de genel hafifletici nedenlere yer verilmiştir. Bunlardan biri de (6. bent) duruşmadan³³⁵ önce, mümkünse aynen iade, değilse de tazmin suretiyle zararın tümüyle giderilmesidir. Hükümde açıkça ve mutlaka tam giderim aranmıştır; içtihat da bu konuda hassas olup kısmi giderim veyahut ileride giderme vaadi gibi durumlarda hükmü uygulamamaktadır³³⁶. İştirak halinde işlenen suçlarda da giderim tam olmalıdır: suç ortağının “kendi payına” düşen zararı karşılaması yeterli değildir³³⁷. Hükümün niteliğinin objektif mi sübjektif mi olduğu doktrinde tartışmalı olduğu için, iştirak halinde işlenen suçlarda zararın giderilmesine katkı sağlamayan suç ortaklarının hükümden istifade edip etmeyeceği konusunda görüş farklılığı vardır³³⁸. İçtihatla bu soruya olumsuz yanıt verilmektedir³³⁹. Fakat baskın görüşe göre giderimin “iradiliği” yeterli olup bunun illa gerçek bir pişmanlık sonucu olması gerekmez³⁴⁰.

Şahsi cezasızlık veya indirim nedenleri ise İt. CK m. 649 hükmü mevcuttur. Daha yakın bazı ilişkilerin varlığında kişisel cezasızlık nedeni öngörülmüştür; buna karşılık, daha az yakın ilişkilerin varlığında ise bir indirim öngörülmeyp sadece şikayet koşulu ilave olarak getirilmiştir. *Zanardelli* Kanununda da mevcut olan bu düzenlemenin sebebi maslahata uygunluk mülahazalarıdır: belirli aile fertleri arasında işlenen hırsızlık

³³³ Fiandaca ve Musco, 77.

³³⁴ Mantovani, 89; Carcano, 1050.

³³⁵ Bu konuda bkz. İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu m. 492. CK m. 62’nin 6. bendindeki, aslında “hüküm” anlamına gelen “giudizio” kelimesinin Ceza Muhakemesi Kanunu m. 492 anlamında ilk derecede duruşmanın açılması/başlaması olarak anlaşılması gerektiği içtihatla kabul edilmektedir (bu konudaki içtihatlar için bkz. Marinucci ve Dolcini, 568; yine bkz. Pulitanò, 391). Muhakemenin hangi usulle yürütüldüğüne göre bu anın nasıl tespit edileceğine dair ayrımlar için bkz. Padovani, 250.

³³⁶ Bu konuda bkz. Marinucci ve Dolcini, 567-568.

³³⁷ Mantovani, Diritto Penale, 422.

³³⁸ Mantovani, Diritto Penale, 421.

³³⁹ Pulitanò, 391.

³⁴⁰ Mantovani, Diritto Penale, 421.

suçlarının arz ettiği hususiyetler gözetildiğinde, fiilin cezalandırılması ya da re'sen kovuşturulması, aksi ihtimale göre daha fazla sosyal zarar doğurabilecektir³⁴¹. Bu nedenle de özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Kişisel cezasızlık nedeninden yararlananlar üç gruptur:

- a) Hırsızlığın yasal olarak ayrılmamış olan eşin aleyhine gerçekleşmesi. 2017'de yapılan değişiklikten sonra, fiilin aynı cinsiyetten olanlar arasında gerçekleşen medeni birlikteliğin taraflarından birinin aleyhine gerçekleşmesi de bu bende eklenmiştir.
- b) Hırsızlığın üstsoy veya altsoy ya da evlat edinen ya da evlat edinilen aleyhine işlenmesi.
- c) Hırsızlığın faille beraber yaşayan erkek veya kız kardeş aleyhine işlenmesi.

Görüldüğü gibi, medeni birliktelikler kapsama alınmış; sıhri hısımlar arasında işlenen fiiller ise kapsam dışı bırakılmıştır. İlgili akrabalık ilişkilerinin doğal/fiili anlamda varlığı yeterlidir³⁴². Hükümün uygulanabilmesi için suçun mağduru sadece sayılan kişilerden biri (ya da birkaçı) olmalıdır; üçüncü kişilerin de mağdur olması durumunda bu hüküm uygulanamaz³⁴³. Buna karşılık, üçüncü kişilerin zarar gören sıfatını haiz olması hükmün uygulanmasına engel olmadığı gibi; sayılan akrabaların mağdur olmayıp da sadece zarar gören olması da, hükmün uygulanmasına yetmez³⁴⁴. Beraber yaşamaktan kasıt, geçici veya tesadüfi olarak aynı konutu paylaşmayı kapsamaz; istikrarlı bir ortak yaşam ilişkisi mevcut olmalıdır³⁴⁵. Fiili olarak beraber yaşayan partnerler açısından hükmün uygulanamayacağı açıktır; eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle bu konuda yapılan anayasaya aykırılık iddiası ise, bu tür ilişkilerin evlilik ilişkisine nazaran farklı niteliği ve özelliği gözetilerek, reddedilmiştir³⁴⁶.

³⁴¹ Mantovani, 65.

³⁴² Carcano, 1028.

³⁴³ Carcano, 1029.

³⁴⁴ Carcano, 1029.

³⁴⁵ Carcano, 1029.

³⁴⁶ Carcano, 1029 (Anayasa Mahkemesi'nin 2000 tarihli ve 352 sayılı kararı).

Şu hallerde ise cezasızlık nedeni yoktur ama fiilin takibi artık şikayete bağlıdır:

- a) Hırsızlığın yasal olarak ayrılmış bulunan eşler arasında işlenmesi ya da aynı cinsiyetten olanlar arasında gerçekleşen medeni birlikteliğin taraflarından birinin ilgili resmi görevli huzurunda ayrılık iradesini açıklanmış olması ve fakat henüz bunun gerçekleşmemiş olması durumunda.
- b) Hırsızlığın faille beraber yaşamayan erkek veya kız kardeş aleyhine işlenmesi.
- c) Hırsızlığın faille beraber yaşayan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi.

IV. TİPİKLİĞİN SÜBJEKTİF (MANEVİ) UNSURLARI

Bu başlık altında suçun temel haline ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Elbette, suçun belirli nitelikli hallerinin (veya özerk suç olarak düzenlenmiş bazı görünüş biçimlerinin) kendine özgü başkaca manevi unsurlar gerektirebilmesi mümkündür.

Öncelikle, fail başkasına ait bir malın söz konusu olduğunu ve bu malın alınmasına hak sahibinin rızasının bulunmadığını bilmelidir³⁴⁷. Ayrıca fail malı bilerek ve isteyerek almalıdır, yani kasıtlı olarak hem önceki zilyetliği sonlandırması hem de mal üzerinde kendi zilyetliğini kurması gerekir³⁴⁸. Failin malı “sahiplenme” maksadıyla hareket etmesi gerekmez (fakat bu durum kullanma hırsızlığının oluşup oluşmadığı açısından dikkate alınabilecektir)³⁴⁹.

Malın mahiyetinde (x malı yerine y malının alınması) ya da malikin veya zilyedin kimliğinde yanılma (malın sahibini veya zilyedini x yerine y zannetme) hallerinde kastın varlığı devam eder³⁵⁰. Keza malın kime ait olduğunu bilmek de gerekmez; bir malın söz konusu olduğunun ve bunun bir başkasının zilyetliğinde bulunduğu bilmesi yeterlidir³⁵¹.

³⁴⁷ Carcano, 1038.

³⁴⁸ Manzini, 197. Yazar, fiilin hukuka aykırılığının bilincinde olmayı da kastın kapsamında görmektedir.

³⁴⁹ Manzini, 197.

³⁵⁰ Antolisei, 416; Manzini, 199.

³⁵¹ Manzini, 198.

Ayrıca, fayda sağlamak amacı şeklinde “özel kast” (İt. *dolo speciale*) da kanun tarafından aranmıştır. Elbette, suçun tamamlanması için önemli olan husus bir faydanın sağlanmış olması değil, böyle bir amaçla failin hareket etmiş olmasıdır³⁵². Ayrıca fayda sağlamanın failin tek saiki/amacı olması da gerekmez³⁵³.

Suçun olası kastla işlenmesi mümkündür³⁵⁴: mesela malın başkasına aidiyeti konusunda olası kastın varlığı kafidir.

Fayda sağlamak maksadı açısından, bu faydanın sadece ekonomik nitelikli mi olabileceği yoksa failin elde etmeyi umduğu her türlü yararı da kapsayabileceği mi tartışmalıdır. Bu sorunun yanıtı malvarlığı kavramının ceza hukuku açısından nasıl anlaşılacağıyla da ilintilidir³⁵⁵. Bununla birlikte, İtalya’da gerek doktrin gerekse içtihatla güncel³⁵⁶ baskın görüşe göre³⁵⁷, failin eyleminden elde etmeyi umduğu her türlü yararlılık, haz, tatmin, zevk ve avantaj bu kapsamda görülmelidir³⁵⁸. *Manzini*’nin ifadesiyle, malvarlıksal olsun ya da olmasın her türlü yararlılık (*utilità*) bu kapsamdadır³⁵⁹. Nitekim

³⁵² Manzini, 188; Antolisei, 416; Fiandaca ve Musco, 70; Carcano, 1039.

³⁵³ Manzini, 201.

³⁵⁴ Mantovani, 75. İtalyan Yargıtayının aynı yönde bir kararı için bkz. a.g.e, 75, dn. 11.

³⁵⁵ Fiandaca ve Musco, 70.

³⁵⁶ Alberto Aimi, “La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite”, s. 2 (www.sistemepenale.it)..

³⁵⁷ İlk kez 13.12.2006 tarihli bir Yargıtay kararında (5.CD.) özel kast açıkça malvarlıksal fayda sağlama amacı olarak daraltıcı yorumlanmıştır. Bundan önce sadece 25.6.1991 tarihli ayrık ve istisnai tek bir kararda “salt şaka” yapmak amacıyla malı alan kişinin eylemi hırsızlık kastının bulunmadığı için– özel kastın yokluğu gerekçesiyle– bu suç kapsamında görülmemiştir (Aimi, s. 1, dn. 1). 18.11.2022 tarihli kararda, içtihatla iki farklı yaklaşımın benimsendiği belirtilmiştir. Bir yaklaşıma göre, failin ekonomik bir amaç gütmesi faydadan söz etmek için şart olmayıp psikik türden ihtiyaçları (mesela mağdura yönelik kin, misilleme, intikam, kıskançlık hislerini) tatmine dönük bir amaçla hareket edilmesi de yeterlidir. Daha yakın tarihli bazı içtihatlarla göreyse, yarar kavramı dar anlaşılmalı ve sadece malvarlıksal türden yararı hedefleyen amaçların güdülmesine hasredilmelidir.

³⁵⁸ Manzini, 204; Fiandaca ve Musco, 70; Lattanzi, 1510; Delpino, 643. Manevi yararın da bu kapsamda olduğuna dair bkz. Antolisei, 416; Carcano, 1039. Maggiore’nin de bu görüşte olduğuna dair bkz. Delpino, 643. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin bu yöndeki güncel içtihadı için bkz. Aimi, s. 3, dn. 4.

³⁵⁹ Manzini, 203. Mesela cinsel tatmin amacıyla bir kadının iç çamaşırının çalınması durumunda Yargıtay faili hırsızlıktan mahkum etmiştir (12.3.1962 tarihli karar, aktaran Lattanzi, 1510). Keza tüm şu hallerde de suçun oluştuğuna karar verilmiştir (Aimi, s. 3): telefon etmesini önlemek amacıyla mağdurdan telefonun ya da telefon rehberinin

salt misilleme veya intikam gibi failin manevi duygularının tatmini amacıyla işlenen fiillerde de suçun oluştuğu Yargıtayca kabul edilmiştir³⁶⁰. Fakat içtihadın çelişkili olması karşısında 18.11.2022 tarihli kararıyla 5. Ceza Dairesinin özel kastın kapsamının belirlenmesi meselesini Ceza Genel Kuruluna intikal ettirdiğini de belirtelim³⁶¹.

Fiandaca/Musco'nun baskın geniş yaklaşıma eleştirisi dikkat çekicidir³⁶²: eğer her türlü maddi ve manevi fayda bu kapsamda görülürse özel kastın ifa etmesi gereken suç tipini sınırlayıcı işlev ortadan kalkacaktır zira “yarar sağlama amacı” temelde malın zilyetliğini ele geçirmekle sağlanan yararlar özdeş olacaktır ve böylece de hırsızlık suçu aslında genel kasta tâbi bir suça dönüşecektir. Keza, yazarlar, başka hükümlerde yararın yanında *ayrıca* avantajın (*vantaggio*) zikredilmesinden hareket ederek yararın ekonomik-malvarlıksal bir kavram olduğu sonucunu çıkartmaktadır³⁶³. Ayrıca, m. 626/2’de yer alan hafifletici sebepten hareketle, demek ki hırsızlığa konu olan malın en azından ekonomik bir değeri haiz olması gerektiğini savunmaktadırlar³⁶⁴. Yazarlar faydayı ekonomik değer olarak kabul ettikleri için, mesela kendisini yakalattırmak ve hapse girebilmek için bir malı çalan failin bu anlamda gerekli özel kastla hareket etmediğini ve hırsızlık suçundan sorumlu tutulamayacağını savunmaktadırlar³⁶⁵. *Manzini* de bu örnekte varılan sonuçla hemfikirdir ama gerekçesi başkadır: yazara göre buradaki yarar doğrudan doğruya çalınan şeyden elde edilmiş olmalıdır; çalınan şeyden değil de, onun vasıtasıyla elde edilecek sair bir yarar suçun oluşumuna yol açmaz³⁶⁶.

alınması; alacağını alabilmek için mağdurdan çantanın alınması; mağdur ile üçüncü bir kişi arasında bir ilişkinin olup olmadığını anlayabilmek amacıyla mağdurdan telefonun ve ev anahtarının alınması (olayda ayrıca 50 EURO’luk banknot da alınmıştı ama telefonun ve anahtarın alınması da zaten hırsızlık sayılmıştır); fotoğraf çekmesini önlemek için mağdurdan fotoğraf makinasının alınması ve akabinde bunun imhası; polisin konutuna yerleştiği gizli gözetleme cihazlarını fark edip gözetlendiğini anlayan failin görsel takibi sağlayan teçhizatı ele geçirmesi ve sonra da yok etmesi.

³⁶⁰ Çeşitli kararlar için bkz. Lattanzi, 1511. Mesela bkz. 24.4.1983 tarihli karar (aktaran Carcano, 1039).

³⁶¹ Daire şu meselenin çözümlenmesini istemiştir: yarar sağlama maksadı sadece failin malvarlığını artırması gayesi olarak mı anlaşılmalıdır yoksa ele geçirilen maldan malvarlıksal olmayan yararların da teminini kapsayabilir mi? İçtihadın gelişimi için bkz. Aimi, s. 5 vd.

³⁶² *Fiandaca* ve *Musco*, 71.

³⁶³ *Fiandaca* ve *Musco*, 72.

³⁶⁴ *Fiandaca* ve *Musco*, 72.

³⁶⁵ *Fiandaca* ve *Musco*, 72-73.

³⁶⁶ *Manzini*, 205.

Mesela *Manzini*'ye göre intihar etmek için bir silahı çalan kişi şüphesiz hırsızlık suçunu işlemiştir; buna karşılık, kıskançlık nedeniyle kasten öldürdüğü kişinin üzerinden – gasp görüntüsü vermek için – bazı şeyleri çalması durumunda ise hırsızlık yoktur!³⁶⁷

Bir karara göre, salt şaka maksadıyla, mağdurda geçici bir üzüntü veya hayal kırıklığı yaratıp sonra malın iadesiyle onun hoş bir sürprize uğramasını sağlamak için malın alınması durumunda bu anlamda faydalanma kastı yoktur³⁶⁸. Buna karşılık, salt zilyette üzüntü yaratmak için malının alındığı diğer bir olayda Yargıtay faili hırsızlıktan mahkum etmiştir³⁶⁹.

İlginç bir olayda, bir işletmede tutulan hayvanlar hayvan hakları aktivistleri tarafından “esareten ve kötü muamele görmekten kurtarılmalari” saikiyle alınarak serbest bırakılmıştır. Derece mahkemesi mahkumiyet kursa da, sanıklar özel kastın oluşmadığını çünkü köpeklerden herhangi bir fayda sağlamaya yönelmediklerini savunmuşlardır. Bu olayda Yargıtay “faydalanma maksadı”nı dar yorumlamıştır: fail kendi malvarlığı dairesinde bir artış yaratmak amacı gütmelidir; söz konusu artış, ilgili malın maddi veya manevi bir insani ihtiyacı tatmin etmekte vasıta olarak kullanılmaya elverişli nitelikte olmasını gerektirir. Somut olayda ise böyle bir gaye yoktur çünkü faillerin köpeklerden herhangi türden bir fayda sağlama amaçları mevcut değildir³⁷⁰.

İtalyan doktrinindeki baskın görüşe göre, elde edilen yararın *haksız olması* suçun oluşması için şart değildir³⁷¹; içtihadın ise bu konuda yerleşik olmadığı ifade edilmektedir³⁷². Eğer elde edilen yararın haksız olması gerektiği suçun unsuru olarak kabul edilirse, o zaman bu konudaki yanlış kastı ortadan kaldıracaktır³⁷³. Buna karşılık, failin salt “ahlaka uygun” bir amaca ulaşmak için hareket etmiş olması, şüphesiz, kastını ortadan kaldırmaz zira amaç aracı meşru kılmaz!³⁷⁴

³⁶⁷ Manzini, 204, 206.

³⁶⁸ 26.3.1977 tarihli ve 4431 sayılı ve 25.6.1991 tarihli kararlar (aktaran Lattanzi, 1510).

³⁶⁹ 6.3.1978 tarihli karar (aktaran Lattanzi, 1510-1511).

³⁷⁰ 2.10.2019 tarihli ve 40348 sayılı karar (www.altalex.com).

³⁷¹ Antolisei, 417. Aksi görüşte Manzini, 208; Mantovani, 35; yine bkz. Delpino, 643. Hatta aksi görüşün “çağdaş” öğretide baskın olduğu da öne sürülmüştür, bkz. Codice penale esplicato, 746; aksi tespit için bkz. Carcano, 1039.

³⁷² Fiandaca ve Musco, 73.

³⁷³ Mantovani, 75.

³⁷⁴ Manzini, 207.

V. HUKUKA AYKIRILIK

Hak sahibinin rızasının bulunmasının bu suçta hukuka uygunluk nedeni değil de, tipikliği kaldıran bir neden olduğu İtalyan doktrininde kabul görmektedir³⁷⁵. Oysa İt. CK m. 624'te rızanın bulunmamasına suçun tanımında – en azından açıkça – yer verilmemiştir³⁷⁶. Fakat rızanın yokluğu ya da gerçek bir rızasızlık durumu şayet suç tipinin açık veya örtülü bir gereksinimini teşkil ediyorsa, bu hallerde de rızanın tipikliği ilgilendirdiği kabul görmektedir³⁷⁷.

Çalışmanın kapsamını artırmamak açısından, İtalyan ceza hukukunda hukuka uygunluk nedeni olarak görülen görevin ifası, hakkın icrası, hak sahibinin rızası, meşru savunma, zorunluluk hali gibi kurumların bu suç açısından uygulanması meselesine girilmeyecektir.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Suçun tamamlanmış sayılıp sayılmayacağını değerlendirmek açısından tarihsel aşamada öne sürülen çeşitli teoriler tartışılmıştır³⁷⁸: 1) En eski olan ve mala dokunulduğu an suçun tamamlandığını savunan “*contrectatio*” teorisi; 2) Bulunduğu yerden malın hareket ettirilmesi gerektiğini savunan “*amotio*” teorisi; 3) Malın bulunduğu yerden farklı bir yere taşınmış olması gerektiğini savunan “*ablatio*” teorisi; 4) Failce daha önce tespit edilen güvenli bir yere malın taşınmış olması gerektiğini savunan “*illatio*” teorisi (bu teorilerin hepsinin adı Latince'dir). Aslında hırsızlık suçunun işlenme sürecinin farklı anlarını tarif eden bu kıstaslardan hiçbiri de doğru değildir. *Mantovani*'nin belirttiği üzere, bunların hiçbiri hırsızlığın tamamlanması için her zaman şart değildir³⁷⁹: başkasının evcil hayvanını seslenmek suretiyle yanına çağırıp

³⁷⁵ Antolisei, 412; Canestrari, Cornacchia ve de Simone, 521; Pelissero in: Grosso ve diğerleri, 286.

³⁷⁶ Doktrinde, suçun yasal tanımında rıza ya da rızasızlığın tipikliğinin unsuru olarak yer aldığı durumlarda hak sahibinin rızasının artık hukuka aykırılığı değil, tipikliği ilgilendirdiği kabul edilmektedir (Marinucci ve Dolcini, 261; Fiandaca ve Musco, Parte Generale, 265; Padovani, 141). Eğer ortaya çıkan neticenin değersizliği, fiilin mağdurun iradesinin bertaraf edilmesi suretiyle işlenmesine dayalı değilse, rıza hukuka uygunluk nedeni olarak işlev görür (Pulitano, 240).

³⁷⁷ Canestrari, Cornacchia ve de Simone, 521, 522.

³⁷⁸ Antolisei, 409; Mantovani, 73; Fiandaca ve Musco, 74; Delpino, 639.

³⁷⁹ Mantovani, 73.

kendisini takip ettirerek çalan fail açısından *contrectatio* yoktur; hareket ettirmeksizin, başkasına ait bir yerde bulunan odunları ısınmak amacıyla yakmak örneğinde *amotio* yoktur; başkasının ağacından kopartılan meyveleri olay yerinde yemek örneğinde *ablatio* yoktur; malın önceden kararlaştırılan yere götürülüp bu anlamda güvence altına alınmaksızın failin zilyetliğine girmiş olması da mümkün olduğuna göre *illatio* da şart değildir.

Daha önce ifade edildiği gibi, malın “bulunduğu yerden” alınmasını arayan 1889 kanunu yukarıdaki teorilerden 2 veya 3 no.lu olanların arasında kaldığı söylenebilecek bir çözümü benimsemişken mevcut kanun mekansal/uzamsal bu kıstasın yerine kişisel bir kıstası benimsemiştir fakat bu farklı formülasyon da sorunu çözmeye yetmemiştir³⁸⁰. Fakat, en azından, malın faydalanmak maksadıyla bulunduğu yerde kullanıldığı bazı durumlarda, odunun yakılması gibi, taşıma unsuru olmamasına rağmen artık mala zarar vermek değil de hırsızlık suçunun oluştuğunu rahatlıkla söylemek mümkün hale gelmiştir³⁸¹.

Yine daha önce detaylı olarak anlatıldığı üzere, fiil unsurunun tamamlandığını kabul etmek açısından doktrinde iki farklı yaklaşım belirlemiştir: 1) Suçun tamamlanma anını “*sottrazione*”, yani önceki zilyedin zilyetliğinin sonlandırılması anı olarak kabul eden görüş³⁸²; 2) Zamansal olarak her daim farklı bir ana tekabül etmese de, suçun tamamlanmasını “*impossessamento*”, yani failin kendi zilyetliğini tesis etmesi anı olarak kabul eden görüş³⁸³. İçtihatla her iki görüş lehinde de karar olduğunu³⁸⁴ fakat baskın

³⁸⁰ Fiandaca ve Musco, 74; Antolisei, 410 (fakat yazara göre Zanardelli Kanununun “*amotio*” esasına dayandığı söylenebilirdi; aynı yönde Carcano, 1036).

³⁸¹ Mantovani, 74.

³⁸² Bu yönde Lattanzi, 1507.

³⁸³ Bu görüş yönünde Fiandaca ve Musco, 74; Antolisei, 413; Mantovani, 75; Delpino, 641.

³⁸⁴ Çeşitli kararlar için bkz. Lattanzi, 1507. Mesela ilk görüşe uygun içtihat için bkz. 20.9.2002 tarihli ve 31461 sayılı karar. Çaldığı otomobille çok kısa süre de olsa seyahat ettikten sonra yolda polis tarafından yakalanan failin tamamlanmış hırsızlıktan sorumlu tutulacağına dair bkz. 7.5.2004 tarihli ve 21757 sayılı karar. Keza, uydu yoluyla aracın takibini sağlayan güvenlik sistemiyle donatılmış aracın alınması durumunda, bu takip olanağına rağmen suç tamamlanmıştır çünkü zilyet bu sistemi fiilen devreye sokana kadar araba üzerindeki maddi egemenliğini yitirmiştir (3.2.2002 tarihli karar, aktaran Lattanzi, 1509). Yine bkz. 9.5.2000 tarihli ve 5414 sayılı karar (aktaran a.g.e): hırsızların çaldıkları malı nereye götürdüklerinin mağdur tarafından bilinmesi ve gözle takip edilebilmesi, eğer mağdurun söz konusu yere serbestçe girebilmesi mümkün değilse, zilyetliği artık yitirdiği olgusunu değiştirmeyecektir.

içtihadın bu iki unsurun aynı anda gerçekleştiği yönünde olduğunu³⁸⁵ ifade etmiştik. Bu baskın içtihat uzamsal ve zamansal bir kritere ayrıca başvurulamakta, yani malın yer değiştirmiş olmasını ya da zilyetlik değişikliğinin belirli bir süreyi kapsamamasını aramamaktadır³⁸⁶. Hatta “*sottrazione*” ile “*impossesamento*” kavramlarını ayırt etmeyerek önceki zilyetliğin sonlandırılması anında suçun tamamlandığının kabul edildiği çokça karar da vardır³⁸⁷. Buna karşılık, malın bir anlamda güvence altına alınması babında, malın önceden bulunduğu yerin dışına kayda değer bir süre için çıkartılmış olması ve failin, mağdurun nezaret alanı haricinde mal üzerinde tasarruf olanağına kavuşmuş olmasının arandığı karar dahi vardır³⁸⁸. Oysa doktrine göre failin kendi zilyetliğini kurması ile suç tamamlanır; bu an ile, suça konu mal üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisine ve ondan istifade edebilme olanağına kavuşma anı arasında doğabilecek engeller suçun teşebbüs aşamasında kaldığını göstermez³⁸⁹. Fail tarafından mal üzerinden özerk tasarruf olanağının sağlanmasıyla suç tamamlandığı için, bu fiili egemenlik durumunun süresi – az veya çok olması – fark etmez³⁹⁰. Süpermarketten yapılan hırsızlıklarda teşebbüs uygulamasını daha önce ele almıştık; bu hususta çelişkili çok sayıda kararın bulunduğu söylenebilir. Netice olarak, İtalyan Yargıtayının suçun tamamlanma anına dair içtihadının tutarlı olmadığını ifade etmek gerekir.

Nihayet, hangi yaklaşım belirlenirse belirlensin, zilyetlik kavramının kaypaklığı nedeniyle nihai sonuca varmanın her daim tartışmalı olacağı örnekler de vardır. Mesela, çalıştığı evdeki bir odadan ev sahibine ait bir malı alıp bilhale dışarıya götürmek için kendisine tahsis edilen odaya saklayan

³⁸⁵ Codice penale esplicato, 746.

³⁸⁶ Manzini, 185. Oysa yazar, failin hukuken kayda değer (önemli) bir süre müddetince kendi zilyetliğini kurmasını aramaktadır.

³⁸⁷ Antolisei, 413. Mesela işyerine ait bir eşyayı cebine atan ve fakat güvenlik personeli tarafından çıkış kapısında durdurulan ve yakalanan fail açısından suçun tamamlandığı kabul edilmiştir. Keza, tezgahın altına bir kutu boyayı paçavralar içine sararak saklayan tezgahçı açısından da aynı sonuca varılmıştır. Hatta kurutulmak üzere demir kurutulmuş askısı üzerine bırakılan çamaşırı yerinden alıp koluna koyan ve fakat malikin gelmesi üzerine bunu hemen geri bırakan kadın açısından da aynı sonuca varılmıştır. Olay yerinden uzaklaşmasa bile malı kendi şahsı üzerinde gizleyen fail açısından suçun tamamlandığına dair yine bkz. 27.4.2001 tarihli ve 17045 sayılı karar (tüm bu kararları aktaran Lattanzi, 1508).

³⁸⁸ Bilgi için bkz. Fiandaca ve Musco, 75.

³⁸⁹ Manzini, 187.

³⁹⁰ Carcano, 1039.

kişiyi düşünelim: burada acaba failin mal üzerinde kendi zilyetliğini kurduğu kabul edilebilir mi? Özel hukuk açısından buna olumlu yanıt vermek gerekir. Fakat malın önceki zilyedin kişisel nezaret alanından çıkmış ve failin özerk tasarruf alanına girmiş olması aranacak olursa, aksine sonuca varmak da makul olabilir³⁹¹. Bir kimsenin cebinden cüzdanı alan ve fakat durum anlaşıldığı için hemen cüzdanı elinden yere bırakan kişi açısından da aynı tartışma geçerlidir³⁹².

Taşınmaz bir şeyin fiilen taşınabilir hale getirilmesi için çaba gösterilmesi ama başarılabilmesi durumunda, henüz ortada “taşınabilir” bir şey olmadığı için, teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı ve malı fiilen taşınabilir hale getirme çabasının bir hazırlık hareketi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁹³.

İtalyan Yargıtayına göre, suçun konusunun bulunmaması durumlarında (mesela cüzdanın bulunduğu zannıyla elin atıldığı cebin boş olması) teşebbüs söz konusudur zira teşebbüse elverişlilik, failin cürmi planını uygulamaya geçirdiği anda tasavvur ettiği duruma göre hesaplanmalıdır ve bu planın uygulamaya konulduğu anda suçun konusunun bulunmasının muhtemel olması yeterlidir³⁹⁴. Yine İtalyan Yargıtayına göre, suçun konusunun bulunmaması tesadüfi ve geçici olduğu durumlarda işlenemez suç değil teşebbüs söz konusudur³⁹⁵.

İcra hareketinin ne zaman başlamış sayılacağı konusunda, kanunun lafzı gereği, sübjektif bir kıstas benimsenmektedir. İt. CK. m. 56’ya göre, “*unequivoco*” yani açık, kesin şekilde suç kastını ortaya koyan hareketlerin varlığı aranmaktadır. Bu nedenle hazırlık hareketi olarak nitelendirilebilecek türden davranışlarla da failin suça teşebbüs edilmiş sayılması mümkündür³⁹⁶. Mesela İtalyan Yargıtayına göre, bir başkasının konutuna girmek hırsızlık suçu açısından kastı kesin olarak ortaya koymaz çünkü failin kastının diğer bir suça yönelmiş olması da mümkündür; fakat hırsızlık yapma iradesini ortaya koyan ilave koşullar mevcutsa, o zaman teşebbüsten söz edilebilir³⁹⁷.

³⁹¹ Mesela bu örnekte suçun tamamlanmadığı görüşü için bkz. Antolisei, 415.

³⁹² Bu örnekte de suçun tamamlanmadığı görüşü için bkz. Antolisei, 415.

³⁹³ Mantovani, 76-77, dn. 14.

³⁹⁴ Çeşitli içtihatlar için bkz. Lattanzi, 1509-1510. Yine bkz. Manzini, 193, dn. 17.

³⁹⁵ 14.6.1985 tarih ve 5866 sayılı karar ve 28.10.1976 tarihli ve 11227 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1510).

³⁹⁶ Manzini, 191.

³⁹⁷ 17.11.1981 tarihli ve 10365 sayılı karar ve 5.5.1987 tarihli karar (aktaran Lattanzi, 1510.)

Salt hareket suçu söz konusu olduğu için hırsızlığa ancak eksik teşebbüs mümkündür³⁹⁸.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, hırsızlık ani suçtur³⁹⁹.

Son olarak, suçun tamamlanma anı ile sona erme anı farklı olabilir: mesela bir yerden birden çok malın alınması gibi bir durumda, ilk malın alınmasıyla suç tamamlanır, son malın alınmasıyla sona erer⁴⁰⁰. Böyle olunca, failin çalmayı düşündüğü şeylerden sadece birini ya da bir kısmını alıp diğerlerini almaktan gönüllü olarak vazgeçmesi durumunda da suç tamamlanmıştır⁴⁰¹.

B. İçtima

İçtima açısından İtalya'da özellikle tartışmalı bir mesele hangi özel ağırlatıcı nedenlerin bir arada bulunabileceği ve hangi özel ve genel ağırlatıcı nedenlerin bir arada bulunabileceğidir⁴⁰². Bu bağlamda, çeşitli özel ağırlatıcı nedenler arasındaki içtima ilişkisi çok tartışmalıdır. İlgili kısımda yer yer bu tartışmalara değinmiştik. Çalışmanın kapsamını daha da genişletmemek için konunun detayına girmemeyi tercih ediyoruz. Öte yandan, konuya dair yaptırım kısmındaki açıklamalara da bakılmalıdır.

Acaba çalınan mal birden fazla kişiye aitse kaç suç oluşur? Burada suç tekliği görüşü de suç çokluğu görüşü de savunmaktadır⁴⁰³.

Çalınan şeyin daha sonra satılması ya da ödünç verilmesi gibi durumlarda hırsızlık suçunun failinin sadece hırsızlıktan sorumlu tutulacağı, diğer suç tiplerinin tüketilen norm olarak devre dışı kalacağı kabul edilmektedir⁴⁰⁴. Buna karşılık, failin sonraki eylemi farklı bir hukuksal değeri ihlal ederse (çalınan şeyin bir başka suçun, mesela kasten yaralamanın, işlenmesi için kullanılması gibi) gerçek içtima esasının geçerli olduğu tartışmasızdır⁴⁰⁵.

Hırsızlık esnasında eşyaya karşı şiddet kullanılmasının zaten suçun ağırlatıcı sebebi olarak düzenlendiğini ifade etmiştik; bu bakımdan bileşik suç

³⁹⁸ Mantovani, 77.

³⁹⁹ Manzini, 187.

⁴⁰⁰ Mantovani, 76.

⁴⁰¹ Mantovani, 76.

⁴⁰² Bu konuda bkz. Lattanzi, 1535-1537.

⁴⁰³ Antolisei, 418.

⁴⁰⁴ Antolisei, 418.

⁴⁰⁵ Antolisei, 418.

kuralları gereğince ayrıca mala zarar vermeden ceza verilmeyecektir. Keza taşınır bir malın bir parçasının çalınabilmesi için (yani o parçayı fiilen taşınabilir kılmak için) taşınmaza zarar verilecek olursa 84.maddedeki bileşik suç hükümleri gereğince sadece hırsızlıktan ceza verileceği savunulmaktadır⁴⁰⁶. Buna karşılık, bizatihi çalınan taşınır malın kendisine bilahare zarar verilmesi durumunda sadece basit hırsızlık söz konusudur⁴⁰⁷. Hatta odunun ısınmak için yerinde yakılması veya yenmek istenilen meyvenin kopartılması gibi hallerde de mala zarar verme hükmü devreye girmez⁴⁰⁸. Bu tür durumlarda, kanaatimce, hırsızlık suçuna dair normu “tüketen norm” saymak gerekir.

İçtima bağlamında değerlendirilmesi gereken bir husus “yağmaya dönüşen hırsızlık”⁴⁰⁹ olarak bilinen durumlardır. Mağdurun elinde taşıdığı torbanın çekilip alınması, fakat faili hemen takip etmeye başlayan mağduru durdurmak için ona karşı cebir veya tehdide başvurulması durumunda nasıl hüküm kurulacaktır? İt. CK’ında da konuya dair açık düzenleme vardır. 628. maddenin ikinci fıkrasına göre, kendisine veya başkasına malın zilyetliğini güvence etmek için ya da kendisini veya başkasını cezadan kurtarmak için malı aldıktan hemen sonra şiddet veya tehdit kullanan kişi de yağma suçunun cezasını alır. Yani bu tür durumlarda sadece yağmadan ceza verilecektir. Bileşik suç kuralları uyarınca hırsızlık ya da cebir veya tehditten ayrıca hüküm kurulmayacaktır.

Konutta hırsızlık yapılması durumu VII. altında ele alınmıştır.

C. İştirak

İştirak konusunda hırsızlık suçu bir özellik arz etmez⁴¹⁰.

VII. İT. CK M. 624BİS’TEKİ ÖZERK HIRSIZLIK SUÇLARI

26 Mart 2001 tarihli kanunla yapılan değişiklik ile İt. CK m. 624bis’te iki ayrı fiil düzenlenmiştir: Bunlar; 1) Tamamen ya da kısmen konut olarak

⁴⁰⁶ Manzini, 195.

⁴⁰⁷ Mantovani, 78.

⁴⁰⁸ Mantovani, 78.

⁴⁰⁹ 765 sayılı TCK m. 495/2: “Bir malın yağması esnasında veya akabinde fiili icra veya itmam etmek veya malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için mal sahibine veya vaka mahalline gelen başkasına karşı cebir ve şiddet veya tehdit icra eden kimse hakkında da aynı ceza hükmolünür.”

⁴¹⁰ Antolisei, 418.

kullanılan bir binaya veya diğer bir yere veyahut bunların eklentilerine girmek suretiyle hırsızlık; 2) Elden veya üstten çekerek almak yoluyla hırsızlıktır.

Hırsızlık suçunun bu iki işleniş biçimi 624. maddedeki suçun nitelikli hali olarak değil de, bağımsız iki suç tipi olarak düzenlenmiştir⁴¹¹. Bunun temel nedeni İt. CK m. 69/2’de yer alan ve daha önce izah ettiğimiz genel düzenlemedir. Hırsızlığın 624*bis*’teki iki görünüm biçimi açısından hiçbir hafifletici neden olmadığı için, artık m. 69/2 hükmü devreye girmeyecek ve daha ağır cezalandırma sağlanacaktır⁴¹². Ayrıca, bağımsız suç tipi olarak düzenlemek suretiyle yasakoyucunun suçun bu iki görünüş biçiminin sahip olduğu daha büyük değersizlik yargısının altını çizmek istediği ifade edilmektedir zira 624*bis*’te düzenlenen suç tiplerinde mağdurun dokunulmaz olması gereken fiziksel ve psikik alanlarının güvenliğine yönelik bir saldırı da mevcuttur⁴¹³.

A. Tamamen ya da Kısmen Konut Olarak Kullanılan Bir Bina veya Diğer Bir Yere Veyahut Bunların Eklentilerine Girerek Hırsızlık

2001’e kadar bu ağırlatıcı neden, biraz farklı ve daha dar kapsamlı⁴¹⁴ bir formülasyonla⁴¹⁵, 625. maddede ilk bent olarak yer almaktaydı.

Hükmün uygulanması için “kısmen ya da tamamen konut olarak” kullanılan bir yerin varlığı gerekli ve yeterlidir. Böyle olunca, özel hayata giren çeşitli faaliyetlerden herhangi birini, geçici ve tali olarak dahi olsa, belirli bir yerde gerçekleştiren kişi açısından o yer bu hüküm anlamında konuttur⁴¹⁶. Bu bakımdan, asli olarak ulaşım vasıtası olarak kullanılsa da, geceleyin içinde kalınan “*camper*” türü bir araç, konuttur⁴¹⁷. Buna karşılık

⁴¹¹ Antolisei, 441; Mantovani, 90; Delpino, 644; Codice penale esplicito, 749; Carcano, 1040.

⁴¹² Fiandaca ve Musco, 76; Mantovani, 90; Delpino, 644; Codice penale esplicito, 749.

⁴¹³ Fiandaca ve Musco, 76; Carcano, 1040.

⁴¹⁴ Antolisei, 441.

⁴¹⁵ Eklentiden söz edilmemişti ve “konut olarak kullanılan yer” denilmek suretiyle, o yerin kısmen konut olarak kullanılması durumunda ne olacağına dair açıklığa yer verilmemişti. Fakat içtihadta bu durumlarda da hükmün uygulanması kabul edilmekteydi (Delpino, 644; Codice penale esplicito, 748-749; Carcano, 1042). Buna karşılık eski hükümde meşru olarak girilen yerde haksız olarak kalınmasına da yer verilmişken yeni hükümde bu ibareler yer almamaktadır; bu da rızayla girilen yerden hak sahibinin aksi yöndeki rızasına rağmen çıkmama durumunda hükmün uygulanıp uygulanamayacağı sorununu doğurmuştur.

⁴¹⁶ Lattanzi, 1517. Yine bkz. Mantovani, 91.

⁴¹⁷ 21.1.2019 tarihli ve 2670 sayılı 5.CD. kararı (www.altalex.com).

sırf tesadüfen özel hayata dair bir eylemin gerçekleştirildiği yer bu kapsamda değildir; böyle olunca da, iş yerleri hüküm kapsamında değildir meğerki işyerinin belirli bir kısmı mağdurun özel hayatına ayrılmış olsun⁴¹⁸. İlgili yerin kısmen ya da tamamen konut olarak kullanılması; bu yerin taşınır veya taşınmaz olması ya da sabit olup olmaması; özel hayata dair faaliyetlerin tümünün ya da sadece bir kısmının orada icra ediliyor olması; o yerin geçici (otel odası örneğinde olduğu gibi) veya sürekli olarak kullanılması; keza konutun ara sıra (mesela hafta sonu gidilen kır evi gibi) mı sürekli mi kullanıldığı; yerin yapısı, şekil, genişlik gibi özellikleri; konut sakinlerinin hırsızlık anında içeride bulunup bulunmaması; ne sıfatla oranın konut olarak kullanıldığı (malik, kiracı, yatılı misafir...) fark etmez⁴¹⁹. Dikkat edilirse, bina şeklinde olmayan konutlar da hüküm kapsamındadır; buna karşılık konut fonksiyonu hiç olmayan bir binadan yapılan hırsızlıkta bu hüküm uygulanmaz⁴²⁰.

Önceki düzenlemede, rıza ile girdikten sonra rızaya rağmen içeride kalan kişiden de söz edilmişken yeni hükümde sadece ilgili yerlere girmekten söz edilmiştir. Mevcut hükümdeki formülasyon farkı doktrinde tartışmaya yol açmıştır. Bir görüşe göre bu hükmün uygulanabilmesi için fail hukuka aykırı bir biçimde ilgili yere girmiş olmalıdır⁴²¹; diğer bir görüşe göreyse önemli olan nihai cürmi amaçtır, hak sahibinin rızasıyla girilmesi durumunda da hüküm uygulanabilir⁴²². İlk görüşe göre, artık rıza ile girdikten sonra rızaya rağmen çıkmayan ve bu esnada hırsızlık yapan fail açısından bu hüküm uygulanmayacak ve hırsızlık ile konut dokunulmazlığının ihlali arasında gerçek içtima olacaktır⁴²³.

İtalyan Yargıtayına göre, ilgili yere girilmesiyle malın alınması arasında amaçsal bir bağ olmalıdır; tesadüfi bir ilişkinin varlığı yeterli değildir⁴²⁴. Buna karşılık, hırsızlığın işleneceği yere girebilmek için bir konuttan “transit” olarak geçilmesi durumunda da hüküm uygulanır⁴²⁵.

⁴¹⁸ 23.3.2017 tarihli ve 31345 sayılı Genel Kurul kararı (www.altalex.com).

⁴¹⁹ Mantovani, 92.

⁴²⁰ Mantovani, 94.

⁴²¹ Fiandaca ve Musco, 77.

⁴²² Mantovani, 95.

⁴²³ Carcano, 1041.

⁴²⁴ Mesela bkz. 1.4.2014 tarihli ve 21293 sayılı karar (aktaran Antolisei, 441). Kıyaslayınız Carcano, 1041: yazara göre, önceki hükme nazaran lafzi bir farklılık olup artık girmek ile malın alınması arasında tesadüfi bir ilişki de yeterli olabilmelidir.

⁴²⁵ Mantovani, 94.

Hükümde açıklık olmasa da, failin kendi konutu ya da eklentisinde işlenen hırsızlık hüküm kapsamında değildir⁴²⁶.

Konutta hırsızlık durumunda, bileşik suç kuralları gereğince, faile ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan (m. 614) ceza verilmez⁴²⁷.

B. Elden veya Üstten Çekerek Almak Yoluyla Hırsızlık

1889 Yasasında yağmanın hafif hali olarak öngörülen “kapkaç” mevcut İt. CK’ında hırsızlığın özel ve daha ağır müstakil bir görünüm biçimi olarak düzenlenmiştir⁴²⁸. Suçun bu şekline “yırtarak” veya “kopararak” almak denilmektedir zira hükümde bu anlama gelen “*strappare*” yüklemi kullanılmıştır⁴²⁹.

Bu hükmün uygulanması için, alınan şey ile kişiyi birleştiren aracın meydana getirdiği direnci aşacak şekilde şiddet kullanarak o şeyi almak, söz konusu olmalıdır⁴³⁰. Mesela kolyeyi mağdurenin boynundan çekerek koparıp almak ya da mağdurun elindeki çantayı hızla çekerek almak gibi. Özel beceriden farklı olarak, burada mağdurun durumu fark etmemesi artık mümkün değildir⁴³¹ zira kullanılan cebirin onun bedeni üzerinde dolaylı bir yansıması vardır; böyle dolaylı bir etki dahi yoksa artık “özel beceri” söz konusu olabilir⁴³². Şiddet doğrudan doğruya çalınan mal üzerinde kullanılmalıdır ve kullanılan şiddetin mağdura fiziksel yansıması ancak dolaylı olmalıdır⁴³³. Bu bakımdan, kullanılan şiddet, malın kişiyle olan temasını ortadan kaldırmak için gerekli ve olağan olan kuvvet düzeyini aşmış ve buna ilaveten, zilyedin iradi olarak sergilemeye çalıştığı direnci de kırmaya yönelmişse, artık yağma vardır⁴³⁴. Kolyenin ya da küpenin kopartılarak alınması esnasında mağdurun yaralanması gibi durumlarda da şiddetin eşyaya yönelik olduğu ve oluşan suçun yağma değil, hırsızlık olduğu kabul

⁴²⁶ Mantovani, 94.

⁴²⁷ Antolisei, 621; Mantovani, 95.

⁴²⁸ Manzini’ye göre eski kanunun yaklaşımı doğru olandır (Manzini, 274). Aksi görüşte Mantovani, 96.

⁴²⁹ Bu nedenle bu suça *furto con strappo* denilmektedir, fakat uygulamada kapkaç anlamında *scippo* da denilir.

⁴³⁰ Fiandaca ve Musco, 78; Manzini, 277; Mantovani, 96; Carcano, 1042.

⁴³¹ Fiandaca ve Musco, 78; Mantovani, 96.

⁴³² Manzini, 276.

⁴³³ Fiandaca ve Musco, 78-79; Antolisei, 426-427; Mantovani, 96.

⁴³⁴ Antolisei, 427 (Bu yönde çok sayıda Yargıtay kararı için bkz. ibid, dn. 87).

edilmelidir⁴³⁵. İtalyan Yargıtayı bu şekilde meydana gelen yaralanmalar açısından taksirle yaralama hükmüne başvurmuştur⁴³⁶. Keza, mağdurun kolundaki çantanın aniden çekilerek alınması durumunda hırsızlık, onun eline vurarak düşmesi sağlanan çantanın alınıp kaçılması durumunda yağma suçu oluşur⁴³⁷. Yağmadan bahsedebilmek için eşya üzerinde tatbik edilen kuvvetin fail tarafından iradi olarak mağdurun şahsına da teşmil etmesi gerekir. Bu nedenle, malı çekerek almak esnasında fail ve mağdurun yere düştüğü ve mağdurun malını korumak için tutunduğu çantanın failin koluna takılı kalması nedeniyle mağdurun birkaç metre sürüklendiği olayda, failin şahıs üzerinde kasıtlı bir şiddet kullanımı bulunmaması nedeniyle, yağmanın değil, hırsızlık suçunun oluştuğu kabul edilmiştir⁴³⁸. Buna karşılık, eyleme karşı koymak için mağdurca sıkıca tutulan şeyin (mesela çantanın) vücudunun bir kısmına (mesela koluna) takılı kalması nedeniyle mağdurun sürüklenmesi gibi durumlarda, baskın içtihat, yağma suçuna başvurmuştur⁴³⁹; fakat bunun için failin bu hususta en azından olası kastı bulunmalıdır⁴⁴⁰. Son olarak, kullanılan şiddet sadece eşyaya yönelikse ve mağdura dolaylı bir yansıması yoksa, m. 625 hükmünün 2. bendi uygulanacaktır⁴⁴¹.

VIII. YAPTIRIM

İt. CK m. 624'teki basit hırsızlığın cezası altı aydan üç yıla kadar hapis ve ayrıca para cezasıdır.

İt. CK m. 624*bis*'teki suçların cezası 4-7 yıl hapis ve ayrıca para cezasıdır. Fakat 625. maddedeki özel nitelikli ağırlatıcı nedenlerden veya 61. maddedeki genel ağırlatıcı nedenlerden biri veya daha fazlası varsa, ceza skalası 5-10 yıl (ve ayrıca para cezası) olmaktadır.

İt. CK m. 625'te öngörülen nitelikli hallerden biri varsa ceza 2-6 yıl hapis ve ayrıca para cezasıdır. Bu nitelikli hallerden birden fazlası veya bunlardan biriyle 61. maddedeki nitelikli hallerin *birisi* bir arada gerçekleşirse, ceza 3-10 yıl hapis ve ayrıca para cezasıdır (m. 625/2). Anılan 625/2. madde hükmü, kanunun genel hükümler kısmında öngörülen ve nitelikli hallerin yarışmasını ele alan genel kurula nazaran özel hüküm niteliğindedir. Fakat özel hüküm

⁴³⁵ Fiandaca ve Musco, 79; Mantovani, 96. Aksi görüşte Manzini, 278.

⁴³⁶ Aktaran Fiandaca ve Musco, 79.

⁴³⁷ Delpino, 644; Codice penale esplicito, 749.

⁴³⁸ 28.10.1987 tarihli ve 11025 sayılı karar (aktaran Delpino, 655).

⁴³⁹ Mesela bkz. 3.10.2006 tarihli Yargıtay kararı (aktaran Carcano, 1042).

⁴⁴⁰ Carcano, 1042.

⁴⁴¹ Carcano, 1042.

bazı soruları yanıtızsız bıraktığı için eleştirilmektedir: mesela *aynı bentte* yer alan birden fazla nitelikli hal bir arada gerçekleşirse ne olacaktır ya da bir özel nitelikli hal ile 61. maddedeki *birden fazla* nitelikli hal bir arada gerçekleşirse ne olacaktır ya da birden fazla özel nitelikli hal ile 61. maddedeki bir nitelikli hal bir arada gerçekleşirse ne olacaktır?⁴⁴² Doktrindeki baskın görüşe, ilk durumda tek bir artırım yapılmalıdır; ikinci durumda ise yine 625/2'deki özel hüküm uygulanarak 3-10 yıl ceza skalası uygulanmalıdır⁴⁴³. Oysa Yargıtay, aynı bentteki birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda bunlar arasında içtima ilişkisi kurmakta ve birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesinin sonuçlarını uygulamaktadır⁴⁴⁴.

626. maddenin uygulanması durumunda ceza bir yıla kadar hapis veya para cezasıdır ve şikayet koşulu aranacaktır. Fakat 1999 yılında 624. maddeye eklenen üçüncü fıkra ile zaten bu maddedeki hırsızlık suçlarının takibi de şikayete bağlı kılındığından, 626. maddeye giren ve “hafif hırsızlık” olarak kabul edilen haller için aranan şikayet koşulu bir hususiyet taşımaktan çıkmıştır⁴⁴⁵. Keza, “kovuşturma” başlığı altında ele alacağımız 2022 tarihli reform ile zaten hırsızlığın takibinin genel olarak şikayete bağlı kılınması karşısında, “mağdurun şikayeti üzerine cezalandırılabilir hırsızlık” başlığı da “minör hırsızlıklar” olarak değiştirilmiştir.

1977 tarihli kanundaki nitelikli hırsızlığın cezası 3-10 yıl hapis ve ayrıca para cezasıdır. 61. maddede öngörülen veya 625'in 2, 3, 4, 5 veya 7 no.lu bentlerinde öngörülen ağırlatıcı nedenlerden biri de mevcutsa, ceza 5-12 yıl hapistir (ve para cezası miktarı da artmaktadır).

Belirtelim ki, İtalya'da zaman içinde hırsızlık için öngörülen ağırlatıcı nedenler ve cezalar hafifletilmiştir ve buna rağmen bugün için söz konusu cezaların, özellikle cüz'i önemde denilebilecek hırsızlık fiilleri açısından, hala fazla ağır olduğu öne sürülmektedir⁴⁴⁶.

IX. KOVUŞTURMA

1999 yılında İt. CK m. 624'e eklenen 3. fıkraya göre, 625. maddedeki özel ağırlatıcı sebepler veya m. 61/7'de düzenlenen genel ağırlatıcı nedenlerden biri yoksa, hırsızlık suçunun takibi şikayete bağlıdır. Keza 626.

⁴⁴² Antolisei, 437; Mantovani, 88.

⁴⁴³ Fiandaca ve Musco, 90; Antolisei, 438; Mantovani, 88; Carcano, 1043.

⁴⁴⁴ Antolisei, 437.

⁴⁴⁵ Fiandaca ve Musco, 91.

⁴⁴⁶ Fiandaca ve Musco, 48.

maddeye giren “minör hırsızlık” durumlarında da zaten öteden beri şikayet koşulu aranmaktaydı.

Kanaatimce, kişilere karşı maddi veya manevi cebrin de bulunmadığı düşünüldüğünde, suçun basit halinin takibinin şikayete bağlı olması yerinde bir tercihtir. Fakat bununla da yetinmeyen İtalyan kanunkoyucusu 2022 yılının sonunda yeni bir düzenlemeye gitmiş⁴⁴⁷ ve 10.10.2022 tarihli, 150 sayılı yasa ile, 625. maddenin 7 ve 7bis bendi dışındaki nitelikli halleri haricinde, hırsızlığın nitelikli hallerinin takibini de şikayet şartına bağlamıştır⁴⁴⁸! Özellikle elektrik hırsızlığı açısından elektrik dağıtımını üstlenen üç büyük şirket bu değişiklik üzerine savcılıklara dönük bir ortak yazı yazarak dağıtım tesis ve sistemlerinin ve nihai müşteri bakımından bu teçhizatın terminal parçasını oluşturan sayaçların “kamu hizmetinin icrasına tahsis edilmiş” eşyalar olduğunu ve bu nedenle de 7. bent kapsamına girdiğini savunmuşlardır⁴⁴⁹.

Böylece, 625. maddede öngörülen nitelikli hallerin sayıca çokluğu ve çok geniş uygulama alanı nedeniyle, nispeten basit denilebilecek ve mağdurun takibinde bir yarar görmediği hırsızlık fiillerinin de re’sen kovuşturulmasının yarattığı dosya fazlalığı azaltılmak istenmektedir. Keza aynı yasayla, İt. CK m. 61/b.7 uyarınca “zararın özel ağırlığı” nedeniyle cezası ağırlaşan hırsızlığın da takibi şikayete bağlı kılınmıştır.

⁴⁴⁷ Değişiklik, Adalet Bakanı *Marta Cartabia*’nın soyadından hareketle “*Cartabia* reformu” olarak bilinen ve ceza muhakemesinde birçok konuda yenilik getiren “paket” ile yapılmıştır.

⁴⁴⁸ 30 Aralık 2022’de yürürlüğe giren yeni sistemin “zaman bakımından uygulama” açısından doğuracağı sonuçlar ve bu konuda getirilen geçici hükümler için bkz. Gian Luigi Gatta, “L’estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022”, <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/riforma-cartabia-lestensione-del-regime-di-procedibilita-a-querela-e-la-disciplina-transitoria-dopo-la-l-n-199-2022>, no. 7.1 vd. altındaki değerlendirmeler.

⁴⁴⁹ <https://www.ilfattoquotidiano.it/2023/01/13/ultimo-effetto-paradossale-della-riforma-cartabia-senza-denuncia-saltano-22-500-procedimenti-per-furto-di-elettricit/6935496/>. Anılan şirketlerin hukuk müşavirliklerine göre, dağıtım ağına direkt olarak bağlanmak (saplama yapmak) veya tüketimin belirlenmesini kısmen de olsa önlemek ya da tespit edilen tüketim miktarını değiştirmek amacıyla sayaçlara müdahale edilmesi eylemleri bu bent kapsamında görülmelidir. Eğer bu sav kabul görmezse, bu tür fiiller nedeniyle soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için, her bir fiil bakımından anılan şirketlerin ayrı ayrı şikayette bulunması gerekecektir.

Buna karşılık, 2017’de getirilmiş olan bir genel hüküm olan, mağdurun yaş ya da hastalık durumu nedeniyle ehliyetsiz olması hallerinde kovuşturmanın re’sen yapılacağına dair düzenlemenin saklı olduğu yine *Cartabia* reformunda öngörülmüştür.

Şikayet hakkının sahibi bu suçla korunan hukuksal değerın nasıl kabul edildiğine göre değişecektir. Mesela zilyetliğin korunduğunu kabul edenlere göre mağdur önceki zilyet olacak ve malın malikiyle zilyedi farklı kişiler olduğunda, şikayet hakkı sadece önceki zilyede ait olacaktır⁴⁵⁰.

X. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hırsızlık suçunun temel hali İtalyan Ceza Kanununun 624. maddesinde düzenlenmiştir. Suçun yasal tanımında, malın bulunduğu yerden alınmasına vurgu yapan 1889 tarihli yasanın anlayışı terk edilmiş ve önceki zilyetliğin sonlandırılması ve yeni bir zilyetliğin kurulması gereği zikredilmiştir.

Suçla korunan hukuksal değere ilişkin tartışmalar yoğundur. Bilhassa, zilyetliğin mi yoksa mülkiyetin ve/veya başka aynı hakların mı korunduğu tartışmalıdır. Bu tartışma, malın sahibi olmayan kişilere karşı işlenen ya da bizzat malın sahibi olan kişilerce üçüncü kişi zilyetlere karşı işlenen fiillerin hırsızlık olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği açısından önemlidir. Kanunun lafzına bakıldığında zilyetliğin korunduğu öne sürülebilir fakat İtalyan Yargıtayı az önce zikredilen tüm hukuksal değerlerin birlikte korunduğu kanaatindedir.

Suçun faili ve mağduru herkes olabilir.

Hırsızlık suçuna konu olacak malın ekonomik değer taşımasının şart olup olmadığı tartışmalıdır. Yargıtay’ın net bir tavrı olmasa da doktrindeki çok baskın görüşe göre ekonomik değerın varlığı zorunlu bir unsur değildir.

Hükmün yorumunda kritik öneme sahip olan “zilyetlik” kavramının anlamı da tartışmalıdır. Kavramın yorumunda özel hukukun çıkış noktası olması gerektiği tartışmasız olmakla birlikte, anlamlandırmanın tümüyle özel hukuka göre mi yapılacağı yoksa “özerk” bir ceza hukuku kavramı olarak mi zilyetliğin anlamlandırılacağı tartışmalıdır. Baskın doktriner görüşün özerk bir anlamlandırma çabası içinde olduğu göze çarpmaktadır.

⁴⁵⁰ Antolisei, 406.

Suçun fiil unsuru da tartışmalıdır. Hükümde ayrı ayrı hem başkasının taşınır malının zilyetliğini ele geçirmekten hem de malı zilyedinden almaktan söz edilmiştir. Bu nedenle de, gramatik yorum yoluyla, birçok yazar bu iki unsurun – kimi olaylarda aynı anda gerçekleşebilse bile – birbirinden bağımsız, iki ayrı unsur olduğunu savunmuştur. Buna karşılık, bu iki unsurun esasen aynı şey olduğunu ve aynı kavramı iki farklı açıdan – fail ve mağdur perspektifinden – tarif ettiğini savunanlar da mevcuttur. Bu son görüşe göre esasen tek bir unsur söz konusudur. Yine bu görüşe göre, önemli olan, zilyedin zilyetliğinin sonlandırılmasıdır. Yargıtay içtihadı ise hiç tutarlı değildir: kimi zaman ortada tek bir kavram ve unsur varmış gibi kararlar verilmiştir, bazı kararlarda iki ayrı kavram/unsur zikredilse de bunlar eşdeğer anlamlandırılmıştır, bazı kararlarda ise bu iki kavram ve unsur birbirinden bağımsız ve ayrı olarak değerlendirilmiştir. Fakat genel olarak bakıldığında, baskın içtihadta bu iki kavramın eşdeğer görüldüğü söylenebilir. Kanaatimce, kanunun gereksiz bir tekrara başvurarak aynı şeyi iki farklı açıdan ve iki ayrı terimle söyleyerek tekrarladığını savunmak zordur: İtalyan CK'da zilyetten malın alınması ve failin kendi zilyetliğini kurması ayrı ayrı zikredildiğine göre, bu ikisini ayrı ayrı anlamlandırmak ve aramak gerekecektir.

Ne var ki, iki farklı unsurun söz konusu olduğu yönündeki kabul, bir süpermarket içinde reyondan alınan malın cebe atılması ve marketten çıkamadan ya da çıkarken ya da tam çıkmışken failin yakalanması ya da misafirlige gidilen bir evde ev sahibine ait bir malın failce cebe atılması ya da evden hırsızlık yapan kişinin çıkışta yakalanması gibi örneklerde fiilin tamamlandığı mı yoksa teşebbüs aşamasında mı kaldığı tartışmasını sonlandırmaya yetmemiştir. Nitekim bu tür örneklerde doktrin hemfikir değildir ve yargısal içtihat da tutarlı değildir. Sorunun temelinde zilyetlik kavramının fiili bir durumu tarif eden kaypak ve elastik bir kavram olması yatmaktadır. Kavramı ceza hukuku bakımından özerk bir şekilde yorumlama çabaları dahi bu sorunu kesin olarak aşmaya yetmemektedir. Neticede sorun, yine mağdurun zilyetliğinin kesin olarak sonlandırılmış ve/veya failin mal üzerinde kendi nihai egemenliğini kurmuş sayılıp sayılamayacağı meselesi olmaktadır. Bu soruların yanıtının ise normatif olarak net bir cevabını vermek mümkün gözükmemektedir; somut olayın tüm özgül koşullarını gözeten ve belli ölçüde sübjektiflik içeren olaysal bir bütüncül değerlendirme kaçınılmaz olmaktadır.

Malın alınması rızanın bulunması durumunda tipikliğin oluşmayacağı kabul edilmektedir.

İt. CK'nın 624*bis* maddesinde hırsızlık suçunun iki özel görünüş biçimine, metinde izah edilen nedenlerle, özerk iki suç tipi olarak yer verilmiştir.

Yasanın 625. maddesinde ise uygulama alanı son derece geniş olarak yorumlanan birçok ağırlatıcı nedene yer verilmiştir. Bu ağırlatıcı nedenlerin içtima açısından birbiriyle ilişkisi de çok ciddi sorunlar yaratmaktadır. Özellikle 625. maddenin yarattığı sorunlar nedeniyle, kanunun genel hükümleri arasına 69/2. madde hükmü eklenmiştir. Buna göre, hafifletici sebeplerle ağırlatıcı sebepler bir arada olduğunda, hafifletici sebeplerin somut olayda ağır bastığına hakim tarafından takdire kanaat getirilirse, ağırlatıcı nedenler için öngörülen artırımlar dikkate alınmayarak sadece hafifletici nedenler dikkate alınacaktır. Fakat bu hükme rağmen, neticede somut olayda hafifletici nedenler bulunmayabileceğinden, bu kadar çok ve geniş kapsamlı ağırlatıcı nedeninin varlığının aşırı cezalandırmaya yol açtığı doktrinde öne sürülmektedir.

Daha az cezayı gerektiren (2022 reformuyla “minör” sıfatı verilen) hırsızlık halleri ise 626. maddede üç ayrı fıkrada düzenlenmiştir. Bunlardan bilhassa kullanma hırsızlığı ve ihtiyaca istinaden hafif hırsızlık hükmünün bizim hukukumuzdaki aynı işleve dönük hükümlere (TCK m. 146 ve 147) nazaran daha dar olduğu görülmektedir. Malın değerinin azlığının ise yasanın 62/4. maddesindeki, mağdurda “özellikle hafif” zarara yol açılmış olmasına dair genel hafifletici neden kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Suçun manevi unsuru açısından özel kast aranmaktadır. Bu faydanın mahiyeti tartışmalı olup gerek doktrinde gerekse içtihatla hakim olan görüşe göre failin eyleminden elde etmeyi umduğu her türlü fayda, haz ve avantaj bu kapsamdadır.

Son olarak, 30 Aralık 2022'de yürürlüğe giren *Cartabia* Reformu kapsamındaki değişiklikler sonucunda, artık m. 625/b.7 ve b. 7*bis*'te öngörülen nitelikli haller dışında, suçun takibi şikayete bağlı olacaktır.

KAYNAKÇAKitaplar ve Makaleler

- AA.VV. Codice penale esplicato. Spiegato articolo per articolo. Leggi complementari, 9. Bası. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2004.
- Antolisei, Francesco. Diritto Penale. Parte speciale I., ed. C.F.Grosso, 16. Bası. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2016.
- Antolisei, Francesco. Manuale di Diritto Penale. Parte Generale., yay. haz. Luigi Conti, 16. Bası. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2003.
- Banasik, Katarzyna. "The Notion of 'a Considerable Quantity' of Narcotics in the Case Law of Polish Courts" Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology Cilt 9, Sayı 1 (2021): 65-84.
- Canestrari, Stefano; Cornacchia, Luigi ve de Simone, Giulio. Manuale di diritto penale. Parte Generale. Bologna: Il Mulino, 2007.
- Carcano, Domenico. Manuale di Diritto Penale. Parte speciale. Milan: Percorsi Giuffrè, 2010.
- Delpino, Luigi. Diritto Penale. Parte speciale, 14. Bası. Milan: Edizioni Simone, 2014.
- Fiandaca, Giovanni ve Musco, Enzo. Diritto Penale. Parte Generale, 6. Bası, Bologna: Zanichelli, 2009.
- Fiandaca, Giovanni ve Musco, Enzo. Diritto Penale. Parte speciale. Vol. 2/2: I delitti contro il patrimonio, 7. Bası. Bologna: Zanichelli, 2015.
- Lattanzi, Giorgio. Codice Penale Annotato con la Giurisprudenza. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2005.
- Mantovani, Ferrando. Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti Contro il Patrimonio, 8. Bası. Milan: CEDAM, 2021.
- Mantovani, Ferrando. Diritto Penale., 7. Bası. Milan: CEDAM, 2011.
- Manzini, Vincenzo, Trattato di Diritto Penale Italiano, Volume IX (Delitti contro il patrimonio), yay. haz. Pietro Nuvolone ve Gian Domenico Pisapia, 5. Bası. Torino: UTET, 1986.
- Marinucci, Giorgio ve Dolcini, Emilio. Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, yay. haz. Emilio Dolcini ve Gian Luigi Gatta, 5. Bası. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2015.
- Muñoz Conde, Francisco ve García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General, 9 Bası. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2015.

Padovani, Tullio. Diritto Penale, 7. Bası. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2004.

Pisa, Paolo. “Reato Circostanziato” in Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, ed. Carlo Federico Grosso; Marco Pelissero; Davide Petrini ve Pisa Paolo, 443-475. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2013.

Pulitanò, Domenico. Diritto Penale, 6. Bası. Torino: Giappichelli, 2015.

Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, R. Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Bası. Ankara: Seçkin, 2022.

İnternet Kaynakları

Aimi, Alberto; “La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite”, s. 1, dn. 1 (www.sistemepenale.it).

www.altalex.com

Gatta, Gian Luigi; “L’estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022”,

<https://www.sistemepenale.it/it/scheda/riforma-cartabia-lestensione-del-regime-di-procedibilita-a-querela-e-la-disciplina-transitoria-dopo-la-l-n-199-2022>

<https://www.ilfattoquotidiano.it/2023/01/13/ultimo-effetto-paradossale-della-riforma-cartabia-senza-denuncia-saltano-22-500-procedimenti-per-furto-di-elettricita/6935496/>

SERMAYE PİYASASI VEYA SERMAYE PİYASASI ARAÇLARI SUÇUN MADDİ KONUSU OLABİLİR Mİ?

*Could the Capital Market or Capital Market Instruments be the
Material Object of Crime?*

Uğur ORHAN*

ÖZ

Sermaye piyasası suçlarına ilişkin olarak hem öğreti hem de hukuk uygulaması, “sermaye piyasası” veya “sermaye piyasası araçları”nın suçun maddi konusu olabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, bu tespitleri yapmadan önce suçun maddi konusundan ne anlaşıldığının ve sermaye piyasası ile sermaye piyasası araçlarının özelliklerinin belirtilmesi gerekir. Nitekim, suçun maddi konusuyla ilgili kabul edilecek olan anlayışa göre varılacak sonuç değişmektedir. Suçun maddi konusu kavramı doğacı (tabii) bakış açısıyla ele alındığında, davranışın üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan insan veya şeyin maddi bir varlığının bulunması gerekir. Bu anlayış kabul edildiğinde, “sermaye piyasası” veya “piyasa” gibi maddi bir varlığı bulunmadığı açık olan soyut bir şeyin, herhangi bir suçun maddi konusu olamayacağını belirtmek gerekir. Sermaye piyasası araçları bakımından da benzer bir değerlendirme yapmak mümkündür. Bugün için sermaye piyasası veya sermaye piyasası araçları dijital varlıklar hâline gelmiştir. Bu nedenle, sermaye piyasası aracının dijital ortamda bulunan gayrimaddi bir varlık olması hâlinde, bunun herhangi bir suçun maddi konusu olabileceğini söylemek güçtür.

Anahtar Kelimeler: Suçun maddi konusu, maddi konu, suçun konusu, sermaye piyasası, sermaye piyasası araçları.

Makalenin Geliş Tarihi: 18.04.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 11.08.2023.

Bu çalışma, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimsel Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında yazılan “*Suçun Maddi Konusu*” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

* Arş. Gör. İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: eugurorhan@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2589-1383.

ABSTRACT

Regarding the capital market crimes, both the doctrine and practice of law accept that “capital market” or “capital market instruments” could be material object of crime. However, before making these determinations, it is necessary to understand the material object of crime, as well as the characteristics of the capital market and capital market instruments. The determination of whether the capital market or capital market instruments can be the material object of crime varies based on the accepted understanding of the material object of crime. When considering the concept of material object of crime from the naturalistic point of view, the person or thing on which criminal action should be performed must have a material existence. Following this interpretation, the “capital market” or a “market”, which clearly lacks a material existence, cannot be material object of any crime. Similar comparison can be drawn for capital market instruments. Currently, the capital market or capital market instruments have become digitalized entities. Therefore, if the capital market instrument exists in the digital environment without a material existence, it is difficult to argue that it could be the material object of a crime.

Keywords: Material object of crime, material object, object of crime, capital market, capital market instruments.

GİRİŞ

Gelişmiş ve tabana yayılmış bir sermaye piyasası, güçlü ekonomilerin olmazsa olmazlarından. Dünyanın en güçlü ekonomilerine sahip ülkelerin¹ neredeyse tamamında gelişmiş ve tabana yayılmış bir sermaye piyasası görmek mümkündür². Gerçekten de bir ülkenin sermaye piyasası incelenerek, o ülke ekonomisinin gücü hakkında bilgi edinilebilir.

Türkiye uzun bir süredir ekonomisini büyütmeyi ve sermaye piyasalarını geliştirmeyi amaçlamaktadır. Türkiye’de sermaye piyasalarının gelişebilmesi

¹ Dünya Bankası’nın ülke ekonomilerine ilişkin verilerine bakıldığında bu yargıya varmak zor değildir. “GDP (Current US\$),” The World Bank, erişim Mart 14, 2023, https://data.worldbank.org/indicator/Ny.Gdp.Mktp.Cd?most_recent_value_desc=true; Ayrıca bkz. “Top 15 Countries by GDP in 2022,” Global Peo Services, erişim Mart 13, 2023, <https://globalpeoservices.com/top-15-countries-by-gdp-in-2022/>.

² Ryan Yap, “The 10 Largest Stock Exchanges in the World,” Yahoo Finance, erişim Ocak 25, 2023, <https://sg.finance.yahoo.com/news/10-largest-stock-exchanges-world-233000404.html>.

için sadece ekonomik ortamın yeterli olmadığı; hukuki altyapının da sermaye piyasalarını desteklemesi gerektiği kabul edilmektedir. Sermaye piyasaları bakımından temel düzenleme olan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun³ genel gerekçesinde de bu kabule yer verilmiş, vurgu yapılmıştır⁴. Buna paralel olarak, Sermaye Piyasası Kanunu'nun amacı "*sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi*" (md. 1) olarak ortaya konulmuştur.

Kanun'un ikinci bölümünde ise "*Sermaye Piyasası Suçları*" düzenlenmiştir (md. 106 vd.). Bu kapsamda bazı davranışların suç olarak düzenlenmesinin Kanun'un amacına hizmet ettiği ortadadır. Bir diğer anlatımla, bazı davranışların suç olarak düzenlenmesiyle birlikte sermaye

³ RG, 30.12.2012, S. 28513.

⁴ "*Ülkemizin özellikle son on yıl içinde göstermiş olduğu ekonomik istikrar ve buna paralel olarak mali piyasaların sağlıklı bir yapıya kavuşmaya başladığı söylenebilirse de söz konusu gelişmelerin kalıcı etkiler sağlaması için dünya ile rekabet edebilir, yüksek standartlarda ve özellikle yeni şartlara uygun bir mevzuat altyapısının da kurulması gereklidir.*

Bilindiği gibi, menkul kıymet piyasalarında hem ihraççılar hem de yatırımcılar için en önemli konulardan biri, ekonomide güven ve istikrar ortamının olmasıdır. Enflasyon oranlarında kaydedilen düşüşler, faiz oranlarının iniş göstermesi, ayrıca makroekonomik göstergelerdeki olumlu değişimler ve güncel büyüme trendinin devam etmesi gerek yerli gerekse yabancı mali piyasa katılımcıları için olumlu bir ortam sunmaktadır. Bu olumlu gelişmelerin yansımaları da vade tercihlerinin uzamaya başlaması gibi sonuçlarla kendini göstermektedir.

Türk sermaye piyasaları, mevzuat altyapısı bakımından ciddi bir eksikliğe sahip olmamakla birlikte, faaliyet hacmi açısından yukarıda da özetlendiği gibi, dünya sermaye piyasaları ile karşılaştırıldığında henüz çok gerilerde yer almaktadır. Bu durumun kaynağı da çok büyük ölçüde ülkemizin içinde bulunduğu genel ekonomik şartlarla bağlantılıdır.

Sermaye piyasalarımızın gelişebilmesi için ekonomik ortamla birlikte hem genel hukuki altyapı hem de sermaye piyasası ile ilgili mevzuat altyapısının sermaye piyasalarını destekleyici bir ortam oluşturmaları da çok büyük öneme sahip bulunmaktadır. Bu noktadan hareketle Sermaye Piyasası Kanununda yapılan değişikliklerle hem ülkemizde tasarrufların artırılması hem de bu kaynakların ülke ekonomisi için en etkin şekilde kullanılmasında sermaye piyasalarımızın daha aktif bir rol üstlenebilmesi amaçlanmaktadır..." Bkz. "Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/638)," TBMM, erişim Mart 13, 2023, 8, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>.

piyasasının gelişmesi ve tabana yayılması için sağlıklı, güvenilir, şeffaf, manipüle edilmemiş bir piyasa ortamının oluşturulması hedeflenmektedir.

Bu bağlamda “*Bilgi suistimali*” (md. 106), “*Piyasa dolandırıcılığı*” (md. 107), “*Usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti*” (md. 109), “*Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik*” (md. 110), “*Bilgi ve belge vermeme, denetimin engellenmesi*” (md. 111), “*Yasal defterlerde, muhasebe kayıtlarında ve finansal tablo ve raporlarda usulsüzlük*” (md. 112), “*Sır saklama yükümlülüğü*” (md. 113) fiilleri suç olarak düzenlenmiştir.

2023 yılı Nisan ayı itibariyle İstanbul Borsası’nda (BİST⁵) yabancı yatırımcı sayısı tarihin en düşük seviyelerine inmiş, buna karşılık yerli yatırımcı sayısında büyük bir patlama yaşanmıştır. Öyle ki, İstanbul Borsası’nda toplam yatırımcı sayısı 4 buçuk milyonu geçmiştir⁶. Bu artış sermaye piyasasını tabana yayma hedefi bakımından önemli bir gelişme gibi gözükse de bazı tehlikelere vücut vermektedir. Hızla artan yatırımcı sayısı ve özellikle yeni yatırımcıların sermaye piyasaları hakkında yeterli bilgiye sahip olmaması; spekülasyonlar ve tüyolar üzerinden hareket ederek kısa sürede kâr elde etmek için yatırım hesabı açması, sermaye piyasası suçlarının işlenmesini kolaylaştırmıştır.

Ceza hukukunda sermaye piyasası suçlarının incelenmesi açısından öğretide ve uygulamada büyük farklılıklar olduğu söylenemez. Buna karşılık öğretide ve uygulamada, bazı sermaye piyasası suçlarının maddi konusunun “sermaye piyasası araçları” veya bizzat “sermaye piyasası” olduğu kabul edilmektedir. Bu çalışmanın konusu, sermaye piyasası veya sermaye piyasası araçlarının hem kendi özellikleri hem de ceza hukukuna ait teknik bir kavram olan suçun maddi konusu bakımından değerlendirildiğinde, suçun maddi konusu olup olmayacaklarıdır.

⁵ “Borsa İstanbul A.Ş.” bir şirket ismi ve özel isim olsa bile “Borsa İstanbul” ifadesi kötü ve hatalı bir ifadedir. Bu nedenle, dilbilgisi kurallarına uygun olan “İstanbul Borsası” ifadesi bilinçli olarak tercih edilmektedir.

⁶ Bu artışın sağlıklı olmadığını belirtmek gerekir. 2023 senesinin Nisan ayının ikinci haftasında, üç günde 580 bin yeni hesap açılmıştır. Bunun sebebi büyük ölçüde, son zamanlarda yapılan halka arzlarıdır. Bu halka arzlardan kısa sürede getiri elde etmek isteyen kişiler, tanıdıkları kişiler adına da hesaplar açmaktadırlar. Bu nedenle yatırımcı sayısında patlama yaşanmaktadır. Bkz. “Borsada Yatırımcı Sayısı Yeni Halka Arzlarla 4,5 Milyonu Geçti,” Bloomberght, erişim Nisan 17, 2023, <https://www.bloomberght.com/borsada-yatirimci-sayisi-4-5-milyonu-gecti-2329823>.

I. SUÇUN MADDİ KONUSU

A. Genel Olarak

Suçun maddi konusu⁷ üzerinde suç teşkil eden davranışın gerçekleştirildiği insan veya şeydir⁸. Her şeyden önce, verilen tanımdaki “insan” ve “şey” kavramlarının bilinçli bir tercihten ileri geldiğini vurgulamak gerekir.

Tüzel kişi ve gerçek kişileri kapsayan “kişi” (*persona*) yerine “insan” kavramının tercih edilmesiyle birlikte tüzel kişiler dışlanmaktadır. İnsan fiziksel olarak maddi konu olabildiği gibi manevi yönüyle de maddi konuyu oluşturabilir. Buna karşılık, maddi varlığı olmayan tüzel kişiler, aile veya toplum gibi tüzel kişiliği bulunmayan sosyal topluluklar, dini varlıklar suçun maddi konusu olamazlar⁹.

Eşya, mal gibi kavramların yerine daha kapsayıcı olan “şey” kavramı tercih edilmekte ve bu “şey” de doğacı (tabii) anlamda ele alınmaktadır. Suçun maddi konusu bakımından önemli olan husus, üzerinde suç işlenen şeyin maddi bir varlığı haiz olmasıdır. Bu nedenle, üzerinde suç işlenen şeyin dar ve teknik anlamda “eşya” veya ekonomik değeri haiz bir “mal” olması gerekmez. Bu bakımdan üzerinde suç işlenen şeyin somut, maddi bir varlığa sahip olması gerekli ve yeterlidir.

B. Maddi Konunun Mağdur ve Hukuki Konu Kavramlarıyla İlişkisi

Suçun maddi konusu kavramı, davranış, fail, suçun işlendiği yer (*locus commissi delicti*), suç işlenmesinde kullanılan araç (*vasita*), suçun mağduru (pasif süjesi) ve suçun hukuki konusu (hukuksal değer) gibi birçok temel kavramla yakın ilişkilidir. Bu yakın ilişki nedeniyle kavramların birbiriyle karıştırılması muhtemeldir.

Maddi konu kavramının genel özelliklerinin daha iyi anlaşılabilmesi için, bu kavramın özellikle hukuki konu ve mağdur kavramlarıyla olan temel farklarına ve benzerliklerine kısaca değinmekte yarar vardır.

⁷ “Suçun konusu”, “hareketin konusu” gibi farklı adlandırmalar da yapılmaktadır.

⁸ Francesco Gianniti, *L'oggetto Materiale Del Reato* (Milano: Giuffrè, 1966), 23; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş, 2019), 110.

⁹ Toroslu ve Toroslu, *Genel*, 111.

1. Maddi Konu ve Hukuki Konu

Maddi konu ve hukuki konu arasında terminoloji olarak bir benzerlik bulunsa da bu iki kavram birbirinden farklıdır. Suçun hukuki konusu, norm tarafından korunan ve suçla ihlal edilen hukuki varlık ya da menfaattir¹⁰.

Maddi konu ve hukuki konu arasındaki temel fark bu kavramların her suçta bulunup bulunmaması yönünden ortaya çıkar. Herhangi bir varlık ya da menfaati ihlal etmeyen bir suç düşünülemezden, her suçun bir hukuki konusu vardır. Buna karşılık, çalışmanın sonraki başlıklarında değinileceğini üzere, her suç maddi bir şey veya insan üzerinde işlenmediğinden, her suçun maddi konusu yoktur.

İkinci fark, kavramların doğasından ileri gelmektedir. Hukuki konuyu oluşturan varlık ya da menfaatler gayrimaddi şeyler olabilirken; suçun maddi konusunu ancak insan veya maddi şeyler oluşturabilir. Örneğin, soyut bir şey olan “şeref varlığı” bir suçun hukuki konusu olabilirse de maddi konusu olamaz.

Hukuki konu ve maddi konu kavramları arasındaki en önemli benzerlik ise iki kavramın da normatif olmasıdır. Gerçekten de bazı suçların birden fazla hukuki konusu olmasına rağmen kanun koyucunun bunlar arasında bir tercihte bulunarak, korunan hukuki varlık ya da menfaatlardan birine öncelik verdiği ve söz konusu suç bu tercihe göre sınıflandırdığı (tasnif ettiği) görülmektedir.

Örneğin, Türk Ceza Kanunu’nda “*Adliye Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenen “*İftira*” suçunda (md. 267) iftira edilenin itibarına ilişkin kişisel bir varlığın da korunduğunu söylemek mümkündür. Ancak iftira suçunun hukuki konusunu adaletin doğru ve düzgün işlemesine ilişkin devlete ait olan menfaat olarak belirlemek gerekir. Gerçekten de kanun koyucu adli menfaati ön planda tutarak iftira suçunu Kanun’un adliye karşı suçlar bölümünde düzenlemeyi tercih etmiştir.

Suçun maddi konusu da davranışın üzerinde gerçekleştirildiği her insan veya şey olmayıp, normda öngörülen insan ve şeydir. Bu yönüyle maddi konu kavramı da normatif bir değerlendirmeye belirlenmektedir.

¹⁰ Bu konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu* (Ankara: Savaş 2019), 87 vd.

2. Maddi Konu ve Mağdur

Suçun maddi konusu ve suçun mağdurunun¹¹ geçmişte birbiriyle karıştırıldığını, bu kavramların birbirleri yerine kullanıldığını görmek mümkündür¹². Buna karşılık suçun maddi konusu ile suçun mağduru bazı durumlarda örtüşmeler de birbirinden farklı kavramlardır¹³.

Her şeyden önce mağdur kavramının suçun hukuki konusu üzerinden tespit edilmesi gerekir. Gerçekten de her suç bir hukuki varlık ya da menfaati ihlal ettiğinden, her suçta bu varlık ya da menfaatin bir hamili veya sahibinin bulunması gerekir. Bir diğer anlatımla, her suçun bir hukuki konusu olduğu gibi bir de mağduru vardır.

Şu hâlde suçun mağdurunu “*ceza normu tarafından korunan ve suçla ihlal edilen hukuki varlık ya da menfaatin sahibi veya hamili (taşıyanı)*” olarak tanımlamak mümkündür¹⁴. Böylece mağdur kavramının, maddi konu veya suçtan zarar gören gibi benzer kavramlardan ayırt edilmesi kolaylaşmaktadır.

Maddi konu ve mağdur arasındaki ilk fark, bunların her suçta bulunup bulunmaması yönünden ortaya çıkar. Bu bağlamda, mağdurun aksine, her suçun bir maddi konusunun olmaması kavramlar arasındaki temel farkı oluşturur.

İkinci fark, mağdur veya maddi konu olabilecek şeylerin özellikleri bakımından ortaya çıkar. Aksini kabul edenlerin varlığına rağmen maddi varlığı olmayan tüzel kişi, aile veya toplum gibi tüzel kişiliği bulunmayan sosyal topluluklar suçun mağduru olabilirlerse de¹⁵ suçun maddi konusunu oluşturamazlar.

¹¹ Bu çalışmada tercih edilen “mağdur” kavramı dar ve teknik anlamda, suçun pasif süjesine karşılık gelen mağdurdur. Mağdur kavramının ceza siyaseti, viktimoloji, kriminoloji gibi diğer disiplin veya bilim dallarında da kullanıldığı ve farklı anlamlar taşıyabildiği hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, S. 2 (2012): 658 vd.

¹² Francesco Carrara, *Programma Del Corso Di Diritto Criminale Parte Generale V. 1* (Lucca: 1877), §40; Joannis Carmignani, *Juris Criminalis Elementa V.1* (Pisa: 1833), §228.

¹³ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale* (Padova: Cedam, 2001), 239; Giovanni Fiandaca ve Enzo Musco, *Diritto Penale Parte Generale* (Bologna: Zanichelli, 2007), 216.

¹⁴ Toroslu ve Toroslu, *Genel*, 114.

¹⁵ Katoğlu, “Mağdur,” 672 vd.

Buna karşılık, maddi konu ve mağdur kavramlarının bazı durumlarda örtüşmesi mümkündür. Bu hâlin tipik örneği insan öldürme suçudur. Öldürülen insan, hem davranışın üzerinde gerçekleştirildiği insan olarak suçun maddi konusunu hem de normla korunan yaşam varlığının sahibi olarak suçun mağdurunu oluşturur. Başka bir deyişle öldürülen insan, öldürme suçunun hem maddi konusu hem de mağdurudur.

C. Kavramın Normatif ve Tabiatçı Özelliği

Maddi konu kavramının normatif özelliği, onun tipiklikten¹⁶ hareketle belirlenmesini zorunlu kılar. Suçun maddi konusu, failin davranışının somut olarak üzerinde gerçekleştirildiği her insan veya şey olmayıp; kanuni tipte davranışın üzerinde gerçekleştirilmesi öngörülen insan veya şeydir¹⁷. Bu yönüyle bir suçun maddi konusu belirlenirken öncelikle ve dikkatle kanuni tipin incelenmesi gerekir.

Kanuni tipte maddi konu olarak öngörülen insan veya şey tespit edildikten sonra özellikle maddi konusu şey olan suçlarda bu şeyin maddi bir varlığı olup olmadığı belirlenmelidir. Dış dünyaya ait bir gerçeklik olan maddi konu kavramı, doğacı (tabii) bakış açısıyla ele alınmalıdır¹⁸. Bir diğer anlatımla, maddi konu olabilen şeyin, dış dünyada varlığı bulunan, cismani bir bünyeye sahip bir şey olması gerekir. Gayrimaddi varlıklar suçun hukuki konusunu oluşturabilirlerse de suçun maddi konusu olamazlar.

D. Her Suçun Bir Maddi Konusu Olup Olmadığı Sorunu

Aksini kabul edenler olsa da¹⁹ her suçun bir maddi konusu yoktur²⁰. Gerçekten de bazı suçlarda failin suç teşkil eden davranışı herhangi bir insan veya maddi bir şey üzerinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, kural olarak, sonucu olmayan suçların maddi konusu yoktur. Nitekim bu suçların objektif olarak tamamlanmaları için kanunda

¹⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Selâhattin Keyman, “Tipiklik ve Ceza Hukuku,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37, S. 1 (1980): 59 vd.

¹⁷ Toroslu, *Cürümlerin*, 185; Ayrıca bkz. YCGK, E. 2010/225, K. 2010/268, 21.12.2010, (Lexpera).

¹⁸ Gianniti, *L'oggetto*, 23.

¹⁹ Maddi konusuz suç olmayacağı görüşü için bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2022), 118; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2022), 219.

²⁰ Gianniti, *L'oggetto*, 139 vd.

öngörülen davranışın gerçekleştirilmiş olması yeterlidir²¹. Örneğin “*Suçtu bildirmeme*” (TCK md. 278), “*Hükümlü veya tutuklunun kaçması*” (TCK md. 292) gibi sırf ihmal ya da sırf hareket suçlarının maddi konusu yoktur. Bir diğer anlatımla bu suçları oluşturan davranışın üzerinde gerçekleştirildiği bir insan veya maddi bir şey yoktur.

Sonuçlu suçların bazılarında da maddi konu yoktur. Örneğin “*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama*” (TCK md. 301) suçunda aşağılamanın başkalarınca algılanması gibi bir sonuç gerekliyse de davranışın üzerinde gerçekleştirildiği insan veya maddi bir şey yoktur²².

II. SERMAYE PİYASASI KAVRAMI

A. Genel Olarak

Bir ekonomide, arz ve talebin karşılaştığı ya da karşılaştırıldığı her yerde piyasanın varlığından söz edilir. Bu bağlamda, orta ve uzun dönemli kredi veya fon arz ve talebinin yer aldığı piyasa, “sermaye piyasası”nı oluşturur²³. Sermaye piyasası en yalın anlatımla “*hisse ve tahvil alım satımının yapıldığı, kanunla düzenlenmiş ticaret merkezi*” olarak tanımlanmaktadır²⁴.

Sermaye piyasaları da kendi içinde “birinci el (birincil) piyasa” ve “ikinci el (ikincil) piyasa” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Birinci el piyasalar, yeni ihraç olunmuş sermaye piyasası araçlarının, bunları satın alanlara bedeli karşılığında teslim edildiği piyasaları; ikinci el piyasalar ise önceden çıkarılmış sermaye piyasası araçlarının satıldığı piyasaları ifade eder²⁵.

B. Sermaye Piyasasının Maddi Konu Olup Olmayacağı Sorunu

Piyasa dolandırıcılığı (*manipülasyon*) suçu (SerPK md. 107) bakımından suçun maddi konusunun piyasa olduğunu ileri süren görüşler vardır²⁶. Bu

²¹ Toroslu ve Toroslu, *Genel*, 111.

²² Sonucu olmasına rağmen maddi konusu olmayan suçlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Gianniti, *L'oggetto*, 158 vd.

²³ Zühtü Aytac, *Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri* (Ankara: BTHAE, 1988), 1; Benzer şekilde Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (USA: West, 2004), 989.

²⁴ Şükrü Halûk Akalın, *Türkçe Sözlük* (Ankara: TDK, 2011), 2073.

²⁵ Tekin Memiş ve Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), 27-28.

²⁶ İbrahim Onur Baysal, “Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu,” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011), 44.

görüşe göre maddi konunun kapsamı sermaye piyasası araçlarından daha geniş olup, aktif piyasa izlenimi verilmesi gibi durumlarda suçun etkisi doğrudan piyasa üzerinde ortaya çıkmakta ve piyasa suçun maddi konusu olmaktadır²⁷.

Her şeyden önce işlenen suçun sonucunda piyasanın etkilendiği gerekçesiyle suçun maddi konusunun piyasa olduğunu ileri sürmek isabetli olmayacaktır. Nitekim, davranışın her zaman suçun maddi konusunu etkilemesi, onu zarara uğratması veya yok etmesi gerekmemektedir²⁸. Örneğin, hırsızlık suçunun (TCK md. 141) maddi konusunu oluşturan taşınır malın herhangi bir zarara uğratılması veya yok edilmesi gerekmemektedir. Hatta bir kasanın kırılarak içindeki taşınır malın çalınması durumunda, davranışın etkisi maddi konu olan taşınır mal üzerinde değil, kasa üzerinde gerçekleştirilmekte, kasaya zarar verilmektedir. Sonuç olarak, sermaye piyasası suçlarının genel olarak piyasa üzerinde bir etkisi olduğu kabul edilebilirse de sırf bu gerekçeyle piyasanın maddi konu olduğu ileri sürülemez.

İkinci olarak belirtmek gerekir ki piyasanın maddi konu olup olmayacağı, maddi konunun özellikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Piyasa kavramına ilişkin yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere “piyasa” gayrimaddi, soyut bir varlıktır. Bir diğer anlatımla, piyasanın doğada gözlemlenebilir maddi, cismani bir varlığı yoktur. Bu nedenle sermaye piyasası veya genel olarak piyasa gibi bir kavramın, her şeyden önce “soyut” olduğu gerekçesiyle maddi konu olamayacağının kabul edilmesi gerekir.

Piyasa, herhangi bir suçun maddi konusunu oluşturamasa da sermaye piyasası suçlarına tamamen uzak bir kavram değildir. Özellikle suçun hukuki konusu bakımından piyasa kavramının değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, piyasa dolandırıcılığı suçunun hukuki konusunun ne olduğuna ilişkin öğretilerde farklı görüşler mevcuttur²⁹. Buna karşılık, suçun hukuki konusu normatif bir kavram olduğundan sermaye piyasası suçlarının düzenlendiği yerin ve düzenleme gerekçesinin dikkate alınması zorunludur. Sermaye Piyasası Kanunu'nun amacı “*sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması*,”

²⁷ Baysal, “Manipülasyon,” s. 44.

²⁸ Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukuku ve Kültür Varlıkları* (Ankara: Seçkin, 2022), 245.

²⁹ Bu görüşler için bkz. Uğur Orhan, “Manipülasyon (Piyasa Dolandırıcılığı) Suçu,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, S. 2 (2021): 1643 vd.

yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi”dir (SerPK md. 1). Kanun’un gerekçesinde de Türk sermaye piyasasının evrensel rekabet gücünün artırılmasının hedeflendiği, yatırımcıların hak ve menfaatlerini koruyabilmek için piyasanın düzenlendiği ve denetlendiği belirtilmektedir³⁰. Buradan hareketle, “*piyasanın etkin bir şekilde çalışmasına ait menfaatin*” korunduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de piyasa dolandırıcılığı gibi sermaye piyasası suçlarının çoğunda davranışların yasaklanmasının sebebi finansal piyasaların doğru ve dürüst bir şekilde işlemesini sağlamaktır³¹. Bu açıdan bakıldığında niteliği itibariyle suçun maddi konusu olamayan “sermaye piyasası” kavramının, suçun hukuki konusu ile doğrudan ilgili olduğunu söylemek mümkündür.

III. SERMAYE PİYASASI ARAÇLARI

A. Genel Olarak

Menkul kıymetler, türev araçlar ve Sermaye Piyasası Kurulu’nun bu kapsamda olduğunu belirlediği diğer araçlar, sermaye piyasası araçlarıdır (SerPK md. 3/I-ş).

Menkul kıymetler, “*paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları ile borçlanma araçları veya menkul kıymetlendirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçlarıyla söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikaları*”dır³². Para, çek, poliçe ve bono ise sermaye piyasası aracı değildir (SerPK md. 3/I-o).

Türev araçlar ise “*menkul kıymetleri satın alma veya satma veya birbirleri ile değiştirme hakkı veren türev araçlar; değeri, bir menkul kıymet fiyatına veya getirisine; bir döviz fiyatına veya fiyat değişikliğine; faiz oranına veya orandaki değişikliğe; bir kıymetli maden veya kıymetli taş fiyatına veya fiyat değişikliğine; bir mal fiyatına veya fiyat değişikliğine; Kurulca uygun*

³⁰ Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu* (İstanbul: Vedat, 2018), 90.

³¹ Aynı doğrultuda bkz. “Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on Insider Dealing and Market Manipulation (Market Abuse),” § 12, EUR-Lex, erişim Mart 27, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:096:0016:0025:en:PDF>.

³² “Sermaye Piyasası Araçları,” Sermaye Piyasası Kurulu, erişim Mart 27, 2023, <https://spk.gov.tr/data/61e34f9a1b41c61270320792/2-Sermaye%20Piyasası%20Araçları.pdf>.

görülen kurumlarca yayınlanan istatistiklere veya bunlardaki değişikliğe; kredi riski transferi sağlayan, enerji fiyatları ve iklim değişkenleri gibi ölçüm değerleri olan ve bu sayılanlardan oluşturulan bir endeks seviyesine veya seviyedeki değişikliğe bağlı olan türev araçlar, bu araçların türevlerini ve sayılan dayanak varlıkları birbirleri ile değiştirme hakkı veren türevler; döviz ve kıymetli madenler ile Kurulca belirlenecek diğer varlıklar üzerine yapılacak kaldıraçlı işlemler” (SerPK md. 3/I-u) ve Kurul’un bu kapsam olduğunu belirlediği diğer türev araçlardır.

Sermaye Piyasası Kanunu’na paralel olarak öğreti³³ de yasal düzenlemelerde belirlenen ve piyasaya arz edilen fona karşılık el değiştiren araçlar olarak nitelendirilen sermaye piyasası araçlarını, *ihraca, halka arza, ikincil piyasalarda işleme konu olan, şartları bu piyasalara göre belirlenen araçlar* olarak tanımlamaktadır.

B. Sermaye Piyasası Araçlarının Maddi Konu Olup Olmayacağı Sorunu

Öğretide baskın görüş piyasa dolandırıcılığı gibi bazı suçlar bakımından sermaye piyasası araçlarının suçun maddi konusu olduğu yönündedir³⁴.

³³ Mehmet Bahtiyar, *Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta, 2019), 8; Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku* (Ankara: Adalet, 2019), 143.

³⁴ Piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon) suçunun (SerPK md. 107) maddi konusunun “sermaye piyasası araçları” olduğu görüşleri hakkında bkz. Selman Dursun, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar* (İstanbul: On İki Levha, 2010), 275; Buminhan Duman, *Sermaye Piyasası Kanunu’nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu* (Ankara: Adalet, 2020), 133; Gizem Dursun Özdemir, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları* (Ankara: Seçkin, 2022), 229; Can Canpolat, “Uygulamaya Bakan Yönleriyle İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu,” *5. Türk – Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu C. I*, (Ankara: Seçkin, 2020), 993; İzzet Özgenç ve Gökhan Ölmez, “Sermaye Piyasasında Güveni Korumaya Yönelik Yükümlülükler ve Ceza Hukuku Sorumluluğu,” *5. Türk – Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu C. I*, (Ankara: Seçkin, 2020), 866; Ali Hakan Evik, *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları* (Ankara: Seçkin, 2004) 142; Sinan Bayındır, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu*, (İstanbul: Beta, 2011) 107; Serkan Sağlam, “Sermaye Piyasası Hukuku ve Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu,” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018), 64; Arzu Balan, *Ekonomik Bir Suç Olarak Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen İşleme*

Uygulamanın da bu görüşü benimsediğini söylemek mümkündür. Nitekim Yargıtay, piyasa dolandırıcılığı suçu ile ilgili verdiği bir kararda hisse senedini “suç konusu” olarak nitelendirmiştir³⁵. Buna karşılık ne anılan kararda ne de öğretilerde sermaye piyasası araçlarının maddi konu olup olmayacağına ilişkin detaylı bir değerlendirme yapılmamıştır. Çalışmalarda ve yargı kararlarında failin davranışını sermaye piyasası araçları üzerinde gerçekleştirdiğinden bahisle sermaye piyasası araçlarının maddi konu olduğu kabul edilmektedir.

Bilindiği üzere suçun maddi konusu, failin davranışının somut olayda üzerinde gerçekleştirildiği her şey olmayıp kanuni tipte davranışın üzerinde gerçekleştirilmesi öngörülen şeydir. Bu nedenle ilkin suçu öngören normun incelenmesi gerekir.

Örneğin, Sermaye Piyasası Kanunu “Piyasa dolandırıcılığı” kenar başlıklı 107. maddesinin ilk fıkrasında işleme dayalı manipülasyonu, ikinci fıkrasında ise bilgiye dayalı manipülasyonu suç olarak düzenlemiştir. Buna göre sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapılması, emir verilmesi, emir iptal edilmesi, emir değiştirilmesi veya hesap hareketleri gerçekleştirilmesi (f. I) ile sermaye

Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, (İstanbul: On İki Levha, 2019), 200-01; Esin Şuekin, “Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçu,” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019), 61; Yeliz Neslihan Akın, “Ekonomik Bir Suç Olarak Piyasa Dolandırıcılığı Suçunun Değerlendirilmesi,” *Maliye Çalışmaları Dergisi* 63, (2020): 26; Mahmut Kaplan ve Cem Ümit Beyoğlu, “Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu,” *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan*, (Ankara: Seçkin, 2018), 261-62; Ahmet Emrah Geçer, “Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XXI, S. 2 (2017): 248-49; Can Yalçın, “Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu,” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 5 (2020): 3496; Seçil Coşkun, *Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKn Md. 107)*, (İstanbul: On İki Levha, 2021), 63; Emine Barut Özger, *Sermaye Piyasası Kanununda Manipülasyon Suçu* (Ankara: Adalet, 2017), 43.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun (SerPK 107/II) maddi konusunun sadece sermaye piyasası araçlarıyla sınırlandırılmaması gerektiği de ileri sürülmüştür Uğur Aşkın, “Sermaye Piyasası Hukukunda Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, S. 2 (2018): 698; Bilgi suistimali suçunun da maddi konusunun “sermaye piyasası araçları” olduğu görüşleri hakkında: Dursun Özdemir, *Bilgi Suistimali*, 140; Özgenç ve Ölmez, “Sermaye Piyasasında,” 864.

³⁵ Y. 7. CD., E. 2014/3792, K. 2014/14129, 03.07.2014, (Lexpera).

piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek için yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, söylenti çıkarılması, haber verilmesi, yorum yapılması veya rapor hazırlanması ya da bunların yayılması ve bu suretle menfaat sağlanması (f. 2) yasaklanmıştır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını ve bu bağlamda arz ve talebi gerçeğe aykırı olarak etkilemeye yönelik sayılan davranışları cezalandırdığı görülmektedir. İşleme dayalı manipülasyon bakımından kanunda öngörülen seçenekli hareketlerin sonucunda sermaye piyasası aracının fiyatının veya arz ve talebin manipüle edildiğinde kuşku yoktur. Ancak, *alım veya satım yapılması, emir verilmesi, emir iptal edilmesi, emir değiştirilmesi veya hesap hareketleri gerçekleştirilmesi* davranışları doğrudan maddi bir şey üzerinde gerçekleştirilmemektedir.

Günümüzde bu davranışların cep telefonu, bilgisayar gibi elektronik cihazlar aracılığıyla dijital ortamda gerçekleştirildiğini hatırlamakta yarar vardır. Finansal teknolojinin hızla gelişmesi ve bu bağlamda sermaye piyasası araçlarının dijitalleşmesiyle birlikte bunların maddi bir varlığı kalmamıştır. Nitekim, "*Sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihracı esastır*" (md. 13/I). Senetler kaydileştirildiği için sermaye piyasalarında fiziki olarak işlem görmemektedir.³⁶ Dolayısıyla bugün, örneğin fiziki olarak işlem yapılan veya el değiştiren, maddi varlığı haiz hisse senedi yoktur. Bu nedenle Yargıtay'ın hisse senedini maddi konu olarak nitelendirdiği karar, hisse senedinin maddi bir varlığının bulunmaması nedeniyle eleştiriye açıktır.

Bu çalışma kapsamında suçun maddi konusu kavramı tabii bakış açısıyla ele alınıp, suçun üzerinde işlendiği şeyin cismani, doğada gözlemlenebilen bir varlık olması gerektiği kabul edildiğinden, dijital ortamda bulunan gayrimaddi şeylerin maddi konu olamayacağı sonucuna varmak gerekmektedir.

Buna karşılık, örneğin, maddi varlığı olan senedin yağması (TCK md. 148/II) veya bunun üzerinde sahtecilik yapılması (TCK md. 204, 205) hipotezlerinde failin suç teşkil eden davranışını maddi varlığı olan bir şey üzerinde gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Bu nedenle de mevcut hipotezlerde davranışın üzerinde gerçekleştirildiği maddi şeyler (senet, belge)

³⁶ Memiş ve Turan, *Sermaye*, 61.

suçun maddi konusu olabilmektedir. Buna karşılık, dijital şeyler gibi gayrimaddi varlıklar için aynısını söylemek mümkün gözükmemektedir.

Sonuç olarak yasaklanan davranışların sermaye piyasası araçları üzerinde gerçekleştirildiği kabul edilse dahi günümüzde sermaye piyasası araçlarının maddi bir varlığı kalmadığı için bu gayrimaddi varlıkların suçun maddi konusu olamayacakları belirtilmelidir.

Bilgiye dayalı manipülasyon suçu bakımından da durum çok farklı değildir. Kanun, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini ya da yatırımcı kararlarını etkilemek için yalan veya yanıltıcı bilgi verme, söylenti çıkarma, haber verme, yorum yapma veya rapor hazırlama ya da bunları yayma davranışlarını cezalandırmaktadır. Öğretide benzer şekilde, bilgiye dayalı manipülasyon suçu bakımından da suçun maddi konusunun sermaye piyasası araçları olduğunu ileri süren görüşler vardır³⁷.

Bu hipotez bakımından da kanunun yasakladığı davranışlar sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını manipüle etmeyi amaçlamaktadır. Buna karşılık yasaklanan *bilgi veya haber verme, söylenti çıkarma, yorum yapma, rapor hazırlama veya bunları yayma* davranışlarının sermaye piyasası aracı üzerinde gerçekleştirildiğini söylemek mümkün değildir. Örneğin, bir şirketin hisse senedinin fiyatını manipüle etmek için, şirketin en büyük hissedarının yurt dışına kaçacağına veya şirketin çok büyük bir ihale alacağına dair bir bilgi veya haber verilmesi, söylentinin çıkartılması durumlarında “bilgi veya haber verme” veya “söylenti çıkarma” davranışlarının üzerinde gerçekleştirildiği maddi bir şey yoktur. Dolayısıyla, sermaye piyasası araçlarının maddi bir varlığı olmamasından öte bu hipotezlerde herhangi bir maddi konu olmadığının kabul edilmesi gerekir.

Yine örneğin, sermaye piyasası aracının fiyatının manipüle edilmesi amacıyla bir rapor hazırlanması veya bunların yayılması davranışları bakımından, bu davranışların üzerinde gerçekleştirildiği maddi bir sermaye piyasası aracı yoktur. Failin somut davranışı bir rapor yazmaktan veya raporu yaymaktan ibarettir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Sonuç olarak, sermaye piyasası suçlarının maddi konusu tespit edilirken, suçun maddi konusu kavramından ne anlaşıldığının ve bu kavrama nasıl

³⁷ Bkz. dn. 34; Buna ek olarak, soyut bir kavram olan “bilgi”nin, suçun maddi konusunu oluşturamayacağını kabul etmek gerekir. Güneş Okuyucu Ergün, “Bilgi Suistimali Yasağının Muhatabı,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 37, S. 1 (2021): 22, dn. 57.

yaklaşıldığının önemi ortaya çıkar. Maddi veya gayrimaddi olduğu fark etmeksizin her şeyin suçun maddi konusu olabileceğini kabul eden görüşler için sermaye piyasası veya sermaye piyasası araçlarını maddi konu olarak kabul etmek kendi içinde çelişkili görünmemekte; bu görüştekilere göre sermaye piyasası veya sermaye piyasası araçları gibi gayrimaddi varlıklar suçun maddi konusunu oluşturabilmektedir.

Buna karşılık, suçun maddi konusu kavramının doğasına daha uygun düşen ve gayrimaddi varlıkların suçun maddi konusunu oluşturamayacağını kabul eden görüşler bakımından durum farklıdır. Suçun maddi konusu tespit edilirken, suç öngören norm incelendikten sonra davranışın üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan şeyin maddi bir varlığı olup olmadığını ortaya koymak gerekir. Sermaye piyasasının maddi bir varlığı olmadığı ve bu nedenle suçun maddi konusu olamayacağı açıktır. Sermaye piyasası araçları ve bu bağlamda öğretide sıklıkla verilen örneklerden olan hisse senetleri ise günümüzde elektronik ortamlarda işleme tabi olan, gayrimaddi, dijital varlıklar hâline gelmiştir. Bu nedenle, sermaye piyasası araçlarının maddi bir varlığı olmadığı durumlarda sermaye piyasası araçlarının da suçun maddi konusu olamayacağını kabul etmek gerekir.

SONUÇ

Öğretide ve uygulamada sermaye piyasası veya sermaye piyasası araçlarının bazı suçların maddi konusu olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, çoğu çalışmada veya yargı kararında maddi konudan ne anlaşıldığı ve buna bağlı olarak sermaye piyasası veya sermaye piyasası aracının özellikleri detaylıca ele alınmamaktadır.

Suçun maddi konusu kavramı, tabii bakış açısıyla ele alınmalıdır. Bu doğrultuda, normda öngörülen ve davranışın üzerinde gerçekleştirildiği insan veya şeyin maddi bir varlığı bulunmalıdır. Bir diğer anlatımla, soyut, gayrimaddi varlıklar suçun maddi konusunu oluşturamazlar. Bu nedenle de her suçun bir maddi konusu yoktur.

“Sermaye piyasası” yahut genel olarak “piyasa” soyut varlıklardır. Bu nedenle sermaye piyasasının herhangi bir suçun maddi konusu olması düşünülemez. Buna karşılık, özellikle sermaye piyasası suçları bakımından “sermaye piyasası”, suçun hukuki konusu ile sıkı ilişkili bir kavramdır. Nitekim bu suçlarla, sermaye piyasasının etkin bir şekilde çalışmasına ilişkin hukuki menfaatin korunduğunu söylemek mümkündür.

Sermaye piyasası araçlarının da maddi varlığı olup olmamasına göre değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda örneğin, hisse senedinin maddi konu olarak kabul edildiği yargı kararında veya hipotezlerde, sermaye piyasası aracı olarak bunların peşinen suçun maddi konusu olabileceğini ileri sürmek isabetli olmayacaktır. Günümüzde bunlar, gayrimaddi varlıklar olup dijital ortamda bulunmaktadır. Bir diğer anlatımla, geçmişte olduğu gibi maddi varlıkları olmayıp, davranış bu maddi şey üzerinde gerçekleştirilmemektedir. Dolayısıyla, sermaye piyasası araçlarının da suçun maddi konusu olabileceğini savunmak güçtür.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak. *Sermaye Piyasası Hukuku*. Ankara: Adalet, 2019.
- Akalın, Şükrü Halûk. *Türkçe Sözlük*. Ankara: TDK, 2011.
- Akın, Yeliz Neslihan. “Ekonomik Bir Suç Olarak Piyasa Dolandırıcılığı Suçunun Değerlendirilmesi.” *Maliye Çalışmaları Dergisi* 63, (2020): 19-55.
- Aşkın, Uğur. “Sermaye Piyasası Hukukunda Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, S. 2 (2018): 682-710.
- Aytaç, Zühtü. *Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri*. Ankara: BTHAE, 1988.
- Bahtiyar, Mehmet. *Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta, 2019.
- Balan, Arzu. *Ekonomik Bir Suç Olarak Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Bayındır, Sinan. *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu*. İstanbul: Beta, 2011.
- Baysal, İbrahim Onur. “Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu.” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011.
- Bloomberght. “Borsada Yatırımcı Sayısı Yeni Halka Arzlarla 4,5 Milyonu Geçti.” Erişim Nisan 17, 2023. <https://www.bloomberght.com/borsada-yatirimci-sayisi-4-5-milyonu-gecti-2329823>.
- Canpolat, Can. “Uygulamaya Bakan Yönleriyle İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu.” *5. Türk – Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu C. I*. Ankara: Seçkin, (2020): 977-1010.
- Carmignani, Joannis. *Juris Criminalis Elementa V.I*. Pisa: 1833.
- Carrara, Francesco. *Programma Del Corso Di Diritto Criminale Parte Generale, V. I*. Lucca: 1877.
- Coşkun, Seçil. *Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKn Md. 107)*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Duman, Buminhan. *Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu*. Ankara: Adalet, 2020.
- Dursun Özdemir, Gizem. *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Dursun, Selman. *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*. İstanbul: On İki Levha, 2010.

- EUR-Lex. "Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on Insider Dealing and Market Manipulation (Market Abuse)." Erişim Mart 27, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:096:0016:0025:en:PDF>.
- Evik, Ali Hakan. *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları*. Ankara: Seçkin, 2004.
- Fiandaca, Giovanni, ve Enzo Musco. *Diritto Penale Parte Generale*. Bologna: Zanichelli, 2007.
- Garner, Bryan A.. *Black's Law Dictionary*. USA: West, 2004.
- Geçer, Ahmet Emrah. "Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XXI*, S. 2 (2017): 241-70.
- Gianniti, Francesco. *L'oggetto Materiale Del Reato*. Milano: Giuffrè, 1966.
- Global Peo Services. "Top 15 Countries by GDP in 2022." Erişim Mart 13, 2023. <https://globalpeoservices.com/top-15-countries-by-gdp-in-2022/>.
- Kaplan, Mahmut, ve Cem Ümit Beyoğlu. "Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu." Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan. Ankara: Seçkin 2018. 249-313.
- Katoğlu, Tuğrul. "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, S. 2 (2012): 657-93.
- Katoğlu, Tuğrul. *Ceza Hukuku ve Kültür Varlıkları*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Keyman, Selâhattin. "Tipiklik ve Ceza Hukuku." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37, S. 1 (1980): 59-105.
- Koca, Mahmut, ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale Parte Generale*. Padova: Cedam, 2001.
- Memiş, Tekin, ve Gökçen Turan. *Sermaye Piyasası Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Okuyucu Ergün, Güneş. "Bilgi Suistimali Yasağının Muhatabı." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 37, S. 1 (2021): 5-33.
- Orhan, Uğur. "Manipülasyon (Piyasa Dolandırıcılığı) Suçu." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, S. 2 (2021): 1635-73.
- Özgenç, İzzet, ve Gökhan Ölmez. "Sermaye Piyasasında Güveni Korumaya Yönelik Yükümlülükler ve Ceza Hukuku Sorumluluğu." 5. *Türk – Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu C. I*. Ankara: Seçkin 2020. 861-88.

- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Özger, Emine Barut. *Sermaye Piyasası Kanununda Manipülasyon Suçu*. Ankara: Adalet, 2017.
- Sağlam, Serkan. “Sermaye Piyasası Hukuku ve Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu.” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018.
- Sermaye Piyasası Kurulu. “Sermaye Piyasası Araçları.” Erişim Mart 27 2023, <https://spk.gov.tr/data/61e34f9a1b41c61270320792/2-Sermaye%20Piyasası%20Araçları.pdf>.
- Şuekin, Esin. “Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçu.” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019.
- TBMM. “Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/638).” Erişim Mart 13, 2023. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>.
- Tekinalp, Ünal, ve Ersin Çamoğlu. *Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu*. İstanbul: Vedat, 2018.
- The World Bank. “GDP (Current US\$).” Erişim Mart 14, 2023. https://data.worldbank.org/indicator/Ny.Gdp.Mktp.Cd?most_recent_value_desc=true.
- Toroslu, Nevzat, ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş, 2019.
- Toroslu, Nevzat. *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*. Ankara: Savaş, 2019.
- Yalçın, Can. “Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu.” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 5 (2020): 3483-525.
- Yap, Ryan. “The 10 Largest Stock Exchanges in the World.” Erişim Ocak 25, 2023. <https://sg.finance.yahoo.com/news/10-largest-stock-exchanges-world-233000404.html>.

CUMHURİYET KARŞITI BİR KURUM: CUMHURBAŞKANI YARDIMCILIĞI

An Anti-Republican Institution: Vice Presidency

*“Başkan yardımcısı olmaksızın
tarih profesörü gibi herhangi bir şey olmayı tercih ederim.”*
Theodore Roosevelt¹

Oğuz Kaan DOĞAN*

ÖZ

Cumhurbaşkanı yardımcılığı, başkanlık rejimine has bir makamdır. İlk kez ABD Anayasasında yer alan cumhurbaşkanı yardımcılığı, Latin Amerika başta olmak üzere başkanlık rejimini kabul eden diğer ülkelerin anayasalarında yer almaktadır. Cumhuriyetçilik geleneği, yaklaşık iki bin beş yüz yıllık tarihinde yasaya dayalı özyönetimi ilke edinmiştir. Modern cumhuriyetlerin kurulması ile yürütme organının seçimle işbaşına gelmesi, cumhuriyetçiliğin ayrılmaz bir ilkesi olmuştur. Türkiye’de 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ile getirilen yeni sistemde cumhurbaşkanı, yürütmenin tek organı olmuştur. Cumhurbaşkanının yanında cumhurbaşkanı yardımcısı da anayasal bir kurum haline gelmiştir. Cumhurbaşkan yardımcısının atanması, cumhurbaşkanına vekalet etmesi, sorumluluğunun sadece cumhurbaşkanına karşı olması ve geniş bir dokunulmazlığa sahip olması, cumhurbaşkanı yardımcısının anayasal konumu doktrininde tartışmalı hale getirmiştir. Cumhuriyetçiliğin geleneksel ilkeleri ile Türk anayasa

¹ “Theodore Roosevelt was known to have claimed, “I would a great deal rather be anything, say professor of history, than vice president.” Bkz.: Jody C. Baumgartner, The American vice presidency reconsidered. Bloomsbury Publishing, 2006, s. 3.

Makalenin Geliş Tarihi: 13.04.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 25.09.2023.

Bu çalışma Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalında Prof. Dr. Selin Esen danışmanlığında 19.02.2023 tarihinde savunulan “Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi” başlıklı doktora tezi esas alınarak hazırlanmıştır.

* Dr., Avukat, Ankara Barosu, E-posta: kaandogan@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-8462-0677.

metinleri ve Anayasa Mahkemesinin içtihatları kapsamında cumhurbaşkanı yardımcısına ilişkin düzenlemenin, Anayasanın 1, 2 ve 4. maddeleri kapsamında cumhuriyetçilik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: cumhuriyet, cumhuriyetçilik, cumhurbaşkanı yardımcılığı, başkanlık sistemi, temsil.

ABSTRACT

The vice presidency is a unique position in the presidential system. It is included in the US Constitution for the first time and also commonly found in other countries that have adopted the presidential system, particularly in Latin America. The principle of law-based self-government has been adopted by the republican tradition for nearly 2,500 years of history. With the founding of modern republics, electing the executive branch has become a fundamental principle of republicanism. In Turkey's new system, as outlined by the constitutional amendment of 2017, the president serves as the sole executive organ, with the vice president now established as a constitutional institution. The appointment of the vice president as acting president, with responsibility solely to the president and broad immunity, has created controversy regarding the constitutional position of the vice president in doctrine. It is concluded that the regulation governing the vice presidency, according to the traditional principles of republicanism, Turkish constitutional texts, and Constitutional Court jurisprudence, is against the principle of republicanism as outlined in Articles 1, 2, and 4 of the Constitution.

Keywords: republic, republicanism, vice presidency, presidential system, representation.

1. GİRİŞ

Yürütme organının yapısı, yasama organıyla olan ilişkisine göre tanımlanır. Lijphart, hükümet sistemlerini *başkanlık sistemi* ve *parlamentar sistem* olarak ikiye ayırarak parlamenter sistemi, yürütme organı kabineden oluşan bir hükümet iken başkanlık sistemini tek kişilik bir yürütme organı olarak tanımlamaktadır.² Özbudun da benzer şekilde yürütme organını,

² Arend, Lijphart,. Demokrasi Motifleri. Çev.: Güneş Ayas ve, Utku Umut, BULSUN, Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2006, s. 109.

yapısı bakımından monist ve düalist olmak üzere ikiye ayırır.³ Monist yürütmede, yürütme yetkisinin tümü tek bir organa ait iken düalist yürütmede bu yetki, devlet başkanı ile bakanlar kurulu arasında bölüşülmüştür.⁴ İki sistem arasındaki farklılık, kuvvetlerin sert ve yumuşak ayırımına da dayandırılabilir. Buna göre parlamenter rejim, kuvvetler ayrılığına dayanır, ancak bu ayrılık sert olmayıp ılımlıdır.⁵ Buna karşın başkanlık rejiminde yürütme ile yasama organı arasında sert bir ayırım vardır.⁶

Cumhurbaşkanı yardımcılığı (vice presidency) başkanlık sistemlerine has bir kurumdur. Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı ilk defa Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) uygulanmış ve daha sonra başkanlık rejimini benimseyen Latin Amerika ülkeleri başta olmak üzere bu sistemi kabul eden rejimlerde yer verilen bir makam olmuştur.⁷ Kurumun ABD'de ortaya çıkışı ancak uzun tartışmalardan sonra bir uzlaşa ile sağlanabilmiştir. Aslında bu kurumun kabulünden önce bazı eyaletlerde (New York, Connecticut, Rhode Island, Massachusetts ve Güney Carolina) görevleri gerektiğinde valinin yerine hareket etmek olan vali yardımcılığı mevcuttu.⁸ Bu tecrübenin yanında başkanlık seçiminin Senato yerine eyalet temsilciler tarafından yapılması üzerinde uzlaşılmışsa da başkanlık seçiminde eyalet temsilcilerinin oylarını kendi eyaletlerinin adaylarına verme riskini ortadan kaldırmak için seçmenlerin biri başka bir eyaletten adaya verilmek üzere iki oy kullanması usulü benimsenmiştir. Seçmenler kendi eyaletlerinden olmayan bir aday için de en az bir oy kullanmak zorunda olduğundan, ulusu temsil

³ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 321.

⁴ *Ibid.*, s. 322; Benzer bir değerlendirme için Bkz.: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 14. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2013, s. 288.

⁵ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 8. Bası, Beta Basım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2003, s. 405.

⁶ *Ibid.*, s. 427.

⁷ Bu konuda kapsamlı bir çalışma için Bkz.: Ömer, Anayurt ve Ahmet Ekinci. *Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz*. İçinde: Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 441-500; Ayrıca ABD'de başkan yardımcılığı kurumunun ihdası esnasındaki tartışmalar için Bkz: John D. Feerick, "The Vice-Presidency and the Problems of Presidential Succession and Inability." *Frodham Law Review*, Vol: 32, Issue: 3, 1964, s. 457-498; Jody C. Baumgartner, s. 7-35.

⁸ Baumgartner, s. 7; Anayurt-Ekinci, s. 450.

eden yetenekli bir cumhurbaşkanı seçme şansı daha yüksek olacaktı. Ancak bu halde seçimlerde ikinci olan adayın konumu ne olacaktı? Kurucuların çözümü, bu adaya başkan yardımcılığı makamı vermek şeklinde olmuştur.⁹

Başkan yardımcılığı kurumu öncelikle ölüm, istifa veya görevden alma gibi durumlarda başkanın yerine halef arama sorununu ortadan kaldırmıştır. Ayrıca başkan yardımcısına Senato başkanlığı görevi de verilerek onun “işsiz kalması” önlenmiştir.¹⁰ ABD ve daha sonra ona öykünerek kurulan diğer başkanlık rejimlerinde asıl olan, başkan yardımcısının da başkanla beraber seçimle işbaşına gelmesidir.¹¹ Bu seçim, başkanlık seçimiyle birlikte olabileceği gibi doğrudan başkan tarafından (Venezuela) ya da yasama organı tarafından atanma yoluyla da (Bolivya) olabilmektedir.¹²

11 Şubat 2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 1982 Anayasasının öngördüğü yürütme sistemi kökten değiştirilmiştir.¹³ 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan genel seçimlerin ardından 9 Temmuz 2018’de cumhurbaşkanının ant içmesi ile yürürlüğe giren yeni “sistem” ile yürütme organının yanı sıra yasamaya ilişkin düzenlemeler de yapılmıştır. Ancak bu anayasa değişikliğinin saiki, cumhuriyet döneminin alışlagelmiş cumhurbaşkanlığı yapısı ve hükümet sisteminin “Türk tipi cumhurbaşkanlığı” şeklinde değiştirilmesidir. Makalemizin konusu olan cumhurbaşkanı yardımcılığı makamı da bu değişiklik ile Türk anayasa hukukundaki yerini almıştır. Ancak cumhurbaşkanı yardımcılığı makamı, Türkiye’de yukarıda yer verilen örneklerden farklı olarak atanma, sorumluluk ve diğer özellikler ile nevi şahsına münhasır bir örnek teşkil etmektedir.

2017 değişikliği ile yürütmedeki düalist yapı terkedilerek cumhurbaşkanı hem devletin başı hem de yürütme yetkisinin tek sahibi haline gelmiştir. Ancak 1982 Anayasasının tarafsız ve devletin başı olması

⁹ Baumgartner, s. 8.

¹⁰ Ibid., Bu argümanın temelinde Senato başkanlığını bir senatörün bunu yapması durumunda, eyaletinin fiilen Senato’daki temsilinin yarısından yoksun kalacağıydı. Dahası, bir başkan yardımcısının ulusal bir seçmen kitlesi vardı ve muhtemelen bir senatöre nazaran tarafsız olmaya daha yatkın olurdu.

¹¹ Anayurt-Ekinci, s. 457 vd.

¹² Ibid., s. 464.

¹³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete 29976, (11 Şubat 2017), Kanun No. 6771.

niteliğiyle sorumsuz olarak yer alan cumhurbaşkanı makamına ilişkin düzenlemelerde 2017 yılında yapılan değişiklikler, cumhuriyetçilik açısından bazı problemlere yol açmaya adaydır. Makalemizde bu sorunların etraflıca ele alınması hedeflenmiştir.

Bu çalışmada esas olarak cumhurbaşkanı yardımcısı olarak anayasada yer alan yeni kurumun gerek maddi anlamda gerekse şekli anlamda cumhuriyet ilkesine aykırı bir düzenleme olup olmadığının araştırılması hedeflenmiştir. Metodolojik olarak önce Türk Anayasa hukukunda cumhuriyet kavramının gelişme süreci, anayasalar ve Anayasa Mahkemesinin içtihatları ile ortaya konulacak, daha sonra 2017 anayasa değişikliği ile ihdas edilen cumhurbaşkanı yardımcısının anayasal boyutu ele alınacaktır. Son olarak doktrindeki görüşler ışığında cumhurbaşkanı yardımcılığının hukuki konumunun cumhuriyetçilik ilkesine aykırı olup olmadığı araştırılacaktır.

Bu sorunlara yer vermeden önce kısaca cumhuriyet ve cumhuriyetçilik kavramlarına değinmek gerekmektedir. Romalılar, İ.Ö. 509'da krallarını tahttan indirdikten sonra kurdukları siyasi rejimi *res publica* (cumhuriyet) olarak tanımlamışlardı. Res publica bu anlamda, siyasi topluluğa kendi özel mülkü gibi davranan yöneticilerin reddini simgelemektedir. *Res* kelimesi şey, mal anlamındadır. *Publica* kelimesi de Latince *halk/kamu* anlamına gelen *populus* kelimesinden türetilmiştir.

Siyasetin yönetenlerden çok halka/kamuya ait olması, anlamını bugün de korumaktadır.¹⁴ Res publica, aynı zamanda kamusal yaşamın kurumsal yapıları anlamına da gelmektedir.¹⁵ Amaç, halkın kamusal alanın düzenlenmesinde belirleyici bir söz sahibi olmasıydı ve bu anlayış genel olarak organize bir kamusal alan fikrini ortaya çıkarmıştı. Bu tür bir örgütlenmenin kaynağı 'halk'tı.¹⁶ Res publicanın Türkçe karşılığı olan **cumhuriyet** kelimesi, köken olarak Arapça *cumhur* kelimesinden türemişse

¹⁴ Neil, J. Smelser ve Paul, B. Baltes, eds. International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences. Vol. 11. Amsterdam, Elsevier, 2001, s. 13193.

¹⁵ Res publica'nın etimolojik ve tarihi gelişimi üzerine ayrıca Bkz.: Raymond Geuss,; Kamusal Şeyler, Özel Şeyler. Çev.: Gülayşe, Koçak, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 49-64.

¹⁶ Knud, Haakonssen. "Republicanism" Maddesi, İçinde: Robert E. Goodin, Philip Pettit ve Thomas W. Pogge. A Companion to Contemporary Political Philosophy, Vol. 2. Blackwell Publishing, 2007, s. 730.

de terim olarak ilk defa Türkler tarafından kullanılmıştır.¹⁷ Cumhur, toplu bulunan halk anlamına gelmekte, cumhuri ise halka ait demektir.¹⁸ Cumhuriyet buradan türetilmiş olup “halka ait olan şey” anlamına gelmektedir.¹⁹ Cumhuru, tıpkı Latince karşılığında olduğu gibi alelade bir topluluk değil, belli bir amaç için bir araya gelen bireyler oluşturur. Cumhur kelimesinin Arapçadaki diğer anlamları da bu görüşü desteklemektedir; Lewis, cumhur kelimesi için Arapçada ayrıca kum yığını, tepecik ve büyük bir insan topluluğu gibi karşılıkların bulunduğunu belirtir.²⁰ Az önce de değinildiği üzere cumhur kelimesi, kökeni Arapça olmasına karşın cumhuriyet kelimesi, terim olarak Türkler tarafından bulunup kullanılmıştır.²¹ Arapların cumhuriyet terimini kullanmaları çok daha yakın tarihe rastlamaktadır.

2. TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA CUMHURİYET KAVRAMI

Türk anayasa hukuku yazınında cumhuriyet kavramı tanımlanırken genel olarak iki yöntemin izlendiği söylenebilir: Bunlardan ilki, (mantıktaki değilleme/olumsuzlama/negation şeklinde) *ex negativo* yaklaşımıyla cumhuriyeti monarşi olmayan rejim olarak tanımlamak, diğeri ise -Türkiye yakın tarihini dikkate alarak- cumhuriyetin salt monarşinin zıddı olmayıp demokratik niteliğe de sahip olduğunu göz önüne alan “geniş yoruma” başvurmak. Bu yöntemin yanında yine Türk anayasa hukuku yazınında

¹⁷ Bernard Lewis, “cumhuriyet” kelimesini bugünkü anlamıyla ilk defa Atıf Efendi’nin kullandığını belirtir. Neolojizm konusunda Türkler, diğeri bazı kelimelerde olduğu gibi bu kelimenin kullanılmasında da ilk olmuş, daha sonra bu kelime diğeri Müslüman milletlere yayılmıştır. Bkz.: Bernard, Lewis. Djumhuriyya, Encyclopaedia of Islam, Ed: Bernard, Lewis, Charles, Pellat, Joseph, Schacht. Cilt: 2, (C-G maddeleri), Brill, 1991, s. 594; Bernard Lewis. Demokrasinin Türkiye Serüveni. Çev.: Hamdi, Aydoğan ve Esra, Ermert. Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 2007, s. 35.

¹⁸ Kemal, Gözler. Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 1. Cilt, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011. s. 466; Kemal, Gözler. Türk Anayasa Hukuku. Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Güncellenmiş 3. Baskı, 2019, s. 133. Ali Fuat, Başgil. Esas Teşkilât Hukuku Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri Fasikül I. İstanbul, 1960 tarihli basıdan tıpkı basım, 2019, s. 216.

¹⁹ Gözler (2011), s. 466; Yukarıda da açıklandığı üzere *halkı*, Türk anayasa yazınındaki anlamıyla anlamamak gerekir, zira anayasa dilinde publicanın karşılığı millet hatta kamu anlamına gelmektedir. Halk, sadece o anda yaşayan insan topluluğunu içermektedir.

²⁰ Lewis, (2007), s. 35.

²¹ Ibid., s. 35-36.

cumhuriyeti “dar” ve “geniş” olarak tanımlamak da yaygın bir tercihtir. Tarifi “dar” anlamla yapan yazarlar, cumhuriyeti sadece monarşi karşıtlığına indirgerken, cumhuriyeti “geniş” tanımlayanlar ise bu karşıtlığın yanına demokrasi, serbest ve süreli seçimler, laiklik gibi çeşitli ilaveler yaparak içeriği genişletmektedirler. Ancak, gerek yazarların “dar” ve “geniş” sıfatlarına verdikleri anlam, gerekse mantık ve dil bilimi açısından böyle bir tanımlamanın yanlış olduğu kanaatindeyiz. Zira *geniş* ve *dar* kelimeleri birer sıfattır. **Geniş** sıfatı; kapsamı büyük, dar sınırlar içinde kalmayan, yaygın, makro, eni çok olan anlamına gelir. **Dar** sıfatı ise içine alacağı şeye oranla ölçüleri yetersiz, geniş ve bol karşıtı, ensiz, mikro anlamına gelmektedir. O halde geniş anlamda cumhuriyet tanımı yapılırken o tanımın, kavramın tüm unsurlarını kapsamaması gerekmektedir. Bu çerçevede cumhuriyetin monarşinin zıddı olması, onun en geniş anlamıdır. Zira cumhuriyetin diğer tüm tanımları bu tanımı da içermektedir. Anlam daraldıkça muhtevası da azalacağından cumhuriyeti en dar anlamıyla, egemenliğin millette olduğu, siyasi ve hukuki sorumluluğa sahip devlet başkanının ve temel organların doğrudan ya da dolaylı olarak seçimle ve belirli süreli olarak işbaşına gelip halkın ve temsilcilerinin denetimi altında olduğu devlet şekli olarak tanımlamak kanaatimizce daha doğrudur.

“Dar” ve “geniş” şeklindeki tanımlamanın yanı sıra *maddi anlam* ve *şekli anlam* kriteri, cumhuriyet kavramının hukuk alanındaki kullanımına daha uygun düşmektedir. Maddi anlamda cumhuriyet, *egemenliğin millette olduğu, siyasi ve hukuki sorumluluğa sahip devlet başkanının ve devletin temel organların doğrudan ya da dolaylı olarak serbest seçimler ve belirli sürelerle işbaşına gelip halkın ve temsilcilerinin denetimi altında olduğu yasaya dayalı devlet şeklidir*. Şekli anlamda cumhuriyeti ise *devlet başkanının verasete dayanmayarak işbaşına geldiği devlet şekli* olarak tanımlayabiliriz. Bu tanımlama, Türk anayasa hukuku literatüründeki dar-geniş ya da monarşi-cumhuriyet karşıtlığı gibi bazen de zorlama görünen tanımlama çabalarının ortaya çıkardığı sakıncaları da giderecektir.

Şu halde cumhuriyet en **geniş** anlamıyla “Devlet başkanının verasete dayanmadan işbaşına geldiği devlet şeklidir.” (Çin, Küba, Kuzey Kore, Türkmenistan.) Maddi (**dar**) anlamda cumhuriyeti ise, “*Egemenliğin millette olduğu, siyasi ve hukukî sorumluluğa sahip devlet başkanının ve devletin temel organların doğrudan ya da dolaylı serbest seçimlerle belirli sürelerle işbaşına gelip halkın ve temsilcilerinin denetimi altında olduğu devlet şekli*” olarak tanımlamak uygundur. (ABD, F. Almanya, Fransa, Avusturya)

Cumhuriyetçilik kavramı ise yasaların ve devletin anayasal sistem aracılığıyla her zaman yurttaşların ortak yararına hizmet etmesini amaçlar. Bu anayasal sistem, halk egemenliğine dayanan, yürütme organı seçimle işbaşına gelen, bağımsız bir yargı tarafından sınırlandırılan ve hukukun üstünlüğüne tabi olan müzakereci bir yasamadan oluşur. Amaçlanan ortak yarar, yurttaşların özgürlüğünü hem birbirlerine hem de devlete karşı koruyan bir kontrol ve denge sistemi ile gerçekleşebilir.²²

1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu 1. maddesi ile Türkiye Devletini *cumhuriyet* olarak tanımlamıştır. 1961 Anayasasının resmi adı ise “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası” olarak belirlenmiştir. Cumhuriyet ibaresi, 1961 Anayasasının “Devletin şekli”²³ kenar başlığına sahip 1. maddesinde, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunundan aynen alınmıştır. Anayasa Komisyonunun madde gerekçesinde bu hükmün korunma nedeni şöyle açıklanır:

“1924 Teşkilatı Esasiye Kanununun değiştirilmez 1. maddesinin tekrarıdır. Bu hüküm halen yürürlüktedir ve gerek müzakeresinin gerek oylanmasının söz konusu edilemeyeceği aşikârdır.. Bu madde, Türkiye Cumhuriyeti adı ile bir Devletin kuruluşunu, bu Devletin ve Hükümetinin şekillerini tesbit etmektedir. Türkiye Cumhuriyetinin her türlü saltanat, şahıs ve zümre hâkimiyeti şekillerini reddeden demokratik bir Devlet olduğunu bu madde açıklamaktadır.”²⁴

²² Cumhuriyetçiliğin ilke ve hedeflerinin Roma’dan Fransız Devrimi ve ardından bugüne kadar geçtiği önemli aşamalardaki dönemsel tanımlamaları için Bkz: M.N.S., Sellers. *Republican Legal Theory, The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State*, Palgrave Macmillan, 2003.

²³ 1. madde kenar başlığında cumhuriyeti “Devletin şekli” olarak tanımlayan ibare, 9. maddede “devlet şekli” olarak yer almıştır. Kenar başlıktaki “Devletin biçimi” ibaresinin lafzi ve semantik içeriği hakkında Bkz: Cevat, Okutan. *Cumhuriyetçi Paradigma Paradigmatik Cumhuriyet*, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2006., s. 238-240.

²⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (5/7). Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Otuz dördüncü Birleşim, 30.03.1961, s. 5; Komisyonun genel gerekçesinde ise daha ayrıntılı bir açıklama vardır: “1921 metninin bazı maddelerini değiştiren 1923 tarihli Kanunun birinci maddesi, Cumhuriyeti, Türkiye Devletinin Hükümet şekli olarak kabul etmiştir. 1924 metni ise, birinci maddesinde, Türkiye Devletinin bir Cumhuriyet olduğunu ifade etmiştir. Bu maddenin müzakereleri sırasında Teşkilatı Esasiye Encümeni Mazbata Muharriri,

Devletin biçimi cumhuriyettir: “*Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.*” Maddenin lafzı uyarınca cumhuriyet, devletin bir özelliğini belirtmektedir. Ancak 2. maddede “Cumhuriyetin nitelikleri” kenar başlığı altında “*Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir*” hükmüne yer verilmiştir. Bu kez cumhuriyet ve devlet yer değiştirmiş ve cumhuriyet devlet olarak tanımlanmıştır.²⁵ 3. madde “Türkiye Devleti” ibaresine dönerek onun “*ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün*” olduğunu belirtmektedir. Cumhuriyet ve devlet kelimelerinin bu değişken kullanımı 1982 Anayasasında da karşımıza çıkacaktır.

Şu halde 1961 Anayasasının 1. maddesinde cumhuriyetin bir tarifi yapılmamakla birlikte, kenar başlığı ve madde gerekçesi dikkate alındığında, cumhuriyetin niteliklerinin 2. maddede sıralandığını görmekteyiz. Buna göre cumhuriyet, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olma niteliklerine sahiptir. Anayasa Komisyonunun hazırladığı metin, Temsilciler Meclisi’nde son halini almıştır. Metnin gerekçesinde *cumhuriyetin demokratik niteliği* şöyle açıklanmıştır: “*Halk iradesi ve halk idaresine dayanır. Millet kendi kendisini idare etmesi esası kabul edilmiştir. Demokratik tâbirine, aynı zamanda ‘Hukuk Devleti prensiplerine riayet etme esası’ da dâhildir.*”²⁶ Şu halde gerekçeye göre cumhuriyetin demokratik niteliği, aynı zamanda hukuk devletinin ilkelerini de içermektedir. Cumhuriyet-demokrasi ilişkisi, şekil-içerik olarak nitelendirilmiş; demokrasinin tanımı halkın iradesi ve idaresine dayanan, milletin kendi kendisini idare etmesi esası şeklinde yapılmıştır. Komisyon metninde, milletin kendi kendisini yönetmesi demokrasinin bir niteliği olarak tarif edilmiş ve demokrasinin “kimin yöneteceği” sorusunun karşılığındaki anlamı tercih edilmiştir.

1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu, sert bir anayasa niteliğindedir. 102. madde uyarınca anayasada değişiklik yapılması için teklifin Meclis tam

Cumhuriyetin, yalnız Hükümeti değil, aynı zamanda Devleti de ifade ettiğini ve bundan bilhassa demokratik bir cumhuriyeti kastedtiğini anlatmak istemiştir. Komisyon, Türk Devriminin gerçek bir ifadesi olan bu kurucu hükmü aynen ve tasarının ilk maddesi olarak muhafaza etmiş. Dokuzuncu madde ile de Cumhuriyetin tadil edilmezliği hükmünü koymuştur. Bu suretle, bu Anayasa ile kurulacak siyasi sistemin büyük bir devrim -hareketinin müspet ve medenî eseri olan, Türkiye Cumhuriyetinin devam etmekte olduğu gösterilmek istenmiştir.”

²⁵ Akal ve Okutan da benzer değerlendirmelerde bulunmuştur: Okutan, s. 242.

²⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (5/7), s. 9.

üyesinin en az üçte biri tarafından imzalanması, kabul edilmesi için de üye tam sayısının üçte iki oy çokluğu gerekmektedir. Metnin sertliği aynı maddede, değiştirilmeyecek hükümle de kendini göstermiştir: “*İşbu kanunun şekli Devletin Cumhuriyet olduğuna dair olan birinci maddesinin tâdil ve tağyiri hiçbir suretle teklif dahi edilemez.*” Bu hüküm ile devlet şeklinin niteliği değiştirilemez şekilde korunmuştur.

1961 Anayasası, 9. maddesi ile benzer şekilde “*Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*” hükmüne yer vermiştir. Madde gerekçesinde komisyon, sadece “*Eski Anayasanın ilgili maddesi genel esaslar arasına alınmak suretiyle, değişmezliğin temel mahiyeti belirtilmek istenmiştir*” açıklamasını yapmış ve maddenin anayasadaki yeri genel esaslara alınmıştır.

1982 Anayasasını hazırlamak için oluşturulan Anayasa Komisyonu, raporunu²⁷ 30 Temmuz 1982’de Danışma Meclisi’ne²⁸ sunmuştur. Komisyon raporunun “Devletin şekli ve Devlet şeklinin Değiştirilmezliği” başlıklı 1. maddesinde, 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi Türk Devletinin bir cumhuriyet olduğu belirtilmekte ve bunun “*Devlet Başkanının veraset yoluyla değil milletçe veya milletin temsilcisi Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilerek makamına geleceği*” anlamına geldiği ifade edilmektedir. 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununun “*3 üncü Fransız Cumhuriyetinden esinlenerek saltanata dönüş eğilimlerine set*” çekmek için getirdiği hüküm, 1961 Anayasasında da olduğu gibi korunarak alınmıştır. Ancak cumhuriyet ilkesi ve değiştirilemezliği, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu ve 1961 Anayasası’nda ayrı ayrı maddeler halinde yer aldıkları halde komisyon tasarısında tek maddede düzenlenmiştir.²⁹ Bu açıklama kapsamında “*Devletin şekli ve Devlet şeklinin değişmezliği*” kenar başlıklı 1.

²⁷ 30.07.1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (1/463), Anayasa Komisyonu, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c007/dm__02007120ss0166ek01.pdf (ET: 08.08.2023)

²⁸ Danışma Meclisi, belirlenen usul ve esaslara göre her ilin tespit ve teklif ettiği adaylar arasından Milli Güvenlik Konseyince seçilen 120 üye ile, Milli Güvenlik Konseyince doğrudan doğruya seçilen 40 üye olmak üzere 160 üyeden oluşmuştur. Danışma Meclisi ile Milli Güvenlik Konseyi birlikte Kurucu Meclis’i oluşturur: Kurucu Meclis Hakkında Kanun, Resmi Gazete 17386 (Mükerrer), (29 Haziran 1981), Kanun No. 2485.

²⁹ 30 Temmuz 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (1/463), s. 5.

madde şöyle yer almıştır: “*Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir. Anayasanın bu hükmü değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez.*”³⁰ Raporda da açıklandığı üzere Komisyon, 1924 ve 1961 metinlerinde iki ayrı madde halinde düzenlenen devletin şekli ve devlet şeklinin değişmezliğini tek maddede birleştirmiştir. Ancak Danışma Meclisi’nde bu madde müzakere edilirken verilen önerelerde, 1924 ve 1961 anayasalarında aynı metnin kabul edildiği ve bu özelliği ile “*Türk Milletinin kalbinde yer etmiş, dayanağını maşeri şuur ve vicdanda bulmuş, örf ve âdet niteliği olan üstün bir hukuk kuralı*” olması nedeniyle maddenin önceki halinin korunması teklif edilmiştir.³¹ Anayasa Komisyonunun da teklife katılmasıyla değiştirilmezlik hükmü maddeden çıkarılmıştır. Anayasanın 10. maddesinin müzakereleri esnasında verilen önerelerle değişmezlik hükmü içeren 11. maddenin eklenmesi teklif edilmiştir.³² Önergelerde, sadece 1. maddenin değişmezlik kapsamına alınması teklif edildiği gibi, 1. ve 2. maddelerin değişmezlik kapsamına dahil edilmesi de önerilmiştir. Her iki maddenin değişmez hüküm olarak önerilmesine karşı çıkan Anayasa hukukçusu Kemal Dal, Anayasa Mahkemesinin (AYM) 1961 Anayasası döneminde Anayasanın 9. maddesine dayanarak “*çok hatalı kararlar verdiği*” belirterek anayasa hükümlerinin zaman içerisinde değişebileceğini savunmuştur.³³ Dal, bütün devletlerin anayasalarında değişmezlikle ilgili maddelerin olduğunu, ancak bu hükmün sadece rejimle ilgili olduğunu,

³⁰ Ibid., s. 101.

³¹ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 128. Birleşim, 17 Ağustos 1982, Cilt: 7, Yasama Yılı: 1, Birinci Oturum, s. 638.

³² Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 129. Birleşim, 18 Ağustos 1982, Cilt: 8, Yasama Yılı: 1, Beşinci Oturum, s. 93-94.

³³ “*Devletin temel ilkeleriyle ilgili hususlarda öyle hükümler vardır ki zamanla değiştirilebilir; yani Anayasanın mesela sosyal devlet ilkesi ile ilgili diğer maddelerinde hükümler vardır. Bu diğer maddelerindeki hükümler zamanla değişebilir. Çünkü zaman ilerlemektedir. Mesela; çalışma şartlarıyla ilgili hükümler, kamulaştırma ile ilgili hükümler, toprak ve tarım reformu ile ilgili hükümler, zaman ilerledikçe değişebilir. Halbuki bu değişmezlik; Anayasanın, şimdiki Tasarının 2 nci maddesine getirildiği takdirde buradan yararlanmak suretiyle sosyal devletle ilgili bütün maddeleri Anayasa Mahkemesi daha evvel yaptığı gibi, değişmezlik vasfını kazandırmaktadır. Bu suretle bu maddelerde meydana gelen değişiklikleri iptal etme yoluna gitmektedir; Anayasanın değişmezlik ilkesine aykırıdır diye, Cumhuriyetle ilgili, nitelikle ilgili kabul ettiği için önce 38 inci maddede yapılan değişikliği iptal etmiş idi. Şimdi yine aynı hataya düşeceğiz. Bu bakımdan çok rica ediyorum, bu teklifi yapan arkadaşlarımız, 2 nci maddeyi dahil etmesinler bu değişmezliğe.*” Ibid., s. 95.

zamanla onun dışındaki ilkeleri kapsayan anayasanın diğer maddelerinin değiştirilmesi ihtiyacıyla karşı karşıya kalılabileceğine dikkat çekip, “*O zaman karşımıza bu değişmezlik çıkar ve bir çıkmaza saplanırız*” diyerek teklife karşı çıkmıştır.³⁴ Buna karşın Fikri Devrimsel, 1. maddenin değiştirilmesinin teklif edileceğini düşünmenin “*50 yaşını geçmiş Cumhuriyetimizin sıhhatinden şüphe etmek anlamına*” geleceğini savunarak asıl önemli noktanın 2. maddede yer alan hükümlerin değiştirilmezlik kapsamına alınması olduğunu savunmuştur.³⁵ Komisyon başkanı Orhan Aldıkaçtı, değiştirilemezliğin sadece 1. maddeyi kapsamaması gerektiğini savunmuşsa da³⁶ Tevfik Fikret Alpaslan’ın “*Resmi dil Türkçedir ifadesini acaba değiştirecek miyiz? İstiklâl Marşımız aynı şekilde, ‘Egemenlik milletin’ aynı şekilde; o halde bütün maddeleri değişmez hale getirmemiz lazım*”³⁷ şeklindeki sorusu üzerine önergeyi kabul ettiğini belirtmiş ve değişmezlik hükmü Danışma Meclisi’nde 1. ve 2. maddeleri kapsar şekilde 11. maddede düzenlenerek kabul edilmiştir.

Danışma Meclisi, anayasanın tamamı hakkındaki müzakerelerini 23 Eylül 1982’de tamamlayarak Milli Güvenlik Konseyine (MGK) sunmuştur. Kabul edilen metin bu kez MGK Anayasa Komisyonu’na gelmiş ve burada hazırlanan raporda 11. maddede yer verilen değiştirilmezlik hükmü, hem yeri hem de kapsamı genişletilerek 4. maddeye alınmıştır. Komisyon raporunda bu değişiklik ile ilgili olarak, “*Danışma Meclisinin kabul ettiği metnin ‘Devlet şeklinin değişmezliği’ kenar başlıklı 11 inci maddesi ‘Değiştirilemeyecek hükümler’ kenar başlığı altında Anayasanın 1, 2 ve 3 üncü maddelerini kapsayacak şekilde 4 üncü madde olarak yeniden*

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid., s. 97.

³⁶ Ibid. 97-98; Aldıkaçtı, aynı oturumda bir soru üzerine, 1. maddeyi hazırlamaktaki amaçlarının 1. ve 9. madde arasındaki mesafenin daha kısaltılmasını ve bir blok halinde korunması olduğunu belirterek tasarının arkasında durmuştur, ancak fiili durumu da açıklamaktan kaçınmamıştır: “*.fakat, Sayın Devlet Başkanımızın buraya gelmeleri, 1 inci maddenin kabulünde hazır bulunmak istemeleri, ayrıca 71 arkadaşımızın bu hususta bir imzalı tahrir vererek bu değiştirme maddesinin oradan ayrılması, bildiğiniz gibi, Komisyonca bizim bu görüşe katılmımıza yol açtı. Hatta fikirlerimizi savunmadık dahi; 71 arkadaşın yeter derecede bir imza, bir kuvvet teşkil ettiği kanısıyla hareket ederek. Bizim görüşümüz aslında, başlangıçtan itibaren, bunun tek bir madde halinde, bir blok halinde Anayasanın 1 inci maddesinde görülmesiydi. Bu mümkün olmadı.*” Ibid., s. 99. (vurgular bana aittir).

³⁷ Ibid., s. 100.

düzenlenmiştir.” denilmekle yetinilmiştir.³⁸ Bu değişiklik, MGK’da tartışılmadan kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere 1. maddenin yanına 2. maddenin de değişmezlik hükümlerine eklenmesi tartışılırken, devletin üniterliği, dili, bayrağı, milli marşı ve başkentini tanımlayan 3. madde de MGK tarafından değişmezlik kapsamına alınmıştır.

Anayasal düzenleme bu şekilde iken anayasayı yorumlamakla görevli olan AYM de içtihatları ile gerek 1961 Anayasası gerekse 1982 anayasası döneminde cumhuriyetçilik ilkesini kendi geliştirdiği ölçütlerle yorumlamıştır. Yüksek mahkeme, 1961 Anayasasının gerek ilk hali yürürlükteyken gerekse 1971 yılında yapılan değişikliklerinden sonra cumhuriyet kavramını salt negatif anlamıyla ele almamıştır. Mahkeme, henüz 1963 yılında verdiği bir kararda cumhuriyet kavramının neyi dışladığını açıklamıştır.³⁹ Mahkeme önüne gelen iptal başvurusu, 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 141 ve 142. maddelerinde düzenlenen, sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeye veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmaya matuf cemiyetleri kurmaya teşebbüs edenler hakkında ceza öngören hükmünün, anayasanın kanunsuz suç olmaz hükmünü düzenleyen başta 33. maddesi olmak üzere Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla ilgilidir. AYM, davacının tezlerinden hareketle önce sosyalizm ve komünizm gibi ideolojilerin amaçlarını tahlil etmiş, daha sonra bu ideolojilerin Anayasa ile ilişkisini irdelenmiştir: *“Türkiye Cumhuriyeti, saltanat, zümre ve sınıf hâkimiyeti şekillerini reddeden demokratik bir devlet biçimidir. Bu esası, Anayasa’nın 1. maddesinin gerekçesinde bulduğumuz gibi, 2. maddesinde belirtilen Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerinde de bulmaktayız.”*⁴⁰ Mahkeme, bu maddelerin tarihi, lafzi ve amaçsal yorumu sonucunda davayı reddetmişse de yaptığı yorum ile bir sınıfın diğer bir sınıfa tahakkümünü Anayasaya aykırı bulmuştur: *“Bu eylem, demokratik devlet esaslarına ve Anayasa’nın, ‘Cumhuriyetinin her saltanat, şahıs ve şekillerini reddeden, demokratik bir devlet olduğu’ gerekçesine dayanan ve ‘Türkiye devleti bir Cumhuriyettir.’ hükmünü koyan 1. maddesine de aykırıdır.”*⁴¹

AYM, bu kararında bir yandan cumhuriyetin negatif tanımına atıf yapmış, diğer yandan onun pozitif yönünü içeren demokratik esaslarına

³⁸ Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu (1/397), 17.10.1982, s. 67.

³⁹ Anayasa Mahkemesinin 26.9.1965 günlü, E. 1963/173, K. 1965/40 sayılı Kararı, AMKD, Sayı: 4, s. 290-368.

⁴⁰ Aynı karar, s. 302.

⁴¹ Aynı karar, s. 301.

değirmiştir. Kararın önemli diğer bir yönü de mahkemenin anayasa değişikliklerinin sadece değiştirme usulüne uygun yapılmasının yeterli olmayacağına hükmetmesidir. Mahkemeye göre anayasa değişiklikleri aynı zamanda “anayasanın ruhuna uygun” olması, “anayasanın özünü ortadan kaldıracı” ve “Türk toplumunu geriletici” olmaması gibi kriterlere sahip olmalıdır.”⁴² Şu halde AYM, anayasa değişikliklerinde kendini hem şekil hem de esas yönden denetlemeye yetkili görmüştür.⁴³

Mahkeme, 1970 yılında verdiği bir başka kararında az önce sözünü ettiğimiz ilkeleri kullanarak Anayasanın 1. maddesine aykırı bir anayasa değişikliğini iptal etmiştir.⁴⁴ Mahkeme, önüne gelen başvuruda önce şekil yönünden bir tartışma yaparak anayasa değişikliğinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İçtüzüğüne aykırılığı tespit etmiş, daha sonra usul tartışmasını esasa ilişkin yaparak “*Anayasamızın temel görüş ve ilkeleriyle çelişen değişikliklerin yapılması mümkün*” olmadığını belirtmiştir. Mahkeme bu kez az önce incelenen karardan daha ayrıntılı bir cumhuriyet tanımı yapmıştır:

“1961 Anayasası, 9. maddesi ile bir değişmezlik ilkesi koymuştur. Bu maddeye göre (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.)

*Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasa’da sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa’nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasa’nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, **“Cumhuriyet” sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan “Cumhuriyet” sözcüğü değil, yukarıda gösterilen***

⁴² Aynı karar, s. 329.

⁴³ Kararın tahlili için ayrıca Bkz.: Erdal, Onar. 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu. Ankara, 1993, s. 138-139.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesinin 16.06.1970 günlü, E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı Kararı, AMKD, Sayı: 8, s. 313-340.

Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece “Cumhuriyet” sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır... Görülüyor ki Anayasa değişikliğini, öngören kanunlar üzerinde, Anayasanın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düşüğü meydandadır.”⁴⁵

Mahkeme, cumhuriyeti öncelikle bir “devlet sistemi” ve “devlet rejimi” olarak görmektedir. Cumhuriyet kelimesi ile ifade edilen devlet sistemi bu kapsamda 2. maddede sayılan, insan haklarına dayanan, milli, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti ilkelerini de kapsamaktadır. Yine 2. maddede “başlangıçta belirtilen temel ilkelere” denilerek atıf yapılan Anayasanın Başlangıç bölümündeki ilkeler de kapsama dahil edilmiştir. O halde cumhuriyeti şeklen değiştirmeyip, diğer niteliklerini “hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak” yoluyla Anayasanın ilkeleriyle bağdaşmayan başka bir rejimi getirecek değişiklikler, değiştirilemezlik kuralına aykırı olacaktır. Bu durumda da AYM, esas yönünden de denetim yapabilecektir. Mahkeme, önce Anayasanın 1. maddesini, ardından 2. maddesini ve bu maddenin yollamasıyla Başlangıç'ta yer alan ilkelere bir üstünlük tanımış, Yayla'nın ifadesiyle “*Anayasaların kendi bünyeleri için de bir kurallar silsilesi bulunduğunu*” kabul etmiştir.⁴⁶

Bu kararları ile cumhuriyet kavramını yorumlayarak değiştirilemezlik hükmünün içeriğini yeniden belirleyen AYM, bir başka kararında⁴⁷ önce anayasayı “*bir devletin dayandığı hukuki yapının belkemiği niteliğinde*” şeklinde nitelendirip hemen ardından bu “*Anayasa düzeninin öyle temel*

⁴⁵ Ibid., s. 323. (vurgular bana aittir).

⁴⁶ Yıldızhan, Yayla. Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü. İçinde: Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, 1979, s. 976; ÖDEN de aynı görüştedir: Merih, Öden. Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 391-392 (ayrıca 450 nolu dipnot).

⁴⁷ Anayasa Mahkemesinin 13.4.1971 günlü, E. 1970/41, K. 1971/37 sayılı Kararı, AMKD, Sayı 9, s. 428-429.

kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların, çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı hükümlere bağlanması düzenin bütününi sarsabilir” diyerek Anayasanın 1. maddesinin değiştirilmesinin anayasanın yapısını temelinden yıkacağını belirtmektedir.⁴⁸

1961 Anayasasının uygulanmasındaki tecrübe bu şekilde iken, 1982 Anayasasının 148. maddesi ile AYM'nin görevleri, kanunların, kanun hükmünde kararname (KHK) ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemek olarak belirlenmiştir. Ayrıca anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından incelenip denetleneceği de aynı maddede yer almaktadır. Anayasa koyucu, böylece mahkemenin yetkisini kısıtlar şekilde mahkemenin inceleme yetkisini daraltmıştır.⁴⁹ AYM, 1982 Anayasası döneminde uzun bir süre 148. maddedeki düzenleme kapsamında kendini sınırlı tutmuştur.⁵⁰ Bu içtihadından 2008 yılında dönen

⁴⁸ Ibid., s. 428; Onar, AYM'nin değiştirme yasağı içine 2. maddedeki nitelikleri ve Başlangıç'taki ilkeleri de dahil etmekle, ayrıca bu kararı ile çağdaş uygarlığın gerekleri gibi çok farklı anlamlara çekilebilecek sübjektif kavramları ölçüt olarak almakla Anayasanın Anayasa değişiklikle genişlikte bir denetim yolunu açtığını savunmuştur: Onar, s. 142.

⁴⁹ Madde 148: “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararname şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.*

Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; defî yoluyla da ileri sürülemez.”

⁵⁰ Örneğin 1987 yılında Anayasada yapılan değişikliğin iptali başvurusunu değerlendirirken, konumunu şöyle tanımlamıştır: “*Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. Ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 21. Maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin*

mahkeme, Anayasanın öngördüğü düzenin, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzen olduğunu belirttiği kararında, kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihinin Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıktığı şeklinde yorum yapmıştır. 1961 Anayasası dönemindeki içtihatlarına da atıf yapan mahkemeye göre 4. madde ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir:

“...Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez. Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.”⁵¹

Şu halde anayasa metinleri ile AYM'nin içtihatlarını birlikte değerlendirdiğimizde cumhuriyet kavramının salt monarşinin reddi olarak tanımlanmadığı sonucuna ulaşmaktayız. Ancak makalemiz kapsamında değinilecek önemli bir husus, bu tanımlama kapsamında cumhuriyetçiliğin temel ilkesi olan *yürütme organının seçimle işbaşına gelmesi* şartının istisnasız şekilde kabul gördüğüdür. Bunun yanında yüksek mahkeme, cumhuriyetin niteliklerinden birinin (laiklik, demokrasi gibi) ihlal edilmesini de cumhuriyet ilkesinin ihlali olarak görmektedir. Bu iki argüman, cumhurbaşkanı yardımcılığı kurumunun cumhuriyetçilik ilkesi ile ilişkisini anlamakta mihenk taşı görevi görecektir.

esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.”
Anayasa Mahkemesinin 18.06.1987 günlü, E. 1987/9, K. 1987/15 sayılı Kararı, AMKD, Sayı 23, s. s. 285-286.

⁵¹ Anayasa Mahkemesinin 05.06.2008 günlü, E. 2008/19, K. 2008/116 sayılı Kararı, AMKD, Sayı 45, Cilt: 2, s. 1233; Mahkeme, aynı tutumunu 07.07.2010 tarih ve E. 2010/49, K. 2010/87 sayılı kararında da sürdürmüştür.

3. CUMHURBAŞKANI YARDIMCILIĞININ ANAYASAL YAPISI

2017 değişikliği ile yeniden düzenlenen Anayasanın 106. maddesi, “Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanına vekâlet ve bakanlar” başlığını taşımaktadır. Başlıkla uyumlu olarak maddenin ilk fıkrası uyarınca “Cumhurbaşkanı, seçildikten sonra bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı atayabilir.” Ancak 2018’den itibaren tek cumhurbaşkanı yardımcısı atanmış olup bu uygulama devam etmektedir. İkinci fıkra uyarınca cumhurbaşkanlığı makamının ölüm, istifa gibi herhangi bir nedenle boşalması halinde yenisi seçilene kadar cumhurbaşkanı yardımcısı cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve ona ait yetkileri kullanır. Tıpkı cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasında olduğu gibi cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde de cumhurbaşkanı yardımcısı, cumhurbaşkanına vekâlet eder ve ona ait yetkileri kullanır. Anayasanın 106. maddesi, cumhurbaşkanı yardımcısının yetkilerini bu şekilde düzenledikten sonra atanma kriterlerine yer vermiştir. Cumhurbaşkanı yardımcıları, tıpkı bakanlar gibi milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınırlar. Göreve başlarken TBMM önünde ant içerler. Milletvekilleri, cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanırlarsa milletvekilliği görevleri sona erer.

Cumhurbaşkanı yardımcısının siyasi sorumluluğu sadece cumhurbaşkanına karşıdır. Şayet cumhurbaşkanı yardımcısı hakkında göreviyle ilgili suç işlediği iddiasıyla TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılırsa, soruşturma açılmasına ancak üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla karar verilebilir. Madde lafzından da anlaşılacağı üzere cumhurbaşkanı yardımcılarının görevleriyle ilgili olarak Yüce Divan’da yargılanabilmesi için TBMM üye sayısının beşte üçünün oyunun aranması, onun yargılanma olasılığını azaltmaktadır. Keza görev süreleri tamamlandıktan sonra da cumhurbaşkanı yardımcısının yargılanmasında aynı yöntemin izleneceğine dair düzenleme, cumhurbaşkanı yardımcısına oldukça geniş bir korunma zırhı sağlamaktadır. Son olarak cumhurbaşkanı yardımcıları -ve bakanlar- görevleriyle ilgili olmayan suçlarda -yasama organı üyesi olmamasına rağmen- milletvekillerinin yararlandığı yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlere tabidir.

Anayasanın 104. maddesi, cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Bu maddede sayılan geniş yetkileri, şartların oluşması halinde cumhurbaşkanı yardımcısı/yardımcılarının kullanabileceği de

vekaletle ilişkin hükümler kapsamında açıktır. Seçimle işbaşına gelmeyen, vekalet edeceği cumhurbaşkanına göre daha düşük atanma kriterlerine sahip olan, sadece cumhurbaşkanına karşı sorumlu tutulan ve görevi süresince ve sonrasında geniş bir korunma zırhına sahip olan cumhurbaşkanı yardımcılığı makamı, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere yürütme organının seçimle işbaşına gelmesini savunagelen cumhuriyetçi geleneğin bu kadim şartının çok açık bir şekilde ihlal edilmesi ile maluldür.

4. DÜZENLEME NEDEN CUMHURİYET KARŞITI?

Yukarıda da değinildiği üzere cumhuriyet ve cumhuriyetçiliğin ortak noktası en basit anlamıyla *yürütme organının seçimle iş başına gelmesidir*. Ancak 2017 Anayasa değişikliği ile getirilen sistem bu tanımlama ile çelişmektedir. Şöyle ki; cumhurbaşkanı yardımcılığına atanmak için milletvekilliğine seçilme yeterliliği kafidir. Bu hüküm eleştiriye açıktır; zira cumhurbaşkanına vekalet edecek yardımcısının onunla aynı şartlara sahip olması gerekirken sadece milletvekili seçilme yeterliliğinin “yeterli görülmesi” düzenlemenin titiz yapılmadığını göstermektedir. Zira cumhurbaşkanı seçilebilmek için kırk yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış olma şartı aranırken, cumhurbaşkanı yardımcısının, 76. madde uyarınca milletvekili seçilebilmek için aranan onsekiz yaşını doldurmuş ve ilkokul mezunu olması yeterlidir.

Sakıncalı olan diğer bir düzenleme, cumhurbaşkanı yardımcısı olan/olacaklara cumhurbaşkanına vekalet etme yetkisi verilmesidir. Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması durumunda, yenisi seçilene kadar cumhurbaşkanı yardımcısı, cumhurbaşkanlığına vekalet edecektir. Yine cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde de ona vekalet edecektir. Bu vekalet esnasında cumhurbaşkanı yardımcısı, cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır. Cumhurbaşkanlığı yardımcılığının seçilmeden işbaşına gelmesinden sonra cumhuriyet kavramı ile ters düştüğü nokta da burasıdır.

Cumhuriyetçilikte klasik dönemden itibaren yöneticilerin seçimle işbaşına gelmesi esastır. Bu seçimin kimler tarafından, hangi sürede ve nasıl yapılacağı, tarihsel süreç içerisinde olgunlaşarak nihayet günümüzde demokratik usullerle belirlenmektedir. Cumhuriyetin hem *negatif* hem de *maddi* anlamıyla seçim esastır. zira cumhuriyet, en dar anlamıyla, egemenliğin millette olduğu, siyasi ve hukuki sorumluluğa sahip devlet başkanının ve temel organların doğrudan ya da dolaylı olarak seçimle ve

belirli süreli olarak işbaşına gelip halkın ve temsilcilerinin denetimi altında olduğu devlet şeklidir.⁵² Cumhurbaşkanına uzun bir süre vekalet edebilecek, TBMM’de bütçe sunuş konuşmasını yapabilecek, TBMM İç Tüzüğü uyarınca komisyon toplantılarına katılabilen, söz alabilen, Meclis genel kurulunda gündem dışı konuşma yapabilen ve cumhurbaşkanının tüm yetkilerini kullanabilen bir yöneticinin konumu, elbette temel organlarda yer almaktadır. Burada akla “cumhurbaşkanı yardımcısının da cumhurbaşkanının seçimiyle işbaşına geleceği” yönünde bir çıkarım gelse de gerek ortak iyinin sağlanması gerekse halkın ve temsilcilerinin denetiminin şart olması, bu çıkarımı olumluamamaktadır. Düzenlemenin ontolojik kusurlarının yanı sıra vekalet görevini sürdüren cumhurbaşkanı yardımcısının istediği kadar cumhurbaşkanı yardımcısı atamak gibi sınırları çok geniş yetkilere sahip olması da vekalet edilen kurumu örselemektedir.

1961 Anayasasına göre Cumhuriyet Senatosu Başkanı, 1982 Anayasasının değişmeden önceki haline göre de TBMM Başkanı, cumhurbaşkanına vekalet ediyordu. Her iki düzenlemede esas kriter, *seçilmişe yine seçilmişin* vekalet etmesidir. TBMM Başkanı, Anayasanın 94. maddesi hükümleri dikkate alındığında makamı itibarıyla prensip olarak tarafsızdır. Dolayısıyla cumhurbaşkanı yardımcısının, sadece cumhurbaşkanına karşı sorumlu olması da cumhuriyetçi anlayışa ters düşmektedir. Her ne kadar Anayasanın 98. maddesi uyarınca TBMM tarafından yazılı soru ve meclis soruşturması ile cumhurbaşkanı yardımcısını denetleme imkanı getirilmişse de yazılı soruların cevaplanmamasının bir yaptırımı bulunmadığı gibi cumhurbaşkanı yardımcısı hakkında soruşturmak açılması da gerekli çoğunluğun sağlanmasının neredeyse imkansız olması nedeniyle işlevsiz kalmaktadır.

Şu halde -başkanlık sistemlerinde başkanla birlikte seçilerek aynı meşruiyete sahip olan- cumhurbaşkanı yardımcısının atanabilmesi için cumhurbaşkanın seçilmesi için gereken kriterlerinin aranmadığı, cumhurbaşkanının yetkilerinin tamamını gerekli şartların oluşması halinde uzun bir süre kullanabilecek cumhurbaşkanı yardımcılığı görevi gerek cumhuriyetçiliğin yüzlerce yıllık birikimi gerekse Anayasanın 1. maddesine (dolayısıyla 2. ve 4. madde hükümlerine) aykırıdır.⁵³

⁵² Oğuz Kaan, DOĞAN, Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 31-32.

⁵³ Anayasa değişikliğinin görüşüldüğü komisyonun CHP’li üyeleri tarafından, teklifin tamamının değerlendirildiğinde anayasa değişikliği teklifiyle egemenliğin bir kişi

Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı makamı bu şekilde düzenlenen cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğu da 2017 değişikliği ile -sadece- beş yılda bir yapılacak seçimde halka hesap verilebilirliğe indirgenmiştir. Zira TBMM'nin cumhurbaşkanını denetlemesinin tek yolu meclis soruşturması açmasıdır. Bu seçeneğin kullanılabilmesi, birçok nedenle ihtimal dışıdır; soruşturma açabilmek için aranan üye sayısının yüksekliği, soruşturma açılma riskiyle karşı karşıya kalan cumhurbaşkanının seçimleri yenileme hakkını kullanması ihtimali gibi.⁵⁴ Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu düzenleyen 105. madde uyarınca Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen cumhurbaşkanının görevi sona erer. Yine aynı maddedeki düzenleme uyarınca Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır. Şu halde cumhurbaşkanı -ve yardımcısı- görev suçu iddiasıyla *yargılanırken* üç ay ve ek süre olarak belirlenen ilave üç ay olmak üzere altı ay boyunca görevlerine devam edebileceklerdir.

Cumhurbaşkanı yardımcılığı kurumunun bu yapısı anayasa hukuku yazınında haklı olarak eleştirilmiştir. Özbudun, cumhurbaşkanı yardımcısının birden fazla olması halinde bunlardan hangisinin vekalet edeceğinin düzenlenmediğine dikkat çeker.⁵⁵ Yazara göre teorik olarak uzun

lehine sınırlandırıldığı ve Cumhuriyetin niteliklerine aykırı biçimde “yürütmede tekleşme, devlette tekelleşme” amaçlandığı savunularak getirilmek istenen sitemin Anayasanın 1 ve 2. maddelerin aykırı olduğu iddia edilmiştir. Bkz.: 447 sıra sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifine dair Anayasa Komisyonu Raporu, s. 55; Erdoğan da meşruiyete ilişkin durumu, “..seçilmiş olmayan cumhurbaşkanı yardımcısının cumhurbaşkanlığı makamına vekaletinin bir yıla kadar sürebileceği düşünüldüğünde, ortada demokrasi ilkesiyle de bağdaşmayan bir durum olduğu açıktır.” Şeklinde demokrasi ilkesine aykırılıkla eleştirmektedir: Mustafa Erdoğan, Başkanlık Sistemi, Latin Amerika Tecrübesi ve Türkiye. Özgürlük Araştırmaları Derneği, Ankara, 2016, s. 27.

⁵⁴ Cumhurbaşkanına isnat edilen suçlar için bir ayırım yapılmadan görev ile ilgili olsun olmasın Yüce Divan'da yargılanacağı belirtilmesine rağmen Anayasanın 148. maddesi uyarınca Yüce Divan sıfatıyla yargılama makamı olan Anayasa Mahkemesi, cumhurbaşkanını ancak “göreviyle” ilgili suçtan yargılar. Bu durumda görevi ile ilgili olmayan suç isnadında yargılama makamının neresi olacağı -teorik de olsa- tartışmalıdır.

⁵⁵ Cumhurbaşkanlığı yardımcısının sayısına ilişkin Anayasanın 106 maddesine göre cumhurbaşkanı bir veya daha fazla cumhurbaşkanı yardımcısı atayabilir. Bu hüküm 104. maddede de zikredilmektedir: “Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları atar ve görevlerine son verir.” Ancak bir sınırlama getirilmemiştir. Anayasanın yanı sıra

süre vekalet edebilecek ve geniş yetkileri kullanabilecek cumhurbaşkanı yardımcısının hiçbir temsili sıfatının olmaması eleştiri konusudur.⁵⁶ Yüzbaşıoğlu, halkın seçtiği cumhurbaşkanına verilen tüm yetkilerin geçici bir süre de olsa atamayla gelen cumhurbaşkanı yardımcısına verilmesinin demokratik hukuk devleti bakımından *yadırganacak bir husus* olduğuna işaret eder.⁵⁷ Esen de benzer şekilde cumhurbaşkanının bütün yetkilerini tek başına kullanabilecek olan cumhurbaşkanı yardımcısının doğrudan ya da dolaylı olarak seçimle belirlenmemiş olmasının, yürütme erkinin demokratik meşruiyetini ortadan kaldırdığı görüşündedir.⁵⁸ Gözler ise cumhurbaşkanı yardımcısının, eski sistemdeki başbakanlık müsteşarlığına karşılık olarak ikame edildiğini, ancak başbakanlık müsteşarının başbakana vekalet etmesi ne derece garip ise cumhurbaşkanına cumhurbaşkanı yardımcısının vekalet etmesinin de aynı derece garip olduğunu vurgulamaktadır.⁵⁹ Bu kapsamda cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanan bir bürokrat cumhurbaşkanına vekalet edebilecek, makamın boşalması halinde de yeni cumhurbaşkanı seçilene kadar tüm yetkileri kullanabilecektir.⁶⁰

cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde de bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 10.07.2018 tarihli ve 1 nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 19. maddesinde “Cumhurbaşkanı Yardımcıları” ibaresi geçmekteyse de bir sayı belirtilmemektedir. Oysa karşılaştırmalı hukukta başkan yardımcılarının sayısı önceden belirlenmiştir: Anayurt-Ekinci. s. 489. Yazarlar, karşılaştırmalı hukuk verilerine göre bu sayının üçü geçmemesi gerektiğini belirtmektedirler. Ibid., s. 491; Esen de Latin Amerika ülkelerindeki uygulamalardan örnek vererek, 2017 değişikliği ile öngörülen sistemin benzerinin bulunmadığına dikkat çeker: Esen (2016), s. 49-50. Bununla birlikte 10.07.2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 18. maddesi uyarınca birden çok cumhurbaşkanı yardımcısı olması durumunda vekaletle ilişkin şu düzenleme yapılmıştır: “Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde, yenisi seçilene kadar *en yaşlı Cumhurbaşkanlığı yardımcısı* Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.”

⁵⁶ Ergun, Özbudun. Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara, 2020, s. 313.

⁵⁷ Bülent, Tanör, Necmi, Yüzbaşıoğlu. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım A. Ş., 18. Baskı, İstanbul, 2019, s. 357.

⁵⁸ Selin, Esen. 2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi. İçinde: Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2016, Sayı: 4, s. 49-50.

⁵⁹ Gözler (2019), s. 812; Yazara göre vekalet kurumunun TBMM Başkanından alınması ile vekalet kurumu tenzil-i rütbeye uğramıştır.

⁶⁰ Sadece bir cumhurbaşkanı yardımcısının atanması halinde, cumhurbaşkanlığı makamının boşalması üzerine vekalet görevini sürdürürken yardımcının ölmesi, istifa etmesi gibi hallerde sorun daha da karışık hale gelmektedir.

Sistemin siyasi meşruiyet yönünden potansiyel bir tehlikesi de vekaletin içeriği ile ilgilidir. Anayasanın 106. maddesinde, cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle (ölüm, istifa gibi) boşalması halinde kırk beş gün içerisinde cumhurbaşkanı seçiminin yapılacağı düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı yardımcısı, yeni cumhurbaşkanı seçilene -ve yemin ederek görevine başlayana kadar- cumhurbaşkanına vekalet edip yetkilerini kullanabilecektir. Böyle bir olasılığın gerçekleşerek cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde, kırk beş gün içerisinde yapılacak seçimin ikinci tura kalması ve hatta 101. madde uyarınca ikinci tura kalan tek adayın, geçerli oyların çoğunluğunu alamaması halinde cumhurbaşkanlığı seçimi yenileneceğinden, cumhurbaşkanı yardımcısının aylarca cumhurbaşkanına ait tüm yetkileri tek başına kullanması mümkündür.

Cumhurbaşkanı yardımcısının seçilmesine, özellikle de cumhurbaşkanına vekalet etmesine yönelik eleştiriler, genel olarak düzenlemenin “demokratik olmadığına” yöneliktir.⁶¹ Bize göre bu düzenleme, demokratik olmadığı gibi cumhuriyet ile yönetilen bir devlette de olamaz; dolayısıyla açıkça anayasaların 1924’ten beri var olan 1. maddelerine, 1982 Anayasası özelinde ise bunun yanında 2. ve 4. maddeye aykırıdır. Keza Anayasa Mahkemesinin oluşturduğu içtihadta yer aldığı gibi cumhuriyetin her türlü saltanat, şahıs ve zümre hâkimiyeti şekillerini reddeden içeriğine ters düşmektedir.⁶²

SONUÇ

Yaklaşık iki bin beş yüz yıllık bir geçmişe sahip olan cumhuriyetçilik geleneği, tarih boyunca yasanın üstünlüğüne dayalı öz yönetimi hedeflemiştir. Aydınlanma dönemi sonrasında kurulan modern cumhuriyetler, yürütme organının seçimle işbaşına gelmesini kurumsallaştırarak cumhuriyetçi geleneği tahkim etmiştir. Cumhuriyet kavramı hem dar, hem de geniş anlamıyla tamamen seçime dayanmaktadır.

Cumhurbaşkanı yardımcılığı, ilk defa ABD Anayasasında düzenlenmiş, daha sonra başkanlık sistemini tercih eden ülkelerde de ABD örneğinden bazı sapmalarla birlikte kabul edilmiştir. Türkiye’de 2017 yılında yapılan

⁶¹ Türkiye’deki cumhurbaşkanı yardımcılığı kurumunun benzer yönlerden eleştirisi için Bkz: Battal Yılmaz, The presidential system in Turkey: Opportunities and obstacles. Palgrave Macmillan, 2018, s. 53.

⁶² Anayasa Mahkemesinin 26.9.1965 günlü, E. 1963/173, K. 1965/40 sayılı Kararı, AMKD, Sayı: 4, s. 303.

anayasa değişikliği ile ihdas edilen cumhurbaşkanı yardımcısı makamı, seçilme, yetki ve sorumlulukları kapsamında kendine has bir düzenlemeyi içermektedir.

Cumhurbaşkanı yardımcısının atama yoluyla göreve gelmesi karşılaştırmalı hukuka göre bir sapma göstermekle birlikte özellikle cumhurbaşkanına vekalet etmesi ve bu vekaletin süresinin cumhurbaşkanlığı makamının boşalması ve yeni cumhurbaşkanının seçilmesinin ihtimaller dahilinde uzaması karşısında oldukça uzun bir süreyi kapsayacak olması, yürütme organının seçimle işbaşına gelmesini amaçlayan cumhuriyetçilik idealine tamamen aykırıdır. Bunun yanında cumhurbaşkanı yardımcısının sorumluluğunun sadece cumhurbaşkanına karşı olması, göreviyle ilgili olan ve olmayan suçlarda yargılanmaya karşı geniş bir dokunulmazlık zırhına sahip olması ve nihayet cumhurbaşkanına vekalet etmesi de Türk anayasa hukukunun yaklaşık yüz yıllık gelenekselleşmiş kurallarına da aykırıdır.

Sonuç olarak, cumhurbaşkanı yardımcısına ilişkin Anayasanın 106. maddesinin, Anayasanın 1, 2 ve 4. maddeleri ile Anayasa Mahkemesinin yaklaşık altmış yıllık içtihatları kapsamında yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- 30 Temmuz 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu.
- 447 sıra sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifine dair Anayasa Komisyonu Raporu.
- Anayasa Mahkemesinin 05.06.2008 günlü, E. 2008/19, K. 2008/116 sayılı Kararı, AMKD, Sayı 45, Cilt: 2, s. 1233.
- Anayasa Mahkemesinin 13.4.1971 günlü, E. 1970/41, K. 1971/37 sayılı Kararı, AMKD, Sayı 9, s. 428-429.
- Anayasa Mahkemesinin 16.06.1970 günlü, E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı Kararı, AMKD, Sayı: 8, s. 313-340.
- Anayasa Mahkemesinin 18.06.1987 günlü, E. 1987/9, K. 1987/15 sayılı Kararı, AMKD, Sayı 23, s. s. 285-286.
- Anayasa Mahkemesinin 26.9.1965 günlü, E. 1963/173, K. 1965/40 sayılı Kararı, AMKD, Sayı: 4, s. 290-368.
- Anayurt Ömer ve Ekinci, Ahmet. Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz. İçinde: Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Başgil, Ali Fuat. Esas Teşkilât Hukuku Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri Fasikül I. İstanbul, 1960 tarihli basıdan tıpkı basım, 2019.
- Baumgartner, Jody C. The American vice presidency reconsidered. Bloomsbury Publishing, 2006.
- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi.
- Doğan, Oğuz Kaan. Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Erdoğan, Mustafa. Başkanlık Sistemi, Latin Amerika Tecrübesi ve Türkiye. Özgürlük Araştırmaları Derneği, Ankara, 2016.
- Esen, Selin. 2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi. İçinde: Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2016, Sayı: 4.
- Feerick, John, D. "The Vice-Presidency and the Problems of Presidential Succession and Inability." *Frodham Law Review*, Vol: 32, Issue: 3, 1964.
- Geuss, Raymond Kamusal Şeyler, Özel Şeyler. Çev.: Koçak, Gülayşe. Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007.
- Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 1. Cilt, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

- Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2013.
- Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku. Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Güncellenmiş 3. Baskı, 2019.
- Haakonssen, Knud. "Republicanism" Maddesi, İçinde: Robert E. Goodin, Philip Pettit, Thomas W. Pogge. A Companion to Contemporary Political Philosophy, Vol. 2. Blackwell Publishing, 2007.
- Lewis, Bernard. Demokrasinin Türkiye Serüveni. Çev.: Hamdi, Aydoğan, Esra, Ermert. Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 2007.
- Lewis, Bernard. Djumhuriyya, Encyclopaedia of Islam, Ed: Bernard, Lewis, Charles, Pellat, Joseph, Schacht. Cilt: 2, (C-G maddeleri), Brill, 1991.
- Lijphart, Arend. Demokrasi Motifleri. Çev.: Güneş Ayas ve, Utku Umut, BULSUN, Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2006.
- Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu (1/397).
- Okutan, Cevat. Cumhuriyetçi Paradigma Paradigmatik Cumhuriyet, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2006.
- Onar, Erdal. 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu. Ankara, 1993.
- Öden, Merih. Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları 14. Baskı, Ankara, 2013.
- Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara, 2020.
- Sellers, M.N.S. Republican Legal Theory, The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State, Palgrave Macmillan, 2003.
- Smelser, Neil, J ve Paul, Baltes, B. eds. International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences. Vol. 11. Amsterdam, Elsevier, 2001.
- Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım A. Ş., 18. Baskı, İstanbul, 2019.
- Teziç, Erdoğan. Anayasa Hukuku, 8. Bası, Beta Basım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2003.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (5/7). Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Otuz dördüncü Birleşim, 30.03.1961
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu.
- Yıldızhan, Yayla. Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü. İçinde: Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, 1979.
- Yılmaz, Battal. The presidential system in Turkey: Opportunities and obstacles. Palgrave Macmillan, 2018.

HIRSIZLIK SUÇUNDA KORUNAN HUKUKİ DEĞERİN, SUÇUN KONUSUNUN, FAİLİN VE MAĞDURUN TESPİTİ

Determination of Retained Legal Value, the Object of the Crime, the Perpetrator and the Victim of the Theft Crime

Elif ERGÜNE*

ÖZ

Hırsızlık suçu, zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kişinin kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alması ile gerçekleşmektedir. Bu suç ile korunan hukuki değer ne olduğu konusunda farklı görüşler mevcuttur. Korunan hukuki değer doğru tespiti suçun konusunun, failin ve mağdurun tespitinde de büyük önem arz etmektedir. Hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer, zilyetlik veya mülkiyet yahut hem zilyetlik hem de mülkiyet olduğu ileri sürülmektedir. Çalışmada tartışmalı hususlara değinerek hırsızlık suçunda korunan hukuki değer ile ilgili değerlendirmelerden sonra suçun konusuna ilişkin tespitlere yer verilmiştir. Suçun konusu, kısaca başkasına ait taşınır maldır. Mal kavramına nelerin dahil olduğu hususu da yine tartışmalı olmakla birlikte maddi bir değer taşımayıp, sadece manevi değeri olan şeylerin de bu kapsamda ele alınıp alınmayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Suçun konusuna dair açıklamaların ardından suçun maddi unsurlarından fail ve mağdur incelenmiştir. Çalışma, doktrindeki tartışmalar ile Yargıtay kararlarından yararlanarak derinleştirilmiş ve Alman hukukundaki benzer düzenlemelere değinerek tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hırsızlık, Korunan hukuki değer, Suçun konusu, Fail, Mağdur.

Makalenin Geliş Tarihi: 03.08.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 01.09.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı E-posta: elifbekar@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6443-8392.

ABSTRACT

The crime of theft occurs when a person appropriates movable property belonging to another person without the consent of the possessor in order to benefit himself or someone else. There are different opinions about the retained legal value with this crime. The correct determination of the retained legal value is also very important in determining the object of the crime, the perpetrator and the victim. It is argued that the legal value retained by the crime of theft is possession or ownership or both possession and ownership. The object of the crime is, in short, the movable property belonging to another person. The issue of what is included in the concept of property is also controversial and there are different opinions on whether the things that do not have a material value but only have a moral value should be considered within this scope. After that the perpetrator and the victim, the material elements of the crime, were analyzed. The study is deepened by making use of the discussions in the doctrine and the decisions of the Court of Cassation and is completed by referring to similar regulations in German law.

Keywords: Theft, Retained legal value, Object of crime, Perpetrator, Victim.

GİRİŞ

Hırsızlık suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı İkinci Kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısımının "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı Onuncu Bölümünde 141 ve 147. maddeler arasında düzenlenmiştir. Hırsızlık suçunun gerek teorik boyutu gerekse uygulamadaki görünümü ile malvarlığına karşı suçların en önemlilerinden biri olduğu söylenebilir¹.

Suçun temel şekli, TCK m.141'de "*Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir*" şeklinde tanımlanmıştır. TCK m.142 ve m.143'te suçun temel şekline göre daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli haller, m.144, 145 ve m.146'da

¹ Eric Hilgendorf and Brian Valerius, *Strafrecht Besonderer Teil II* (München: C. H. Beck Press, 2021), § 242, 1.

daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli haller yer almaktadır. TCK m.147’de ise, hırsızlık suçuna özel zorunluluk hali düzenlenmiştir.

Hırsızlık suçunun koruduğu hukuki değer ne olduğu konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu suç ile korunan hukuki değer zilyetlik veya mülkiyet ya da hem zilyetlik hem de mülkiyet olduğu ileri sürülmektedir. Malikin ve zilyedin iradelerinin çatışması durumunda nasıl hareket edileceği, hangisinin iradesine üstünlük tanınacağı tartışmalıdır. Korunan hukuki değer doğru tespiti suçun konusu, fail ve mağdurun tespitinde de büyük önem arz etmektedir.

Öte yandan hırsızlık suçu, belirtildiği üzere malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiş olup, suçun konusu taşınır maldır. Mal kavramına nelerin dahil olduğu hususu da yine tartışmalı olmakla birlikte maddi bir değer taşımayıp, sadece manevi değeri olan şeylerin de bu kapsamda ele alınıp alınmayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Çalışmada tartışmalı bu hususlar ele alındıktan sonra fail ve mağdur incelenmiştir.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

A. Zilyetlik

Hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer² bakımından farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden bir kısmı tarafından, hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer, “*zilyetlik*” olduğu savunulmaktadır³. Bir eşyanın zilyedi,

² Korunan hukuki değer için öğretide başka kavramlar da kullanılmaktadır. “*Suçun hukuki konusu*” için bkz. Faruk Erem, Ahmet Danişman ve Mehmet Emin Artuk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yay., 1997), 234; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Ankara: Savaş Yay., 2021), 136; Ege Ediş, *Hırsızlık Suçu* (Ankara: Yetkin Yay., 2021), 27. “*Korunan hukuksal değer*” için bkz. Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Ankara: Seçkin Yay., 2003), 145; Ali Parlar ve Selda Kutluata, *Uygulamada Hırsızlık Suçları* (Ankara: Bilge Yay., 2018), 15. “*Korunan hukuksal yarar*” için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2020) 734. “*Korunan hukuki yarar*” için bkz. Erdal Noyan, *Hırsızlık Suçları* (Ankara: Adalet Yay., 2007), 40. Hukuki değer kavramı ile ilgili diğer kavramlar ve karşılaştırmaları hakkında bkz. Ünver, 58 vd.

³ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (İstanbul: Beta Yay., 1995), 276; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (İstanbul: Beta Yay., 2021), 329; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yay., 2020), 384; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, “Hırsızlık,” *GÜHFD C.XII, S.1-2* (2008): 776; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C.4* (Ankara: Adalet Yay., 2021) 4980; Mustafa Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*

eşyanın maliki olabileceği gibi bir başkası da olabilir. Bu görüşe göre, hırsızlık suçu taşınır malların zilyetliğinin korunması amacıyla ihdas edilmiş olup, bu suç ile zilyetlik ve zilyetliğe bağlı hakların korunduğu kabul edilmektedir⁴. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da bu yönde kararları mevcuttur⁵. Özel hukuk normları ile korunan zilyetliğin ceza hukuku ile daha etkin korunması amaçlanarak hırsızlık suçunun düzenlendiği ileri sürülmektedir⁶. Buna

(Ankara: Kartal Yay., 2007), 38; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu C.IV* (Ankara: Adalet Yay., 2014), 4474; Toroslu ve Toroslu, 135; Fatih Ağbaba, *Tüm Yönleriyle Hırsızlık Suçu* (Ankara: Bilge Yay., 2022), 62; Ediş, 27; İbrahim Halil Uğurlu, *Hırsızlık Suçu* (Ankara: Adalet Yay., 2010), 89; Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Sevinç Matbaacılık, 1978), 628, 629; Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (İstanbul: Beta Yay., 2007) 217; Aykut Gönül, *Hırsızlık Suçu* Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Yüksek Lisans Tezi (Yalova: 2019) 6; Didem Salkaya, *Hırsızlık Suçu* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk AnaBilim Dalı Kamu Hukuku Bölümü, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: 2010), 13; Emine Sümeyye Kökçam, *Türk Ceza Hukuku ile Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Hırsızlık Suçu* İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (Malatya, 2018) 28; Mustafa Emrah Şeyhanhoğlu, *Hırsızlık Suçu* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (Ankara: 2010), 14, 15; Serkan Türkdöğru, *5237 Sayılı TCK'da Hırsızlık Suçunun, Eldede veya Üstte Taşınan Eşyayı Çekip Almak Suretiyle ya da Özel Beceriyle İşlenmesi* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul, 2008), 59; Yılmaz Yazıcıoğlu, "Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı," Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan *MÜHFD C.19, S.2* (2013): 773; Mustafa Ekinci ve Sinan Esen, *Açıklamalı ve İçtihatlı Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal, Bilişim Alanında Suçlar ile Müşterek Hükümler* (Ankara: Adalet Yay., 2003), 286.

⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, 329; Artuç, 38; Gökcan ve Artuç, 4980; Sedat Bakıcı ve Gürsel Yalvaç, *5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yay., 2008), 16; Soyaslan, 384; Ali Kemal Yıldız, "Hırsızlık Suçu," *Özel Ceza Hukuku C.IV, Malvarlığına Karşı Suçlar* (İstanbul: On İki Levha Yay., 2018), 13; Fidan Balcı ve Seyithan Öztürk, *Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları* (Ankara: Adalet Yay., 2017), 2. Ayrıca ceza hukukunda zilyetlik kavramının, mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunabilme yeteneği olduğu hakkında bkz. Yazıcıoğlu, 775.

⁵ "Hırsızlık suçuyla korunan hukuki yarar zilyetlik ve buna bağlı haklardır" YCGK, E.2012/15-1358, K.2013/389, 24.09.2013; YCGK, E.2015/13-215, K.2018/37, 25.09.2018, (<http://www.kazanci.com>). YCGK, E.2013/661, K.2014/535, 02.12.2014; YCGK, E.2013/655, K.2014/515, 25.11.2014; YCGK, E.2013/661, K.2014/535, 02.12.2014; YCGK, E.2014/40, K.2014/453, 30.10.2014, (<https://legalbank.net>).

⁶ Artuç, 37; Toroslu ve Toroslu, 135; Centel, Zafer ve Çakmut, 329.

rağmen Ceza Kanunu'nun sadece zilyetliği koruduğunun söylenemeyeceği ifade edilmelidir⁷.

Korunan hukuki değer zilyetlik olduğu görüşünü benimseyenlerden bazıları, TCK m.144/1-a'yı kendi görüşlerini destekleyen bir hüküm olarak kabul etmektedir. Bu düzenleme, şu şekildedir: “*Hırsızlık suçunun; paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi halinde, şikâyet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur*”. Bu düzenlemeden yola çıkarak hırsızlık suçu ile zilyetliğin korunduğu ve malikin zilyede karşı suç işleyebileceği ileri sürülmektedir⁸. Ancak burada kişi, söz konusu taşınırın tek başına maliki değildir. Örneğin, paylı mülkiyette kişinin kendi payını aşan kısım bakımından hak sahibi olduğu söylenemez. Paydaş ya da elbirliği ile malik olunan mal üzerinde hak sahibi olan diğer kişi ya da kişiler mevcuttur. Bu nedenle mülkiyetin korunmadığı sonucuna ulaşılamayacaktır. Hatta bu düzenleme ile diğer hak sahiplerinin mülkiyet hakkının korunduğu da söylenebilir.

Hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer zilyetlik olduğunu savunanlardan bazıları ise, TCK m.142/2-a'nın bu görüşü destekler bir şekilde kaleme alındığını savunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, suçun kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak işlenmesi halinde faile daha fazla ceza verilecektir. Kişinin ölümü ile zilyetliğin mirasçılara geçtiği⁹ ve düzenleme ile mirasçıların mal üzerinde kazandıkları zilyetliğin korunduğu ileri sürülmektedirler¹⁰.

Zilyetliğin korunan hukuki değer olarak kabulü halinde, hâkimiyet şartı ve zilyet olma iradesi aranmaksızın mirasçılar kendiliğinden zilyet sayılacağı için çelişkili bir durum söz konusu değildir. Ancak bu yaklaşım da hırsızlık suçunda korunan hukuki değer sadece mülkiyet olarak kabulü halinde sorun teşkil edebilecektir. Bu olasılıkta böyle bir durumda işlenen hırsızlık suçunda korunan hukuki değer mirasçıların mülkiyet hakkı olduğunu söylemek gerekecektir. Nitekim korunan hukuki değer zilyetlik olduğunu savunan bir görüş, hırsızlık suçunda daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal olan kişinin ölmesinden yararlanarak hırsızlığın işlenmesi halinde bu nitelikli hal bakımından korunan hukuki değer mirasçıların mülkiyet hakkı olduğunu

⁷ Jörg Eisele, *Strafrecht Besonderer Teil II* (Stuttgart: Kohlhammer Press, 2021), § 242, 8.

⁸ Soyaslan, 384; Ediş, 29; Uğurlu, 88.

⁹ TMK 599/2. Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yay., 2022), 127.

¹⁰ Uğurlu, 88.

belirtmektedir¹¹. Bununla birlikte belirttiğimiz üzere bu ihtimalde mülkiyet hakkının korunduğu tespitine gerek olmadığı, ölen kişinin mal üzerinde zilyetliği sona erse dahi istisnai şekilde hâkimiyet şartı ve zilyetlik iradesi aranmaksızın mirasçılarının malın zilyedi haline gelmeleri nedeniyle bu suç bakımından yine zilyetliğin korunduğu ifade edilmektedir¹².

Bunun yanı sıra suç zilyedin egemenlik alanından taşınır malın çıkarılması ile tamamlanacağından korunan hukuki değer zilyetlik olduğunu ileri sürenler¹³ olduğu gibi mağdurunun zilyet olmasından hareketle korunan hukuki değer zilyetlik olduğunu belirtenler de mevcuttur¹⁴.

B. Mülkiyet

Bazı yazarlar hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer, “*mülkiyet*” olduğunu ileri sürmektedir¹⁵. Hırsızlık, mülkiyet iddiasında bulunmak amacıyla eşyanın elden alınması suretiyle mülkiyetin ihlal edilmesi anlamına gelmekte olup¹⁶ bu suç ile taşınır mal, bulunduğu yerden alınmasına dair olası saldırılara karşı korunmaktadır¹⁷. Mülkiyet hakkı, mülkiyet hakkının içeriği başlıklı TMK m.683’te “(1) Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. (2) Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir” şeklinde düzenlenmiştir.

¹¹ Centel, Zafer ve Çakmut, 330. Bir diğer görüş, henüz mirasçılarının zilyet olmadığı bir durumda hırsızlık suçunun işlenmesi halinde fiilin daha fazla ceza verilmesini gerektirecek şekilde yaptırıma bağlanmasından yola çıkarak korunan hukuki değer zilyetlikle birlikte mülkiyet olduğunu savunmaktadır (Hüseyin Eker, *Hırsızlık Suçları* (Ankara: Adalet Yay., 2014), 15.

¹² Tezcan, Erdem ve Önok, 734, dn.15.

¹³ Dönmezer, 276; Uğurlu, 89.

¹⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, 329.

¹⁵ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch* (München: C. H. Beck Press, 2022), § 242, 2; Roland Schmitz, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch (MüKoStGB)* (München: C. H. Beck Press, 2021), § 242, 4; Eisele, § 242, 8.

¹⁶ Hırsızlık suçu, belirli bir malvarlığı hakkını yani mülkiyeti koruyan malvarlığına karşı suçlara aittir. Mülkiyet suçları temel suç olarak mala zarar verme (Alman CK 303) ve failin kendisi veya üçüncü bir kişi için malikin mal üzerindeki (varsayılan) tasarruf hakkını elde etmek amacıyla başkasına ait eşyayı malikten aldığı suçlar olmak üzere iki gruba ayrılabilir. Urs Kindhäuser and Martin Böse, *Strafrecht Besonderer Teil II* (Baden-Baden: Nomos Press, 2021), § 2, 1.

¹⁷ Fischer, § 242, 45 vd.; Tezcan, Erdem ve Önok, 734.

Benzer düzenleme, mülkiyet hakkının yetkileri başlıklı Alman Medeni Kanun (MK) § 903'te yer almaktadır¹⁸. Alman MK § 903'te yetkiler bakımından zilyetlik şart koşulmamış olup, söz konusu yetkiler zilyetliğin kaybı halinde de devam etmektedir. Aynı esas, Türk hukukunda da söz konusudur. Anayasal koruma altında olan mülkiyet hakkını, zilyetliğe bağlı tasarruf imkânı olarak değerlendirmek dar kapsamlı bir yaklaşım olacaktır. Nitekim mülkiyet hakkının sağladığı yetkiler, zilyetliğe doğrudan bağlı değildir¹⁹.

Ayrıca hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer, mülkiyet olmayıp, **“mülkiyet hakkından doğan tasarruf imkânı”** olduğu kabul edilmektedir. Mülkiyetin korunması, Alman MK § 935 (TMK m.989) ile sağlanmaktadır; çalınan bir eşyanın mülkiyetini üçüncü şahıslar iyi niyetli olsalar bile devren kazanamazlar, malik çalınan eşya üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmez. Alman CK § 242'ye göre (TCK m.141) korunan hukuki değer malikin, hak sahibinin tasarruf imkanındır²⁰. Sonuç olarak mülkiyet hakkı, hırsızlık ile kaybedilmemekte, fakat hırsızlık suçunun işlenmesi ile fiili olarak mülkiyet hakkının kullanım imkânı ihlal edilmektedir. Bu görüşe göre, hırsızlık suçu ile korunması amaçlananın ise, bu kullanım imkânı olduğu söylenebilir²¹. Alman CK § 242 mülkiyetten kaynaklanan yetkilerin korunması ile ilgili olduğundan belirli bir şey üzerindeki hukuki durumun ihlali belirleyici bir öneme sahiptir²².

Korunan hukuki değer mülkiyet olduğunu savunan görüşe göre, korunan hukuki değer sadece zilyetlik olarak kabul edilirse malikin kendisine

¹⁸ Bu düzenleme ile bir eşyanın maliki, üçüncü kişilerin haklarına ve kanuna aykırılık oluşturmadığı takdirde, eşyayı dilediği gibi kullanabilir ve her türlü müdahaleden uzak tutabilir. Bkz. Alman MK § 903.

¹⁹ Schmitz, § 242, 4. Bununla birlikte kanundaki istisnai haller dışında TMK m.763/1'e göre, **“Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir”**. Bkz. Mehmet Serkan Ergüne, *Taşınır Mülkiyeti* (İstanbul, On İki Levha Yay., 2017), 215 vd.

²⁰ Baskın görüşe göre, hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer, mülkiyet hakkı olduğu kabul edilmekle birlikte kural olarak mülkiyet hakkının ihlali değil, mülkiyet hakkının fiili olarak kullanım imkanının ihlalinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Schmitz, § 242, 4; Nikolaus Bosch, Schönke/Schröder StGB Kommentar (München: C. H. Beck Press, 2019), § 242, 1, 2. Hırsızlık ile mülkiyet kazanılamayacağından korunan hukuki değer mülkiyet olsa dahi burada kastedilen mülkiyet kavramı, eşya hukukunun özellikleri bağlamında değil, malikin tasarruf imkânı ve üçüncü şahısların müdahalesinin engellenmesi anlamındadır. Bosch, § 242, 1, 2.

²¹ Schmitz, § 242, 4.

²² Bosch, § 242, 3.

ait bir taşınır malı, zilyedinin rızası olmadan alması halinde hırsızlık suçu oluşacaktır²³. Korunan hukuki değeri sadece zilyetlik olarak kabul eden bir diğer görüşe göre, malikin, taşınır malın doğrudan zilyedinin rızası olmaksızın alması suç oluşturmayacaktır. Bu görüşe göre, bunun nedeni mülkiyetin korunan hukuki değer olması değil, suç tanımında “başkasına ait mal” ibaresinin yer almasıdır²⁴. Bununla birlikte malikin malını rehinnetmesinden sonra doğrudan zilyedinin rızası olmaksızın geri alması halinde hırsızlık suçunun oluşacağı ileri sürülmektedir²⁵. Korunan hukuki değer sadece mülkiyet olarak kabul edilmesi durumunda malikin taşınır malını rehin olarak vermesi halinde (teslime bağlı taşınır rehininde malik asli dolaylı zilyet olarak kalmaya devam ederken rehinli alacaklı da ferî doğrudan zilyet olur²⁶) doğrudan zilyet olan rehinli alacaklının rızası dışında malı geri alması halinde hırsızlık suçunun oluşmadığı sonucu ortaya çıkacaktır ve bu husus korunan hukuki değer zilyetlik olduğunu savunan bir görüş tarafından eleştirilmektedir²⁷.

C. Zilyetlik ve Mülkiyet

Bir görüşe göre, hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer, “*zilyetlik ve mülkiyettir*”²⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bazı kararlarında da hırsızlık

²³ Tezcan, Erdem ve Önok, 734, dn.15; Centel, Zafer ve Çakmut, 330.

²⁴ Salkaya, 13.

²⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, 330; Soyaslan, 384.

²⁶ Bkz. TMK m.974.

²⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, 330.

²⁸ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara, Adalet Yay., 2022), 560; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yay., 2022), 674; Noyan, 40; Ahmet Caner Yenidünya, *Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (TCK md. 141-147)* (Ankara, Adalet Yay., 2013), 7; Parlar ve Kutluata, 15; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara, Adalet Yay., 2021) 541; Gani Kamışlı, *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hırsızlık Suçu* (Ankara: Seçkin Yay., 2017), 47; Numan Dalgıç, *Türk Ceza Kanunu’nda Bir Nitelikli Hal Olarak Suçun “Bir Hukuki İlişkiye Dayanan Alacağın Tahsili Amacıyla” İşlenmesi* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: 2022), 39; Ahmet Gökçen, Selim Erdin ve Büşra Şenerdoğan, “Hırsızlık Suçu (m.141),” *Malvarlığına Karşı Suçlar (m.141-169)* (Ankara: Adalet, 2018) 2; Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı C. II, Özel Hükümler (Madde 76-169)* (Ankara, Seçkin Yay., 2008), 980; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yay., 2020), 610; Adnan Akalın, *İslam Ceza Hukukunda Hırsızlık Suçu ve Çalınan Mal ile İlgili İhtilaflar* Ankara Üniversitesi

suçunda korunan hukuki değer hem zilyetlik hem de mülkiyet olduğu belirtilmiştir²⁹. Bu görüşe göre, hırsızlık suçu ile mülkiyet hakkı ve malikin eşya üzerinde tasarruf imkânı korunduğu gibi eşya üzerinde doğrudan zilyet olan kişilerin de fiili hakimiyetlerinin korunduğu kabul edilmelidir³⁰. Diğer yandan zilyetliğin, mülkiyetten ayrı değil, mülkiyet ile birlikte korunduğu belirtilmektedir. Böylece bu görüşe göre, zilyetlik, bu suç bakımından mülkiyetten bağımsız bir biçimde korunan hukuki değer değildir. Ancak hırsızlık suçu ile malikin doğrudan zilyet olmadığı hallerde de zilyedin hakları

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri (İslam Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (Ankara: 2006) 33; Banu Taylar, *Türk Ceza Kanunu'nda Hırsızlık Suçu* Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, (İzmir: 2010), 5; Remzi Gündüz, *Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar* (Ankara: Bilge, 2017), 23, 24; Filiz Sayar, *Hırsızlık Suçu ve Yeni Türk Ceza Kanunu* Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku, Yüksek Lisans Tezi (İzmir: 2008) 16, 17; Mehmet Nacak, *Hırsızlık Suçu* Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku, Yüksek Lisans Tezi (İzmir: 2013), 67; Murat Binici, *5237 sayılı TCK'da Hırsızlık Suçu* Bilecik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (Bilecik, 2010), 17; Orçun Koç, *Hırsızlık Suçu* Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Ankara: 2019), 9.

²⁹ “Hırsızlık suçuyla korunan hukuki yarar hem zilyetlik hem de mülkiyet hakkıdır”. YCGK, E.2014/807, K.2015/341, 20.10.2015; YCGK, E.2014/248, K.2016/26, 26.01.2016; YCGK, E.2017/58, K.2017/518. 05.12.2017. Kararlar için bkz. (<https://legalbank.net>). “...Hırsızlık suçu ile korunan hukuki yarar mülkiyet hakkı ile birlikte zilyetliktir. Kanunda “zilyet” kelimesi ile “başkasına ait olma” kelimesi aynı anda kullanılmıştır. Bu şekilde kanun koyucu, iki farklı hukuki duruma aynı anda yer vererek hırsızlık suçunda zilyetlik ile mülkiyeti ayırmış, her ikisini de koruma altına almıştır...” YCGK, E.2014/159, K.2016/257, 10.05.2016, (<http://www.kazanci.com>); YCGK, E.2016/546, K.2017/70, 14.02.2017, (<https://legalbank.net>).

³⁰ Koca ve Üzülmüş, 674. Hırsızlık suçu ile zilyetliğin korunmasına gerekçe olarak eşyanın malikinin, taşınırın mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, rehin olarak verilmesinde veya sözleşmeye dayalı olarak zilyetliğinin devredilmesinde tasarruf imkânının bulunmadığı, zilyet olan kişinin bu imkânı elde ettiği ifade edilmektedir. Noyan, 41; Koca ve Üzülmüş, 675. Ancak zilyet olan alıcıya malın teslimi ile birlikte tasarruf yetkisinin hemen geçtiği söylenemez. Zira mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde mülkiyetin alıcıya geçişi, koşula bağlanmıştır, koşulun henüz gerçekleşmediği dönemde alıcı sadece aynı beklentiye sahiptir ve mal üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi yoktur. Ergüne, 586, 587. Bu nedenle henüz koşul gerçekleşmeden malın bir başkasına teslimi halinde malike karşı hırsızlık suçu işlenmiş olacaktır. Bu ihtimalde malın değeri kadar miktarın verilmesi hali ise, etkin pişmanlık hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

korunmaktadır³¹. Nitekim TCK m.141’de yer verilen “*zilyedinin rızası olmadan...*” ibaresi³², suçla korunan hukuki değer sadece zilyetlik olduğunu göstermemektedir³³. Zira aynı maddede “*başkasına ait taşınır mal*” ifadesine de yer verilmektedir. Başkasına ait olma kavramının belirlenmesinde özel hukuk hükümlerine müracaat edilmelidir³⁴. Özel hukuk hükümlerine göre mülkiyet kime ait ise suça konu taşınır mal da ona ait olacaktır³⁵. Zilyetlik, “başkasına ait olma” kavramını karşılamaz, çünkü bir kimsenin taşınır malı zilyet olabilmesi için mülkiyet hakkına sahip olması şart değildir. Dolayısıyla buradaki başkasına ait olma kavramını mülkiyet hakkı bağlamında düşünmek gerekir.

Bunun dışında hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer hakkında literatürde farklı kavramların ortaya atıldığı görülmektedir. Bazı yazarlar tarafından korunan hukuki değer, mülkiyet ve zilyetliğin yanı sıra malvarlığı olduğu ileri sürülmüştür³⁶.

D. Doğrudan (Dolaysız) Hâkimiyet (Gewahrsam)

Bazı yazarlar tarafından hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer öncelikle “mülkiyet” olduğu kabul edilmekle birlikte “*doğrudan (dolaysız) hakimiyet, el altında tutma*”³⁷ (*Gewahrsam*)” olduğu da ileri sürülmektedir³⁸. Doğrudan hâkimiyet, bir şey üzerindeki fiili hâkimiyetin vasıtasız

³¹ Yenidünya, 7.

³² Fiilin işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında malın zilyedinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olduğunu ileri süren görüş için bkz. Noyan, 42.

³³ Koca ve Üzülmüş, 674.

³⁴ Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil I* (München, C. H. Beck Press, 2022), § 242, 9.

³⁵ Koca ve Üzülmüş, 686; Tezcan, Erdem ve Önok, 741; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 614.

³⁶ Kamışlı, 47; Parlar ve Kutluata, 15; Noyan, 22. YCGK, E.1997/22, K.1997-37, 04.03.1997 (Noyan, 40). Hırsızlık suçunun kişinin malvarlığı hakkını korumaya yönelik bir suç olduğu hakkında bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yay., 2021), 177.

³⁷ Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 421.

³⁸ Hâkim görüş tarafından önceden korunan hukuki değer doğrudan hakimiyet olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Fischer, § 242, 2. Bununla birlikte “*doğrudan hakimiyet*” hususunun tartışmalı olduğu, belirleyici olgusal koşullar nedeniyle var olabileceği ve ceza hukuku kapsamında korunmaya gerek olmadığı görüşü için bkz. Hilgendorf and Valerius, § 242, 1.

sürdürülmesidir³⁹. Doğal bir hükmetme iradesine dayanan hakimiyet, hem objektif olarak bir şey üzerinde fiili hakimiyeti hem de sübjektif olarak doğal hakimiyet iradesini içermektedir⁴⁰. Objektif olarak doğrudan hakimiyet, eşyayı doğrudan etkilemeye yönelik iradenin gerçekleşmesine doğrudan bir engel bulunmamasını gerektirir. Bu durumun, eşyadan mekânsal olarak ayrılma durumunda eşyanın üzerindeki kontrolün belirli bir süre sonra tekrar kazanılması halinde de geçerli olduğu toplumsal olarak kabul görmüştür⁴¹.

³⁹ TMK m.975; “Bir şeyde fiili hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir”.

⁴⁰ Hilgendorf and Valerius, § 242, 22. Örneğin bir ATM'nin usulüne uygun para çekme işlemi sonunda dağıttığı nakit para, dağıtım bölmesinde hazır bulundurulduğunda ve böylece erişim imkânı açıldığında, banka kartını ve PIN şifresini girerek bu işlemi başlatan kişinin hâkimiyetindedir. Martin Heger, *Lackner/Kühl/Heger StGB Kommentar*, (München, C. H. Beck Press, 2023), § 242, 13ee. Ayrıca doğrudan hakimiyetin, eşit birlikte hakimiyet ve basamaklı birlikte hâkimiyet şeklinde ayrıldığı görülmektedir. Volker Krey, Uwe Hellmann and Manfred Heinrich, *Strafrecht Besonderer Teil 2* (Stuttgart: Kohlhammer Press, 2021), § 1, 27. Müşterek zilyetlik durumunda, ortak hakimiyet sahiplerinden her biri diğerine karşı hakimiyet ihlali gerçekleştirebilir. Krey, Hellmann and Heinrich, § 1, 28. Basamaklı birlikte hakimiyet ise kişiler arasında üst ve ast ilişkisi olması durumunda söz konusudur. Krey, Hellmann and Heinrich, § 1, 29. Örneğin tüccar A, satış elemanı olan B'nin yazar kasayı çalıştırmasına izin vermiştir. Bir gün, kapanış saatinden kısa bir süre sonra, A kasadan bir miktar para almış ve daha sonra B'yi bu miktarı almakla suçlamıştır. A, o günkü hasılatı Alman MK ilgili hükümleri uyarınca teminat olarak bir alacaklıya peşin olarak devretmiştir. Bu örnekteki gibi kasa anahtarının sadece kasiyerde olması durumunda, henüz birlikte hakimiyet gerçekleşmemiştir. Krey, Hellmann and Heinrich, § 1, 27. A, dükkandaki malların ve kasadaki paranın hakimiyetine tek başına sahiptir. Bu nedenle B, hakimiyet sahibi değildir ve hırsızlığa ilişkin hükümler (Alman CK § 242, vd.) değil, A bakımından zimmete ilişkin hüküm (CK § 246) uygulanabilir durumdadır. Krey, Hellmann and Heinrich, § 1, 31.

⁴¹ Örneğin, evde olmayan ev sahibi dairedeki eşyalar üzerinde bu tür bir hakimiyete sahiptir. Sürücüsü tarafından park edilmiş veya bilinen bir yerde bırakılmış enkaz halindeki araba üzerinde sürücü kontrole sahiptir, ancak trenden inen yolcunun hareket eden trende bıraktığı eşyalar üzerinde kontrolünün olmadığı kabul edilmektedir. Bu ihtimalde söz konusu eşyaların genellikle demiryolunun hakimiyetinde olduğu kabul edilmektedir. Heger, § 242, 9aa. Örneğin, bir markette alışveriş yaparken A, kasada görülmemesi ve ücretlendirilmemesi için birtakım ürünleri, diğerlerinin ambalajının içine koyar. Kindhäuser/Böse, § 2, 26. A, alışveriş sepetindeki ürünlerin doğrudan hakimiyetini henüz tesis etmemiş, ancak en fazla market sahibinin bunlara erişimini zorlaştırmış, fakat kaldırmamıştır. Bu şekilde eşyanın üçüncü bir kişi tarafından önceki hakimiyet sahibinin etki alanında saklanması durumunda genellikle hakimiyet henüz kaybedilmiş sayılmamaktadır. Kindhäuser and Böse, § 2, 42.

Sübjektif olarak ise, doğrudan hakimiyet iradesi, diğer bir deyişle eşya üzerinde doğrudan etkide bulunabilme iradesi gereklidir. Bu ne bir mülkiyet iradesini (Alman MK § 872) ne de işlem ehliyetini gerektirir. Doğrudan hükmetme iradesi, işlem ehliyetinin geçici olarak devre dışı bırakılmasıyla (örneğin uykuda) ortadan kalkmaz. Ancak ölü kişide ve hayatın olağan akışına göre irade ehliyetini kaybetmiş ve ölene kadar geri kazanamamış hasta kişide de yoktur⁴².

Bu bağlamda doğrudan hakimiyet, doğal bir hakimiyet iradesi (sübjektif) ile eşyanın fiili hakimiyetini (objektif) gerektirir⁴³. Eşya üzerinde doğrudan hakimiyet kuran kişi, onu hıfzeden, muhafaza eden kişidir.

Bir hakimiyet iradesi ile taşınır eşyanın fiili kontrolü anlamına gelen doğrudan hakimiyette, fiili bir hakimiyet ilişkisinin mevcut olup olmadığı ve ilgili kişinin kontrol etme iradesine sahip olup olmadığı sosyal görüşe ve günlük hayat tecrübelerine göre belirlenir⁴⁴. Önceki hakimiyet sahibi, suçun bir sonucu olarak eşyanın hakimiyetini kaybetmiş olmalıdır⁴⁵.

Hakimiyet iradesi, genel olarak hakimiyet sahibinin kontrol etmek istediği genel bir hakimiyet alanını da kapsayabilir (örneğin evi, ticari veya tarımsal işleri vb.)⁴⁶. Bir kimsenin elinde, kıyafetlerinde, ceplerinde, çantalarında vb. taşıdığı eşyalar onun hakimiyetindedir. Bir konutta, ofiste veya iş yerinde ya da bir araçta bulunan eşya, kural olarak eşyanın sahibinin hakimiyetinde varsayılır⁴⁷. Bu koşul altında, örneğin evin posta kutusundaki posta, postane telefonundaki bozuk para, sabahın erken saatlerinde dükkânın kapısının önüne konulan mallar, bir dükkânın dışına konulan satılık mallar, evin önüne park edilen araba gibi hakimiyet altındaki eşyaların tam olarak bilinmesi gerekli değildir. Genel bir hakimiyet alanında kaybolan şeyler (örneğin, evde kaybolan mücevherler) diğer kayıp şeylerden farklı olarak hakimiyetin sonlandığı eşyalardan değildir⁴⁸.

⁴² Heger, § 242, 10bb.

⁴³ Dieter Dölling, Gunnar Duttge, Stefan König and Dieter Rössner, *Nomos Kommentar* (Baden-Baden: Nomos Press, 2022), § 242, 19.

⁴⁴ Krey, Hellmann and Heinrich, § 1, 15.

⁴⁵ Dölling, Duttge, König and Rössner, § 242, 19.

⁴⁶ Heger, § 242, 11cc.

⁴⁷ Krey, Hellmann and Heinrich, § 1, 15.

⁴⁸ Heger, § 242, 11cc.

Hırsızlık suçunda aranan unsur, eşyayı alma, başkasının hâkimiyetinin engellenmesi ve yeni bir hâkimiyet tesis edilmesidir⁴⁹. Hükmetme iradesine dayanan fiili bir egemenlik ilişkisi anlamına gelen doğrudan hakimiyet, Alman MK §§ 854 vd. maddelerinde tanımlanan zilyetlik kavramı ile eş anlamlı değildir. Bu nedenle, mirasçılardan zilyetliği için Alman MK § 857'nin uygulanabilir olmadığı durumda, mirasçılar bakımından fiilen zilyetlik söz konusu olmalıdır⁵⁰. Zilyetlik hukuki bir durumu ifade ederken, doğrudan hakimiyet fiili bir durum olarak zilyetliğin her türünü kapsamayan bir hakimiyet ilişkisidir.

Bu çerçevede korunan hukuki değer mülkiyet ve mülkiyet dışında doğrudan hakimiyet olduğu ileri sürülmektedir⁵¹. Bu nedenle konu, mülkiyetin korunması değil, “*eşyaya fiili sahipliğin*” korunması kavramı ile açıklanmıştır. Diğer yandan korunan hukuki değer, hakkın sahibi ve konusu (objesi) bağlamında bir derecelendirme yapmaktadır. Bunlardan fiili sahipliğin korunmasının bu koşulun yanlış anlaşılmasına dayandığı ve bu görüşün Alman MK § 903⁵² hükmünü takip etse dahi bu düzenlemede yer almadığı belirtilmektedir. Hakkın sahibi ve konu bağlamında derecelendirme yapmanın ise olağan yaklaşıma işaret ettiği, olağan anlayıştan farklı bir şey belirtmediği ileri sürülmektedir⁵³.

Tipik fiilin mülkiyetin korunmasından uzaklaşması, malvarlığına karşı suçlarda yanlış yorum yapılması anlamına gelecektir. Alman MK § 903 tarafından verilen yetkiler ön plana çıkarılsa dahi buradan asli zilyetliğin korunması sonucu çıkar ve korunan hukuki değer de zilyetliğin korunmasına dönüştürülür⁵⁴.

Belirtildiği üzere doğrudan hakimiyet medeni hukuk kapsamındaki zilyetlik ile aynı anlama gelmemektedir. Hakimiyetin bir tasarruf yetkisi gerektirdiği söylenemez. Ceza hukukundaki hakimiyet kavramı zilyetlik ile kıyaslandığında hakimiyet kavramının bazı yönleriyle daha dar bazı yönleriyle daha geniş bir kavram olduğu söylenebilecektir. Örneğin, doğrudan

⁴⁹ Fail eşyaya yalnızca bir kez erişim sağlamışsa ve önceden o eşyayı hâkimiyeti altında tutana karşı hukuka uygunluk savunmasında bulunuyorsa bu husus değerlendirilmelidir. Mahkeme kararının gerekçesinde, sadece failin belirtilen malları “çaldığının” ifade edilmesi yeterli değildir. Heger, § 242, 8.

⁵⁰ Heger, § 242, 8a.

⁵¹ Heger, § 242, 1.

⁵² Alman MK § 903 için bkz. dn.18.

⁵³ Schmitz, § 242, 5.

⁵⁴ Schmitz, § 242, 5.

zilyedin hakimiyeti vardır ve fakat dolaylı zilyedin ya da kanunen zilyet sayılan mirasçılarının doğrudan hakimiyeti yoktur⁵⁵.

Hâkim görüşe göre, Alman CK § 242 bağlamında bağımsız olarak korunan hukuki değer, doğrudan hakimiyet olmalıdır. Bunun sonucunda aynı konutta yaşayan ve aile mensupları arasında hırsızlıkta şikâyet (Alman CK § 77 ve 247) hususunda hem malik hem de doğrudan hakimiyet sahibi kişi suçtan zarar gören olarak kabul edilebilecektir⁵⁶. Ancak doğrudan hâkimiyet sahibi olan kişinin alternatif olarak korunması ve eşyanın üçüncü şahıstan alınması halinde örneğin, malik tek başına şikâyet hakkını geri alarak ceza soruşturmasını ya da kovuşturmasını sonlandıramayacaktır. Malikin eşya üzerindeki tasarruf hakkının bir sonucu olduğundan hakimiyetin, kümülatif olarak korunması gerektiği ileri sürülmüştür. Mülkiyetin sağladığı aktif ve pasif yetkilerin korunması sebebiyle ayrıca değil, birlikte korunması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷.

Malik ve doğrudan hâkimiyet sahibi olanlar farklı kişiler ise, hâkimiyet sahibi olan kişi korumasız değildir. Çünkü haklı veya haksız hakimiyet sahibine, hırsıza karşı hırsızlık da mümkündür⁵⁸ ve kural olarak malik bu durumda yeniden zarar görür. Alman CK § 247’de belirtilen şikâyet hakkı malike ait olacaktır. Hakimiyetin ihlali, mülkiyetin ihlalinin bir parçasıdır ve hırsızlık, malikin yetkilerine el koyma amacı ile işlenen hakimiyet ihlali şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁹.

Bununla birlikte Alman CK § 242 ile mülkiyetin gereği gibi korunduğu, fakat malikten farklı doğrudan hâkimiyet sahibi şeklinde bir kimsenin korunmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, § 247 ve 248’e göre şikâyet hakkı sadece malike yahut ev sahibine aittir, kiracının böyle bir hakkı yoktur. Hukuka uygun rıza da yine malik tarafından verilmelidir. Ancak doğrudan hakimiyet sahibinin rızası varsa bu durumda, hırsızlık suçunda aranan, eşyayı alma maddi unsurunun gerçekleştiği söylenemeyecektir⁶⁰.

⁵⁵ Dölling, Duttge, König and Rössner, § 242, 19.

⁵⁶ Bosch, § 242, 1, 2.

⁵⁷ Bosch, § 242, 1, 2.

⁵⁸ Hırsıza karşı da hırsızlık işlenebilir çünkü hakimiyetin hukuken tesis edilmiş olması gerekmemektedir. Ancak hırsızlık sonucu edinilen eşyaların henüz paylaşılmadan suç ortağı tarafından alınması, başkasının malına yönelik yeni bir saldırı değildir. Heger, § 242, 12dd. Hukuka aykırı elde edilen eşyaların da mülkiyet suçlarına konu olabileceği uygulamada da kabul görmüştür. Örnek için bkz. Fischer, § 242, 5.

⁵⁹ Bosch, § 242, 1, 2.

⁶⁰ Eisele, § 242, 8.

Fiili hakimiyet olmaksızın zilyetliği de tanıyan Alman MK zilyetlik kuralları bu açıdan geçerli değildir. Doğrudan hakimiyet, ölümle sona erer; mirasçının zilyetliği vardır, ancak hakimiyeti yoktur. Keza dolaylı zilyedin de doğrudan hakimiyeti yoktur⁶¹.

E. Görüşümüz

TCK m.141’de yer verilen “zilyedinin rızası olmadan...” ibaresi, suçla korunan hukuki değer zilyetlik olduğunu göstermektedir. Ancak aynı maddede “başkasına ait taşınır mal” ifadesine de yer verilmektedir. Başkasına ait olma kavramının belirlenmesinde özel hukuk hükümlerine müracaat edilmelidir. Buna göre mülkiyet kime ait ise suça konu taşınır mal da ona ait olacaktır. Zilyetlik başkasına ait olma kavramını karşılamaz, çünkü bir kimsenin taşınır zilyet olabilmesi için mülkiyet hakkına sahip olması şart değildir. Başka hukuki ilişkiler sebebiyle de (kira, ödünç, sınırlı ayni haklar) zilyet olunabilir. Bu nedenle buradaki “başkasına ait olma” kavramını mülkiyet hakkı bağlamında düşünmek gerekir.

Taşınır üzerindeki fiili hâkimiyet, doğrudan veya dolaylı zilyetlik şeklinde ortaya çıkabilir. Nitekim TMK m.974’ya göre; “(1) Zilyet, bir sınırlı aynî hak veya bir kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim ederse, bunların ikisi de zilyet olur. (2) Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan aslî zilyet, diğeri fer’î zilyettir”. Buna göre malik taşınırı kira, ödünç, sınırlı ayni hak gibi sebeplerle verdiği zaman taşınırı alan kimse doğrudan zilyet olurken, malik dolaylı zilyet olarak kalmaya devam eder. Dolayısıyla hırsızlık suçunun sadece zilyetliği koruduğu görüşü çerçevesinde yapılacak değerlendirmede, hırsızlık suçu ile sadece doğrudan zilyetliğin mi yoksa hem doğrudan hem de dolaylı zilyetliğin mi korunduğunun açıklanmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Sadece doğrudan zilyetliğin korunduğu ve mülkiyet hakkının korunmadığı ileri sürülecek olursa kiracıdan yahut rehinli alacaklıdan veya mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta alıcıdan malın üçüncü kimse tarafından çalınması halinde suçun malike karşı işlenmediği sonucuna varılacaktır. Oysa ulusal ve ulusal üstü hukukta mülkiyet hakkının öncelikle ve özellikle korunduğu, özel hukuktaki birçok kurumun (haksız zilyetlik, sebepsiz zenginleşme) da mülkiyet hakkının korunmasına hizmet ettiği dikkate alındığında malvarlığına karşı işlenen en temel suç tipi olan hırsızlıkta mülkiyet hakkının korunmadığını ileri sürmek isabetli

⁶¹ Fischer, § 242, 3.

olmayacaktır. Üstelik TCK m.141’de zilyetlikten söz edilirken bunun sadece doğrudan zilyetlik olduğu yönünde herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Ancak Türk öğretisindeki açıklamalara baktığımızda maddede yer alan zilyetlik kavramının, çoğunlukla doğrudan zilyetlik şeklinde anlaşıldığını ve malikin taşınır rızası ile başkasına verdiği hallerde onun dolaylı zilyetliğinin esasında devam ettiği hususunun ihmal edildiğini görmekteyiz. Alman öğretisinde de mesele genellikle doğrudan (dolaysız) hâkimiyet (Gewahrsam) kavramı üzerinden ele alınmakta ve doğrudan hâkimiyet ile zilyetliğin farklı olduğu; dolaylı zilyedin zilyet olmakla beraber doğrudan hâkimiyet sahibi olmadığı ifade edilmektedir. Zira Alman CK § 242’de zilyet kavramına yer vermeksizin taşınırın bir başkasından alınması (wegnehmen) unsuruna yer verilmiş, böylece suçun malike ve muhafaza eden kimseye karşı işlendiği kabul edilmiştir. TCK m.141’de ise, durum farklıdır. Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır malın bulunduğu yerden alınması unsuru aranmış olduğundan hırsızlık suçu ile hem doğrudan ve dolaylı zilyetliğin hem de mülkiyet hakkının korunduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER İLE İLGİLİ ÖZELLİK ARZ EDEN HUSUSLAR

Malikin ve zilyedin iradelerinin çatışması durumunda nasıl hareket edileceği, hangisinin iradesine üstünlük tanınacağı tartışmalıdır. Bu durumda doğrudan zilyet olmayan malikin, malik olmayan doğrudan zilyedin rızasına aykırı şekilde ondan taşınır malı geri alması halinde hırsızlık suçundan sorumluluğunun doğup doğmayacağı incelenmelidir.

“Örneğin, malik A kendisine ait taşınır malın doğrudan zilyetliğini, ödünç vererek veya mülkiyeti saklı tutma kaydı ile satış yaparak yahut rehnetmek suretiyle B’ye devretmiştir. A, daha sonra B’nin rızasına aykırı bir biçimde B’den bu malı geri almıştır”.

Hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer sadece zilyetlik olduğu kabul edildiği takdirde, malikin fiili, hırsızlık suçu olarak kabul edilebilecektir. Dolayısıyla verilen bu örneğe göre, fail malik olup, suçun mağduru zilyet olacaktır⁶². Bu görüşe göre, malı haczeden ya da taşınırını rehin olarak

⁶² Uğurlu, 87; Ediş, 28.

veren⁶³ ya da mülkiyeti saklı tutma kaydıyla⁶⁴ satan kimse, zilyedin rızası olmadan taşınır malı yararlanmak maksadıyla geri alırsa suç gerçekleşmiş sayılacaktır⁶⁵.

Mülkiyet hakkının daha üstün bir hak olduğu kabul edilmekle birlikte TCK m.141'in amacının zilyetliğin korunması olduğundan yola çıkarak bu görüşün savunulduğu görülmektedir⁶⁶. Aksi yorumun, malike karşı zilyedin haklarının korunmamasına sebep olacağı ileri sürülmektedir⁶⁷.

Diğer yandan hırsızlık suçu ile sadece zilyetliğin korunduğu kabul edildiği takdirde intifa hakkı sahibi kişinin rızasına aykırı şekilde mülkiyet sahibinin taşınır alması ve intifa hakkı sahibinin zilyetliğini sonlandırması halinde hırsızlık suçunun oluştuğu kabul edilecektir⁶⁸.

Öte yandan hırsızlık suçu ile sadece mülkiyetin yahut zilyetlik ile birlikte mülkiyetin korunan hukuki değer olarak kabulü halinde, hırsızlık suçu oluşmayacak ve malik bu suçun faili olarak kabul edilemeyecektir⁶⁹. Bu

⁶³ "...Rehin, alacaklı lehine bir durum ihtas etmesi sebebiyle rehin edenin bu mal üzerindeki tasarruf ehliyeti birtakım tahditlere tabi bulunmaktadır ve bu itibarla mal üzerindeki tasarruf selahiyeti tahdit edilmiş bulunan malik rehin almakla zilyet durumuna girmiş kimsenin veya müessesenin rızası hilafına ve faydalanmak maksadıyla bu mal aldığı takdirde eylemi hırsızlık suçunu oluşturur." Y. 6. CD, 4005/4072, 05.12.1965, "Rehnedilmiş malın malik tarafından alınmasında hırsızlık suçunun oluşmayacağı ancak eski tarihli yargı kararlarında hırsızlık olarak değerlendirildiği görülmektedir. "Rehin, alacaklı lehine bir durum ihdas etmesi sebebiyle rehin edenin bu mal üzerindeki tasarruf ehliyeti birtakım tahditlere bağlı tabi bulunmaktadır ve bu itibarla mal üzerindeki tasarruf selahiyeti tahdit edilmiş bulunan malik, rehin almakla zilyet durumuna girmiş kimsenin veya müessesenin rızası hilafına ve faydalanmak maksadıyla bu mal aldığı takdirde eylemi hırsızlık suçunu oluşturur." Y. 6. CD, 4005/4072; 29.06.1965; 3196/3222, 29.05.1969. Ayhan Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994), 290.

⁶⁴ Dönmezer, 284; Naci Şensoy, *Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar* (İstanbul, Nazir Akbasan Yay., 1963), 41; Yenidünya, 30.

⁶⁵ Kubilay Taşdemir ve Ramazan Özkepir, *Hırsızlık Suçları* (Ankara, Adil Yay., 1997), 3; Abdullah Pulat Gözübüyük, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması C.IV*, (Ankara: Kazancı Yay., 1981), 522.

⁶⁶ Noyan, 53.

⁶⁷ Ediş, 28.

⁶⁸ Faruk Erem, *TCK Şerhi Özel Hükümler C.III* (Ankara: Seçkin Yay., 1993), 2353, 2354; Erem ve Toroslu, 635; Uğurlu, 88.

⁶⁹ Soyaslan, 384. Korunan hukuki değer zilyetlik olduğunun belirtilmesine rağmen, failin malın sahibi olması durumunda hırsızlık suçunun oluşmayacağı görüşü hakkında bkz. Toroslu ve Toroslu, 137.

görüşe göre, bu ihtimalde hırsızlık suçundan sorumluluk doğmayacaktır⁷⁰. Dolayısıyla malikin, örneğin rehin olarak verdiği malı, rehin alan zilyedin elinden, bu kişinin rızasına aykırı bir biçimde alması halinde hırsızlık suçunun oluştuğu kabul edilemeyecektir⁷¹.

Bununla birlikte belirttiğimiz üzere malikin ve zilyedin iradelerinin çatışması hallerinde, mülkiyet hakkının, hukuken hak sayılmayan bir hukuki durumdan ibaret olan zilyetlikten daha üstün⁷² olduğu ve böylece malik tarafından işlenen fiilin, hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmelidir⁷³.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun eski tarihli bir kararında, noterde yapılmayan araç satışında mülkiyetin alıcıya geçmediği olayda, malikin aracı teslim alan alıcıdan rızası dışında alması halinde hırsızlık suçunun oluşmadığı yönünde karar verilmiştir⁷⁴. Aksi görüşe göre, aracın, malik olan satıcı tarafından zilyedinin rızası dışında yarar sağlamak amacıyla alınması halinde hırsızlık suçu oluşacaktır⁷⁵.

⁷⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, 742; Yenidünya, 30; Sayar, 33; Nacak, 73; Binici, 25; M. Muhtar Çağlayan, *En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu C.IV*, (Ankara: Yetkin Yay., 1970) 298; İsmail Malkoç, *5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 82-149) C.2*, (Ankara, Sözkese Yay., 2013), 2208.

⁷¹ Dönmezer, 283; Çağlayan, 298; Centel, Zafer ve Çakmut, 329, dn.35.

⁷² Koca ve Üzülmöz, 675.

⁷³ Yenidünya, 20.

⁷⁴ YCGK. 1995/329-3652, 5.12.1995; 1993/347-7, 5.1.1993. Noyan, 41. Benzer yönde bkz. YCGK. 10.05.2016; “Sanık ...adına trafik siciline kayıtlı aracın katılan ...'ye satışına dair işlemin 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 20/d maddesinde öngörülen şekil şartlarına uygun yapılmadığı, bu durumda taraflar arasında haricen yapılan araç satış sözleşmesi geçersiz olduğundan mülkiyetin nakli sonucunu doğurmadığı, katılıandan araç bedelini alamayan sanık ...'in maliki olduğu aracı babası olan diğer sanık ... ile birlikte mülkiyet hakkına dayanarak bulunduğu yerden aldığı anlaşıldığından, sanıkların üzerine atılı hırsızlık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığının kabulü gerekmektedir.” (<http://www.kazanci.com>).

⁷⁵ Noyan, 41; Centel, Zafer ve Çakmut, 330, dn.40; Soyaslan, 384; Hafizoğulları ve Özen, “Hırsızlık”, 775. Yargıtayın bu yöndeki eski tarihli bir kararı ise şu şekildedir: “Rehin, alacaklı lehine bir durum ihdas etmesi sebebiyle rehin edenin bu mal üzerindeki tasarruf ehliyeti birtakım tahditlere tabi bulunmaktadır ve bu itibarla mal üzerindeki tasarruf salahiyeti tahdir edilmiş bulunan malik, rehin almakla zilyet durumuna girmiş kimsenin veya müessesenin rızasına hilafına ve faydalanmak maksadıyla bu malı aldığı takdirde eylemi hırsızlık suçunu oluşturur.” Y. 6. CD, E.4005, K.4072, 29.06.1965. Bkz. Önder, 290; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 560, dn.6.

Hırsızlık suçunun başkasına ait taşınır mal hakkında işlenebileceği dikkate alındığında, malik tarafından bu suçun işlenemeyeceği kabul edilmelidir⁷⁶. Örneğin, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta mülkiyet bedelin tamamının satıcıya ödenmesi anına kadar mülkiyet satıcıya ait olduğundan taşınır mal, zilyedinin rızasına aykırı olarak malik tarafından alınsa dahi başkasına ait bir mal olmadığı için hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Diğer bir ifadeyle malik, zilyetliği bir başkasına devreder ve daha sonra mülkiyet hakkına sahip olduğu malı, zilyedinin rızasına aykırı bir biçimde alırsa, malın başkasına ait olmaması nedeniyle hırsızlık suçu oluşmamıştır⁷⁷.

Bu ihtimalde hırsızlık suçunun gerçekleşmiş olduğunu kabul eden görüşü savunanlardan bir kısmı ise, TCK m.290/2'nin bu görüşü destekler nitelikte olduğunu ifade etmiştir⁷⁸. Bu düzenlemeye göre; *“Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle el konulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması halinde hırsızlık, cebren alınması halinde yağma, hileyle alınması halinde dolandırıcılık, tahrip edilmesi halinde mala zarar verme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Kişinin bu malın sahibi olması halinde, verilecek cezanın yarısından dörtte üçüne kadarı indirilir”*. Dolayısıyla muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli yahut herhangi bir nedenle el konulmuş olan taşınır malın, bu kişinin elinden malın sahibi tarafından rızası dışında alınması halinde de suç işlenmiş sayılacaktır⁷⁹. Hem bu düzenlemenin hem de TCK m.144/1-a'nın korunan hukuki değerini zilyetlik olduğu görüşüne dayanak oluşturduğu ileri sürülmektedir⁸⁰.

⁷⁶ Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar* (İstanbul, Beta Yay., 2008), 2; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 560, 561; Koca ve Üzülmez, 675. Öngörülen şekil şartlarına uyulmadan noter haricinde gerçekleştirilen satış sonucunda aracın mülkiyetinin karşı tarafa geçmediği olayda, aracı teslim ettiği kişinin rızası dışında bulunduğu yerden alan kişi hırsızlık suçundan sorumlu olmayacaktır. YCGK. E.2014/159, K.2016/257, 10.05.2016. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 561.

⁷⁷ *“...Malın maliki ile zilyedi bulunan kişinin farklı kişiler olması halinde, malın maliki tarafından zilyedi bulunan kişiye karşı bu suç işlenemez. Bu itibarla malik, sahibi olduğu eşya üzerindeki zilyetliği bir hukuki ilişkiye dayalı olarak bir başkasına devretmiş olsa, daha sonra mülkiyeti kendinde olan eşyayı zilyedinin rızası olmaksızın alsa, fiil hırsızlık suçunu oluşturmaz. Zira hırsızlık suçunun konusunu oluşturan eşyanın "başkasına ait olması" gerekir...”* YCGK. E.2016/546, K.2017/70, 14.02.2017, (<https://legalbank.net>).

⁷⁸ Kamışlı, 47; Noyan, 54.

⁷⁹ Noyan, 53; Gözübüyük, 522; Taşdemir ve Özkepir, 3.

⁸⁰ Soyaslan, 384; Yıldız, 16.

Sonuç olarak TCK m.290/2'ye göre rehinli veya hacizli yahut herhangi bir nedenle el konulmuş olan taşınır malın, sahibi tarafından zilyedinden rızası dışında alınması halinde verilecek cezada indirim uygulanacaktır. Bu düzenleme belirtilen hallerde malikin yetkisinin sınırlandırıldığını görmekteyiz. TCK m.141'e göre ise, malikin yetkisi sınırlandırılmış şekilde değildir.

TCK m.290/2'de zikredilen rehin hakkını, kişinin zilyet olması nedeniyle TMK m.939 vd. hükümlerine göre kurulan teslim bağli taşınır rehni olarak anlamak gerekmektedir. TCK m.290/2'de yer almayan intifa, kira, ödünç gibi hallerin de madde metnin eklenmesi yahut genel bir ifadeyle kapsam dahiline alınması yerinde olacaktır. TCK m.290 bakımından malikin fail olabilmesinin, mülkiyet hakkının bahsettiği kullanımlardan sınırsız şekilde yararlanamıyor olmasından kaynaklı olduğunu söyleyebiliriz. Bahsedilen hallerin bazılarında tasarruf yetkisi mevcut olmakla birlikte bazılarında sınırlandırılmıştır. Sonuç olarak mülkiyet hakkının bahsettiği kullanım veya tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı durumlarda malikin fail olarak sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Nitekim TMK m.683'e göre malik, mülkiyet hakkının verdiği yetkileri hukuk düzeninin sınırları içinde kullanabilir.

Ayrıca haksız zilyetten taşınır malın rıza dışında alınması, örneğin hırsız karşı hırsızlık suçunun oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir.

“Örneğin, A'ya ait taşınır mal, hırsız B tarafından alınmış, B'den de C tarafından rızasına aykırı şekilde alınmıştır”.

Başkasına ait taşınır malı, zilyedinin rızası olmaksızın alan hırsız, mülkiyet hakkını kazanamaz ve fakat taşınır malı hâkimiyetine sokması ile kötü niyetli malik sıfatıyla haksız zilyet olacaktır. Haksız bir şekilde zilyet olan bu kişiden, bir başkasının malı çalması halinde hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağı değerlendirilmelidir. Bu noktada, hırsızdan malın bir başkası tarafından çalınması halinde, hırsızlık suçunun oluşacağı ileri sürülmektedir⁸¹. Bu görüşe göre, hırsızın ilgili mal üzerinde fiili hakimiyetini sağlaması ile malın alınması halinde fiilin suç niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Öte yandan malı malikin rızası ile geri alan malik dışında başka bir kişi, bu fiili rıza ile gerçekleştirdiği için TCK m.26/2 uyarınca fiilinin hukuka aykırı olduğu ancak cezai sorumluluğun doğmadığı ifade edilmiştir⁸². Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Her şeyden evvel buradaki rıza, tipikliğe dahildir, aksi görüşe göre de hukuka uygunluk sebebi olarak rızanın mevcut olması

⁸¹ Erem, 2340; Ediş, 31.

⁸² Ediş, 29, 31.

ihtimalinde fiil, hukuk düzeni ile çatışma halinde olmayıp, hukuka uygundur. Böylece taşınır malın alınmasında zilyedin rızasının bulunması halinde suçun oluşmaması sebebiyle beraat kararı verilmelidir⁸³. Bir diğer görüş tarafından bu ihtimalde TCK m.26/1’de yer alan hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁸⁴.

Belirttiğimiz üzere hırsıza karşı hırsızlık suçunun işlenebileceğini, hırsızdan malı çalan kişinin de hırsızlık suçunu işlemiş sayılacağını ileri sürenler⁸⁵ olduğu gibi hırsızlık suçunun ancak zilyetliğin hukuka uygun şekilde tesis edilmiş olduğu mal hakkında olabileceğini ve bu nedenle hırsıza karşı hırsızlık suçunun işlenemeyeceğini kabul eden görüşler de mevcuttur⁸⁶. Malın sahibinin hırsızdan alması ise, hırsızlık olarak değerlendirilemeyecektir⁸⁷. Ayrıca zilyetliğin hukuka uygun ya da aykırı tesis edilmiş olmasının bir öneminin bulunmadığı ve bunun sonucu olarak malı çalarak zilyetliği ele geçiren kişinin elinden malın çalınması halinde de hırsızlık suçunun gerçekleştiği ileri sürülmektedir⁸⁸.

Hırsız, taşınır malı alarak hâkimiyetine soktuğu anda söz konusu taşınır mala malik sıfatıyla haksız zilyet olacaktır. Hırsızın da elinden rızası dışında başkasının bu taşınır malı alması halinde ikisi de kötü niyetli zilyet olduğundan taşınır davasını ilk hırsızlık fiilini işleyen kişi, son zilyede karşı açamayacaktır. Zira TMK m.991/2’ye göre; “Eğer önceki zilyet de zilyetliği iyi niyetle edinmemiş ise sonraki zilyede karşı taşınır davası açamaz”.

Hırsız, taşınır malı alarak mülkiyet hakkını kazanmamıştır (TMK m.989/1), zira taşınır mal kendisine ait değildir. Ancak zilyetlik düzenlemelerinin amacı, mevcut düzenin devamıdır. Bu durumda taşınır malı çalan ikinci hırsıza karşı önceki kötü niyetli zilyet tarafından taşınır davası açılmayacaktır. Yukarıda verilen örneğe göre, hırsız B, C’ye karşı taşınır davası açamayacaktır. Ancak bu husus, ikisi de kötü niyetli haksız zilyet olan hırsız B ve C arasındaki ilişki için geçerlidir.

Bu ihtimalde malik olan A’ya karşı hırsızlık suçunun işlenmiş olması durumu ayrıca değerlendirilmelidir. Ceza hukuku sorumluluğu bakımından

⁸³ Artuç, 52.

⁸⁴ Ersan Şen, “Hırsızlık Suçları,” *Ankara Barosu Dergisi* (2012/3): 326, 327.

⁸⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç, 4476; Özbek, 983; Tezcan, Erdem ve Önok, 735; Artuç, 38; Mahmut Koca, *Yağma Cürümleri* (Ankara: Seçkin Yay., 2003), 113; Yenidünya, 22; Eker, 13; Sayar, 19.

⁸⁶ Koca ve Üzülmez, 676.

⁸⁷ Şen, 326, 327; Eker, 13.

⁸⁸ Ediş, 34.

hırsız B'nin, malik A'ya karşı işlediği suçtan sorumluluğunun söz konusu olacağından kuşku bulunmamaktadır. Buradaki asıl mesele C'nin hırsızlık suçundan sorumluluğu noktasında toplanmaktadır. C, A'ya ait taşınır malı haksız zilyet olan B'den almış olduğu için taşınır malın "zilyedinin rızası olmadan" alması şeklinde Kanun'da ifade edilen tipiklik gerçekleşmiş olmayacaktır. Çünkü B, haksız zilyettir; haksız zilyede karşı hırsızlık suçunun işlenmesi söz konusu değildir. Malik A'nın ise eşya üzerindeki zilyetliği hırsız B tarafından sona erdirilmiştir. Taşınırın C tarafından B'den alındığı anda malik A'nın eşya üzerinde herhangi bir zilyetliği kalmamıştır. Ancak A'nın mülkiyet hakkı devam ettiği için A'ya karşı hırsızlık suçunu işlemiş olacaktır.

Malik eşyayı rızası ile (kendi dolaylı zilyetliğini devam ettireceği beklentisiyle) bir kimseye vermiş ve bu kimse de yine rızası ile taşınırın zilyetliğini başkasına devretmişse (rıza zincirinde kopukluk olmadığı sürece bu devir silsilesi devam edebilir), taşınır mal başkası tarafından dolaysız zilyedin elinden rızası dışında alındığı takdirde hırsızlık suçunda aranan tipiklik de gerçekleşir. Bu durumda hem dolaysız zilyede hem de dolaylı zilyetliği devam eden malike karşı hırsızlık suçu işlenmiş olur.

Sonuç olarak hırsızlık, haksız zilyede karşı değil, hukuka uygun şekilde elinde tutan feri ya da asli zilyede karşı işlenmiş ise, haklı zilyede karşı ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olacaktır.

"Örneğin A, B'ye ait taşınır malı çalarak iyi niyetli C'ye satar ve C de bu taşınır mala 5 yıl boyunca malik sıfatıyla davasız ve aralıksız iyi niyetli zilyet olur." (TMK m.777/1)

Alman MK m.935 gereği, mülkiyet hakkı hırsızlık fiilinden etkilenmeyip, korunmaya devam etmektedir. Hırsızlık suçunun faili, çaldığı eşyanın mülkiyet hakkını kazanamayacaktır. Ancak çalınan şeyin para veya hamiline yazılı senet olması ihtimalinde iyi niyetli üçüncü kişiler tarafından mülkiyetin kazanılması söz konusu olabilecektir. Ancak üçüncü kişi kötü niyetli ise, çalınan para yahut hamiline yazılı senedin mülkiyet hakkını kazanamayacaktır⁸⁹. Benzer şekilde TMK m.990'da; *"Zilyet, iradesi dışında elinden çıkmış olsa bile, para ve hamile yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kimseye karşı taşınır davası açamaz"* düzenlemesi mevcuttur⁹⁰. Bu durumda C zamanasını ile mülkiyeti kazanırken B mülkiyet hakkını kaybedecektir.

⁸⁹ Schmitz, § 242, 4.

⁹⁰ Zilyetliğin kaybı kural olarak mülkiyet hakkının sona ermesine yol açmaz. TMK m.778; *"Taşınır mülkiyeti, malik tarafından terk edilmedikçe veya başkası tarafından kazanılmadıkça yalnız zilyetliğin kaybıyla sona ermez"*. Keza bkz. TMK m.989.

III. SUÇUN KONUSU

Hırsızlık suçunun konusu, başkasına ait taşınır bir maldır⁹¹. Bu nedenle ilk olarak mal kavramı, malın taşınır olması ve başkasına ait olma kavramları açıklanmalıdır. Mal kavramı, sözlükte “*Bir gerçek veya tüzel kişinin mülkiyeti altında bulunan, taşınır veya taşınmaz varlıkların bütünü*” olarak tanımlanmaktadır⁹². Mal kavramını, benzer kavramlardan ayırt edebilmek ve kavramı doğru izah edebilmek için medeni hukuktan yardım almak mecburidir. Eşya, mal ve şey kavramlarının açıklanabilmesi için medeni hukukun bir dalı olan eşya hukukuna başvurulacaktır. Arapça kökenli olan bu kavramlar, hukuken eş anlamlı olmayıp, farklı içeriklere sahiptir. İnsan dışındaki her türlü maddi ve maddi olmayan varlık, “şey” olarak ifade edilirken, insanların ihtiyaçlarını karşılayan yararlı şeyler “mal”, üzerinde hâkimiyet sağlanabilen ve belirli ihtiyaçlara cevap verebilen kişiler dışındaki maddi varlıklar ise “eşya” olarak tanımlanmaktadır. Sonuç olarak kısaca eşya kavramının mal kavramından, *mal* kavramının da şey kavramından daha dar bir içeriğe sahip olduğu söylenebilecektir⁹³.

Eşya kavramının aslında özel hukuka ait bir kavram olduğu, ceza hukukunda da özel hukukta olduğu şekilde kabul edilmesinin hukuk düzeninin tekliğini sağlayacağı ileri sürülmektedir⁹⁴. Buna rağmen eşya kavramı, ceza hukukunun amacına uygun yorumlanmalıdır. Sonuçta ceza hukukunda eşya, özel hukuktan farklı olarak kamu hukuku kavramıdır⁹⁵.

Mal kavramının kısaca maddi bir varlığa sahip, üzerinde hakimiyet kurulmaya elverişli, insan dışı varlık olarak tanımlandığını görmekteyiz⁹⁶. TCK m.141’de “taşınır mal” ibaresine yer verilmekle TMK m.762 bağlamında taşınır sayılan her şeyin değil, sadece taşınabilir eşyaların bunun kapsamına gireceği ifade edilmiştir. TMK m.762 ise, “*Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir*”

Birleşme ve karışma halleri ise bu duruma istisna teşkil etmektedir. Bkz. TMK m.776. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Ergüne, 781 vd. Ayrıca bkz. Alman MK § 947 vd. (Schmitz, § 242, 4).

⁹¹ Fischer, § 242, 3; Hilgendorf and Valerius, § 242, 6; Heger, § 242, 2, 2a.

⁹² <https://sozluk.gov.tr/>

⁹³ Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (İstanbul, Beta Yay., 2009), 25 vd; Ergüne, 5 vd; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara, Yetkin Yay., 2022), 4, dn.9.

⁹⁴ Koca ve Üzülmez, 677.

⁹⁵ Fischer, § 242, 3.

⁹⁶ Gökçen, Erdin ve Şenerdoğan, 12; Yenidünya, 25, 26; Dalgıç, 44.

şeklinde. Bu düzenlemede de aslında taşınır malların, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi yani cismani şeyleri kapsadığı belirtilmiştir. Cismani olan bu eşyaların sınırlandırılabilirdikleri ölçüde katı, sıvı, gaz olmaları fark etmemektedir⁹⁷.

Ceza hukukunda taşınır eşya, medeni hukuk anlamında taşınır sayılan tüm şeyleri kapsamayıp, yalnızca fiilen taşınabilen şeyleri ifade eder. Dolayısıyla taşınır hale getirilmiş şeyler, örneğin kırılmış altın dişler yahut taşınmazdan ayrılmış döşeme tahtaları, kapılar, pencereler, radyatörler bu kapsamdadır⁹⁸.

Bununla birlikte edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler hakkında işlenen suçlar bakımından ise, karşılıksız yararlanma suçu (TCK m.163) inceleme konusu yapılacaktır. Her türlü enerji, hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilirken yapılan değişiklik ile karşılıksız yararlanma suçuna dâhil edilmiştir⁹⁹. Medeni hukukta taşınır mülkiyetinin kapsamına taşınır eşyanın yanı sıra doğal güçler de dahil edilmiştir. Hırsızlık suçunun konusu, taşınır mülkiyetinin kapsamına giren her şey değil, taşınır eşyalardır.

Bunun yanı sıra taşınır mal hakkında ekonomik değer taşıma ölçütünün aranıp aranmayacağı değerlendirilmelidir. Malın, maddi bir değerinin bulunmasının gerektiği, ekonomik bir değeri olmayan şeylerin bu suç kapsamında ele alınmayacağı söylenmektedir¹⁰⁰.

Malvarlığını bir bütün olarak koruyan malvarlığına karşı suçlardan (örneğin dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma) farklı olarak hırsızlık, ekonomik değerine bakılmaksızın malik olma iddiasıyla belirli bir eşyanın elden alınmasına yöneliktir. Sonuç olarak ekonomik bir zarara meydana gelip gelmediği veya failin buna karşılık gelen ekonomik bir çıkarımın olup olmadığına bakılmaksızın malike benzer şekilde hakimiyet gücünün ileri sürülmesiyle ilgilidir¹⁰¹.

⁹⁷ Hilgendorf and Valerius, § 242, 6.

⁹⁸ Heger, § 242, 3, 2b.

⁹⁹ Alman hukukunda da elektrik hırsızlığı, hırsızlık suçu (§ 242) kapsamında ele alınamayacak olup, elektrik hırsızlığının düzenlendiği § 248c hükmü uyarınca değerlendirme yapılacaktır. Hilgendorf and Valerius, § 242, 6.

¹⁰⁰ Noyan, 49; Taşdemir and Özkepir, 13; Şensoy, 35; Necat Özü Türk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı C.III*, (İstanbul, Filiz Kitabevi, 1970), 137; Akalın, 31; Gündüz, 25.

¹⁰¹ Bosch, § 242, 4; Heger, § 242, 2, 2a.

Malın sadece manevi değerinin olması, maddi bir değerinin olmaması halinde hırsızlık suçunun oluşup oluşmadığı hakkında farklı görüşler mevcuttur. Ekonomik değeri olmayan taşınır eşyalar da hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilir¹⁰². Sadece manevi değeri olan mektuplar, kâğıt parçaları çalınırsa yine hırsızlık suçu gerçekleşmiş olacaktır¹⁰³. Eski ve sararmış bir aile fotoğrafı da yine bu kapsamda verilen örnektir¹⁰⁴. Bununla birlikte tatil fotoğrafları veya özel mektuplar ideal bir değere sahip olduğundan uygulamada bu yönde örnek bulmak zor olabilir¹⁰⁵. Çalınan eşyanın ekonomik değerinin önemsiz olması, hırsızlık suçunun geniş anlamda mülkiyet suçu olduğunu göstermektedir¹⁰⁶. Failin söz konusu malın ekonomik değerinin olduğunu sanması ise, hata hali kapsamında değerlendirilecek bir durumdur.

Alman CK § 303 bağlamında değersiz şeylerin tahrip edilmesi mala zarar verme olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Hırsızlık suçunda da suçun konusunun maddi ve manevi bir değerinin olmaması halinde cezalandırmaya gerek olmadığı durumlar hırsızlık kapsamında ele alınamayacaktır. Aksi durumda failin değersiz bir eşyayı tahrip etmesine izin verilmesi, ancak o eşyayı alarak hâkimiyetine sokmasına izin verilmemesi şeklinde bir sonuç ortaya çıkacaktır ve bu sonuç hâkim görüşüne göre çelişkilidir¹⁰⁷.

Hak ve alacaklar hırsızlık suçuna konu teşkil etmezler. Aynı şekilde elektronik ortamda yahut başka şekilde saklanan veriler eşya kavramına dahil değildir. Verilere erişim sağlanması suç olarak düzenlenmiş olmasına rağmen verilerin kendisinin elde edilmesi bu kapsamda değildir. Ancak elbette CD,

¹⁰² Petra Wittig, Beck'scher Online Kommentar zum StGB (BeckOK StGB) v. Bernd Heintschel-Heinegg, 2023, § 242, 3; Ugurlu, 112; Nacak, 67. "Mektubu, muhtevadaki sırrı öğrenmek için değil, içindeki parayı ve diğer kıymeti almak için açmak hırsızlık suçunu oluşturduğu, ancak zarfın çıkan ve sanık tarafından alınan kağıtlar ekonomik değerden yoksun bulunduğundan eylem eksik teşebbüs düzeyinde kaldığı" YCGK. E.1990/5-157, K.1990/200, 25.06.1990, (<http://www.kazanci.com>).

¹⁰³ Dönmezer, 282; Çağlayan, 297, 298; Tezcan, Erdem ve Önok, 735; Ediş, 31, 32; Şensoy, 34.

¹⁰⁴ Hilgendorf and Valerius, § 242, 2.

¹⁰⁵ Bosch, § 242, 7.

¹⁰⁶ Dar anlamda mülkiyet suçları ise, dolandırıcılık suçunda olduğu gibi ekonomik açıdan zarar doğması anlamında malvarlığını etkilemektedir. Hilgendorf and Valerius, § 242, 2.

¹⁰⁷ Bosch, § 242, 7.

disket, USB bellek veya Blu-ray hırsızlık suçunun konusu olabilir¹⁰⁸. Bunun yanı sıra ipotekli borç senetleri, çek karneleri, yemek kuponları, jetonlar, sözleşme formları, parasal belgeler eşya kavramına dahildir¹⁰⁹. Cismani varlığı olmayan radyo dalgaları, elektrik akımı, kaydi para hırsızlık suçunun konusunu oluşturamaz¹¹⁰.

Ayrıca taşınmaz malın bir parçasının koparılıp alınması ile fiilin işlemesi halinde parçanın taşınır eşya haline gelmesi nedeniyle hırsızlık suçu oluşacaktır¹¹¹.

Bununla birlikte malik ve zilyedin olmadığı sahipsiz mallar bu suçun konusu değildir¹¹². Hiç kimse tarafından sahiplenilmeyen veya sahiplenilmesi mümkün olmayan şeyler serbest hava, akan su, başıboş vahşi hayvanlar başkasına ait değildir¹¹³. Ayrıca bir kimsenin sahibi olmadığı örneğin, denizin dibindeki inci, denizdeki balık ve deniz suyu hırsızlık suçunun konusu olamaz¹¹⁴. Kaybolan veya yanlış yerleştirilen yahut unutulmuş mallar sahipsiz değildir¹¹⁵.

Avlanmış av hayvanları, balıklar, kesilmiş hayvan parçaları¹¹⁶ sahiplenildikleri andan itibaren hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilir (TMK m.767). Hayvanlar ceza hukuku anlamında eşya kavramına aittir, çünkü mülkiyete dahil edilebilir ve bu nedenle Alman CK § 242-303 korumasını gerektirir¹¹⁷. Alman MK § 90a¹¹⁸ maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra aksi belirtilmedikçe eşyalara uygulanan hükümler,

¹⁰⁸ Hilgendorf and Valerius, § 242, 7; Heger, § 242, 2, 2a.

¹⁰⁹ Dölling, Duttge, König and Rössner, § 242, 6.

¹¹⁰ Dölling, Duttge, König and Rössner, § 242, 6.

¹¹¹ Noyan, 59. Başkası ile veya self servis yakıt ikmali yoluyla elde edilen ancak henüz ödenmemiş yakıt durumu gibi somut olaylarda mülkiyet ilişkisi tartışmalı olmakla beraber bütünleyici parça olup olmadığı önem arz etmektedir. Bütünleyici parça olursa TMK m.684/1 uyarınca mülkiyet geçer. Diğer hallerde aynı sözleşme oluşmadığı için mülkiyetin geçmediği kabul edilmektedir. Heger, § 242, 5aa.

¹¹² Önder, 290; Şensoy, 47; Erem, 2349; Özbek, 983; Taşdemir ve Özkepir, 2; Salkaya, 21; Sayar, 34; Nacak, 77; Şeyhanlıoğlu, 20; Türkdöğru, 93; Malkoç, 2208; Özütürk, 138; Ekinci ve Esen, 286.

¹¹³ Heger, § 242, 7cc.

¹¹⁴ Dönmezer, 285; Erem ve Toroslu, 634; Eker, 15, 16. Taşdemir ve Özkepir, 2. Y. 10. CD, E.25184/2004, K.18710/2005, 13.12.2005. Noyan, 51.

¹¹⁵ Heger, § 242, 7cc.

¹¹⁶ Noyan, 61.

¹¹⁷ Rengier, § 242, 7; Krey, Hellmann and Heinrich, § 1, 1; Fischer, § 242, 3.

¹¹⁸ Benzer düzenleme İsviçre MK m.641a.

hayvanlara ilişkin özel bir hüküm yoksa bunlar bakımından da uygulanacaktır¹¹⁹.

Ağaçta veya bağdaki meyveler, ekinler zilyedinin rızası dışında alınırsa yine hırsızlık suçundan sorumluluk doğacaktır¹²⁰. Gemiler de taşınır eşya sayıldığından hırsızlık suçuna konu olacaktır¹²¹.

Öte yandan fikri mülkiyete ilişkin ihlaller, bu kapsamda değerlendirilmemektedir¹²². İnsan bedeninin, bedeninden ayrılmış parçaların, implantların, protezlerin durumu tartışmalıdır¹²³. Yaşayan insanın, insanlık onuru nedeniyle eşya olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak insan cesedinin bu kapsamda değerlendirilebileceği kabul edilmektedir¹²⁴. İlke olarak suçun konusu, ölen bir insanın bedeni de dahil olmak üzere cismani varlığı olan nesnelere aittir. Yaşayan insanlar, embriyolar (fetüsler)¹²⁵ bu kapsamda kabul edilmemektedir¹²⁶.

Ayrıca vücuttan ayrılan parçalar, ayrıldıktan sonra eşya kapsamında değerlendirilecektir. Yaşayan bir kişinin vücudundan çıkarılan parçalar veya maddeler (saç, diş, kan, vb.) o kişinin mülkiyetindedir¹²⁷. Hâkim görüşe göre,

¹¹⁹ Heger, § 242, 2, 2a. Alman MK hükmünün bir çelişki yaratmadığı, hükmün sistematığı ve amacının hayvanlara dair mülkiyetin ceza hukuku koruması işlevine sahip olmadığı ileri sürülmektedir. Krey, Hellmann and Heinrich, § 1, 1.

¹²⁰ Noyan, 61.

¹²¹ TTK m.936; “*Sicile kayıtlı olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün gemiler bu Kanunun ve diğer kanunların uygulanmasında taşınır eşyadandır*”. İİK m.23/2; “*Açıkça öngörülen istisnalar dışında, bayrağına ve bir sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler hakkında bu Kanunun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır. Bu Kanun uyarınca gemi siciline verilecek şerhler, Türk Ticaret Kanunu’nun 977nci maddesi hükmüne tâbidir*”.

¹²² Schmitz, § 242, 4.

¹²³ Hilgendorf and Valerius, § 242, 9. Vücutun doğal parçaları koparıldıklarında eşya haline gelirler, ancak cerrahi olarak yeniden nakledildiklerinde veya implantasyon sonucunda eşya niteliklerini kaybederler (Kindhäuser and Böse, § 2, 24) ve kişilik hakkının kapsamına girerler. Doğal ve yapay vücut implantlarının, implantasyonun ardından vücutun bir parçası haline geleceği ve eşya sayılamayacağı hakkında bkz. Heger, § 242, 2, 2a.

¹²⁴ Hilgendorf and Valerius, § 242, 9. Yaşayan insanın, süje olduğu ve eşya kapsamında ele alınamayacağı hakkında bkz. Kindhäuser and Böse, § 2, 23.

¹²⁵ Ana rahmindeki embriyoya ilişkin koruma, çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği Alman CK § 218 ve devamındadır. (Kindhäuser and Böse, § 2, 23). Benzer suç tipi için bkz. TCK m.99.

¹²⁶ Heger, § 242, 2, 2a.

¹²⁷ Heger, § 242, 5aa.

Alman MK § 953 hükmüne kıyasla bu eşyalar kendiliğinden önceki sahiplerinin mülkiyetine geçerler. Bağışlanan organlar, kan örnekleri, kesilen saçlar da hırsızlığa konu olabilir. Vücuttan ayrılan parça, organ nakli ile başka bir vücuda nakledilirse bu ihtimalde hırsızlık veya mala zarar verme suçları değil, yaralama suçu tartışma konusu olmalıdır¹²⁸. Kural olarak ölen bir kişinin vücutu veya vücudunun parçalarının korunması ölenin istirahatini bozma suçu (Alman CK § 168) kapsamında ele alınmaktadır.

Hırsızlık suçunda suça konu malın “başkasına ait olması” aranmaktadır¹²⁹. Hâkim görüşüne göre, eşyanın başkasına ait olması, failden başka birine ait olma, başka bir kişinin mülkiyetinde olma anlamına gelmektedir¹³⁰. Böylece hırsızlık suçundan söz edebilmek için taşınır malın, failden başka bir kişiye ait olması gerekmektedir¹³¹.

Özellikle malın mülkiyet hakkına sahip kişi ile malı elinde bulunduran kişinin farklı kişiler olması halinde, başkasına ait olma kavramı hakkında değerlendirme yapılmalıdır. Başkasına ait olma kavramının belirlenmesi noktasında özel hukuk hükümlerine müracaat edilmelidir¹³². Özel hukuk hükümlerine göre mülkiyet kime ait ise suça konu taşınır mal da ona ait olacaktır¹³³. Diğer bir deyişle belirleyici unsurun medeni hukuka göre mülkiyet olduğu söylenebilir. Devlet de dahil olmak üzere hukuk süljelerinin mülkiyetinin bu kapsamda olduğu; fakat ekonomik mülkiyetin buna dahil olmadığı belirtilmektedir¹³⁴.

¹²⁸ Hilgendorf and Valerius, § 242, 10.

¹²⁹ Başkasına ait olma kavramı karşılığında Alman hukukunda yabancı (fremd) kavramı yer almaktadır. Yabancı yani başkasına ait eşya, başkasının mülkiyetinde olan taşınır mal olarak tanımlanmaktadır. Rengier, 9.

¹³⁰ Krey, Hellmann and Heinrich, § 1, 3.

¹³¹ Heger, § 242, 4, 2c. Bir diğer tanıma göre, medeni hukuka göre mülkiyeti başkasına ait taşınır mal, başkasına aittir. Fischer, § 242, 5.

¹³² Rengier, § 242, 9.

¹³³ Koca ve Üzülmez, 686; Tezcan, Erdem ve Önok, 741; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 614. “Malın başkasına ait olup olmadığı özel hukuk kurallarına göre belirlenmelidir.” YCGK. E.2016/546, K.2017/70, 14.02.2017, (<https://legalbank.net>). Özel hukuk hükümlerine göre mülkiyetin şüpheli olduğu hallerde, ceza hukuku çalışmalarındaki başkasına ait olma kavramı yakından incelenmelidir. Rengier, § 242, 9.

¹³⁴ Heger, § 242, 4, 2c. Örneğin uyuşturucu alıcısı tarafından alınan uyuşturucu başkasına ait taşınır mal değildir. Heger, § 242, 5aa. Uyuşturucu maddenin mülkiyetinin devrine ve satış bedeline ilişkin anlaşmalar hukuka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmaktadır (Alman MK § 134) Eisele, § 242, 4, 24. Bu bedelin eşya kapsamında

Aynı şekilde terk edilmiş mallar, hırsızlık suçuna konu olamaz¹³⁵. Zira bunlar sahihsiz eşya sayılır, terk edilmiş taşınır üzerinde korunması gereken bir mülkiyet hakkı yoktur (TMK m.778). Nitekim Alman MK § 959'a göre sahibi tarafından terk edilen şeyler başkasına ait değildir.

Diğer bir görüşe göre, taşınır malın başkasına ait olması, malın zilyetliğinin failde olmaması anlamına gelmektedir. Bu görüşe göre, fiili durum önem arz etmekte olup, bu nedenle zilyetlik başkasında ise mülkiyete sahip olan kişi malı zilyedinin rızası olmadan alırsa hırsızlık suçunu işlemiş olacaktır¹³⁶. Ancak başkasına ait olma, başka bir kişinin mülkiyetinde olma anlamına gelmektedir.

Mülkiyeti saklı tutularak satılan eşyalar, maliki bakımından başkasına ait değildir. Keza geciktirici koşul altında devredilen eşyalar da satıcı bakımından başkasına ait değildir¹³⁷. Paydaş veya elbirliği mülkiyetindeki eşyalar, sadece faile ait olmadığından başkasına aittir¹³⁸. Birden fazla kişi eşit derecede ortak hakimiyete sahipse, her biri hırsızlık suçunu işleyebilir¹³⁹.

Elbirliği zilyetliğinde, zilyetlerden birinin diğerinin zilyetliğini bertaraf etmesi hırsızlık, müşterek zilyetlerden birinin mal hakkında tek başına zilyetlik iddiasında bulunması güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur¹⁴⁰.

Taksitle satış yapan bir satıcı, taksitleri ödememesi nedeniyle alıcıdan malı gizlice geri alırsa hırsızlık suçunu işlemiş olur. Zira taksitle satışta zilyetliğin devri ile taşınırın mülkiyeti alıcıya geçer¹⁴¹. Alıcının taksitleri

değerlendirilemeyeceği hakkında bkz. Dölling, Duttge, König and Rössner, § 242, 16. Konu hakkında ayrıca bkz. Sirmen, 12.

¹³⁵ Dönmezer, 285; Erem ve Toroslu, 634; Eker, 15, 16. Taşdemir ve Özkepir, 2. Y. 10. CD, E.25184/2004, K.18710/2005, 13.12.2005. Noyan, 51. Çöp toplama hizmeti tarafından toplanmak üzere çöp kutularına konulan yiyecekler de henüz sahihsiz değil ise, aktivistler veya muhtaçlar tarafından konteynerlerden tüketilmek üzere çıkarılması herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın (örneğin Alman Anayasa m.20a) dikkate alınarak hırsızlık olarak cezalandırılabilir. Heger, § 242, 5aa. Öte yandan ihtiyaç sahibi kişiler tarafından alınsın diye kapının önüne bırakılan eşyalar sahihsiz eşya değildir. Bkz. Ergüne, 865.

¹³⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, 336.

¹³⁷ Heger, § 242, 5aa.

¹³⁸ Heger, § 242, 6bb.

¹³⁹ Heger, § 242, 13ee.

¹⁴⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 328.

¹⁴¹ TBK m.253, TKHK m.17.

ödememesi durumunda satılan malı bu kişiden geri alması halinde mal başkasına ait sayılacağından hırsızlık suçu oluşur¹⁴². Alıcının taksitleri ödememesi nedeniyle sattığı şeyi geri alan satıcı bakımından hırsızlık suçunun bir hukuksal ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlemesi şeklindeki daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali uygulama alanı bulabilir¹⁴³.

Failin bir başkasının hâkimiyetini (mutlaka malik olması gerekmez) onun rızası dışında sonlandırması gerekir. Dolayısıyla önceki hakimiyet sahibi bilgisi dışında bir eşyayı kaybederse ve böylece zilyetliği sona ermiş olursa bulan kişi onun hakimiyetini sonlandırmış olmaz. Örneğin, kaybolan eşyada önceki zilyet, zilyetliğini kaybetmiştir ve bu eşyayı bulan kimse hırsızlık suçunu işlemiş olmaz. Bu durumda unsurları mevcut ise, TCK m.160'da düzenlenen "Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf" suçundan sorumluluk söz konusu olabilir¹⁴⁴. Mutlaka faile ait olması gerekmeyen yeni hakimiyet (örneğin iyi niyetle hareket eden bir kişi tarafından alınması), failin (veya üçüncü şahsın) eşya üzerinde önceki hakimiyet sahibi tarafından engellenmeden kullanabileceği şekilde kontrol kazanması ve failin tasarruf yetkisini kaldırmadan öncekinin artık eşya üzerinde tasarruf edememesi halinde tesis edilir¹⁴⁵.

IV. FAİL

Hırsızlık suçunda fail, taşınır malı bulunduğu yerden alan kişidir¹⁴⁶. Taşınır malın maliki ve zilyedinin farklı kişiler olması halinde malik olan kişinin, suçun faili olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Malik olan kişinin, zilyetliğini başkasına devretmiş olduğu taşınır malı, zilyedinin rızası olmaksızın alması halinde hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağı bu suç ile korunan hukuki değer ile yakından ilişkilidir.

Hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer zilyetlik olduğunu savunan görüş tarafından failin zilyet dışındaki herkes olduğu, zilyet olmayan malikin dahi suçun faili olabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁷. Suçun failinin malik olabileceğini savunanlara göre¹⁴⁸, malikin kiracının rızası olmaksızın malı

¹⁴² Sayar, 25; Taylar, 42, 43; Salkaya, 21.

¹⁴³ Taylar, 42, 43; Salkaya, 21; Türkdöğru, 97.

¹⁴⁴ Kaybolan bir eşyayı bulan kimse için TMK'da bildirim ve koruma yükümlülükleri öngörülmüştür. Bkz. TMK m.769 vd.

¹⁴⁵ Heger, § 242, 14b.

¹⁴⁶ Noyan, 48.

¹⁴⁷ Ediş, 32.

¹⁴⁸ Hafizoğulları ve Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, 310; Yıldız, 7,18.

bulunduğu yerden alması halinde veya mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış yapılması durumunda taksiti ödemeyen zilyedin elinden malın malik tarafından alınması ihtimalinde hırsızlık suçu oluşacaktır¹⁴⁹.

Bunun yanı sıra bir görüşe göre, malik olmayan zilyet, fail statüsündeki başka kişilerle iştirak halinde bu suçu işlerse zilyet olan kişi bakımından suç oluşmayacaktır, ancak güveni kötüye kullanma suçunun unsurları mevcutsa bu suçtan sorumluluk söz konusu olacaktır. İştirak eden diğer failler bakımından da zilyedin rızasının varlığı nedeniyle hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Bu kişiler bakımından özgü suç olması sebebiyle güveni kötüye kullanma suçundan da sorumluluk doğmayacaktır¹⁵⁰.

Zilyet olmayan malik ile fail statüsündeki başka kişilerin iştirak halinde bu suçu işlemeleri durumunda zilyet olmayan malike ve diğer faillere ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin mevcut olması nedeniyle ceza verilmeyeceği; ancak hukuki sorumluluğunun devam ettiği belirtilmiştir¹⁵¹. Ancak rıza, hukuka uygunluk sebebi değil; tipikliği kaldıran bir nedendir. Rızanın varlığı halinde tipiklik gerçekleşmemiş olacak ve bu nedenle sorumluluk doğmayacaktır.

Korunan hukuki değer sadece zilyetlik olmadığı ve bu suç ile mülkiyet hakkının da korunduğu kabul edildiği takdirde malik, taşınır malı zilyetten rızası dışında almış olsa dahi fail olarak sorumlu tutulamayacaktır¹⁵². Suçun kanuni tanımında belirtilen suçun konusunun başkasına ait taşınır mal olmasından hareketle malikin fail olamayacağı söylenmelidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında¹⁵³ “...suçun maddi konusu ise başkasına ait taşınır maldır. Bu sebeple malın malikin bu suçun faili olması mümkün değildir...” şeklinde değerlendirme yapmıştır.

Öte yandan hırsızlık suçu fail bakımından özellik göstermemekle birlikte TCK m.167’e göre bu suçun belli akrabalık ilişkisi içindeki kişiler tarafından işlenmesi halinde şahsi cezasızlık sebebi ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep bulunmaktadır.

¹⁴⁹ Dalgıç, 42, 43. Aksi görüş için bkz. Gündüz, 27.

¹⁵⁰ Ediş, 63.

¹⁵¹ Ediş, 62.

¹⁵² Tezcan, Erdem ve Önok, 741; Koca ve Üzülmez, 675; Soyaslan,386; Toroslu ve Toroslu, 137; Gökçen, Erdin ve Şenerdoğan, 10; Yenidünya, 20. Failin malik olması halinde, hırsızlık suçunun oluşmayacağı, bu ihtimalde işlenemez suçun mevcut olduğu görüşü ile ilgili olarak bkz. Erem ve Toroslu, 634.

¹⁵³ YCGK. E.2014/159, K.2016/257, 10.05.2016, (<http://www.kazanci.com>).

Tüzel kişiler yararına bu suçun işlenmesi halinde TCK m.169 uyarınca tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.

V. MAĞDUR

Suçun mağduru, kısaca kendisine karşı suç işlenen, suçun konusunun ait olduğu kişidir¹⁵⁴. Mağdur diğer bir deyişle söz konusu fiil ile zarar verilen veya tehlikeye sokulan hukuki değerın sahibidir¹⁵⁵. Hırsızlık suçunun mağduru ise, malı çalınan kişidir. Hırsızlık suçuna konu malın, zilyedinin rızası olmadan alınması ile suç tamamlanmış olacaktır. Suçun işlendiği sırada doğrudan zilyet olan kişinin, mutlaka malın maliki olması gerekmektedir. Dolayısıyla malın zilyedinden rızası olmadan alınması halinde de suçun oluşacağı noktasında şüphe yoktur.

Korunan hukuki değerın mülkiyet olarak kabul edilmesi halinde tüm malikler, zilyetlik olarak kabul edilmesi halinde doğrudan zilyetliğindeki mal alınan kişi mağdur olarak kabul edilecektir¹⁵⁶. Bu durumda hırsızlık suçunun mağduru, malik ve doğrudan zilyettir. Diğer yandan korunan hukuki değerın mülkiyet ve doğrudan hakimiyet olduğunun kabul edilmesi durumunda kendisine karşı suç işlenen aynı zamanda doğrudan hakimiyet sahibi olan kişi (gewahrsamsinhaber) olacaktır¹⁵⁷.

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu konuya ilişkin bir kararında, hırsızlık suçuyla korunan hukuki değerın zilyetlik ve buna bağlı haklar olması nedeniyle mağdurun malın sahibi değil, zilyetliği altındaki malı çalınan kişi olduğunu ifade etmiştir¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Suç işleyen kişinin aktif süje, mağdurun ise pasif süje olarak nitelendirilmesi hakkında bkz. Erem, Danişman ve Artuk, 242, 243; Toroslu ve Toroslu, 136.

¹⁵⁵ Ünver, 145.

¹⁵⁶ Ediş, 34, 35.

¹⁵⁷ Heger, § 242, 1.

¹⁵⁸ Karar için bkz. YCGK. E.2012/15-1358, K.2013/389, 24.09.2013, (<http://www.kazanci.com>). "...Hırsızlık suçuyla korunan hukuki yarar zilyetlik ve buna bağlı haklardır. Bu nedenle hırsızlık suçunun mağduru malın sahibi değil, zilyetliği altında bulunan malı çalınan kişidir. Burada zilyetliğin hukuka uygun ya da aykırı olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak malı çalarak zilyetliği ele geçiren kişinin elinden malın çalınması halinde hırsızlık suçu oluşabilecektir." YCGK. E.2015/13-215, K.2018/37, 25.09.2018, (<http://www.kazanci.com>). YCGK. E.2013/661, K.2014/535, 02.12.2014; YCGK. E.2013/655, K.2014/515, 25.11.2014; YCGK. E.2013/661, K.2014/535, 02.12.2014; YCGK. E.2014/40, K.2014/453, 30.10.2014. Kararlar için bkz. (<https://legalbank.net>).

Diğer yandan Genel Kurul'un bir başka kararında, mağdurun tespitinin çalınan malın kimin elinde olduğuna bağlı olduğu, böylece çalınan mal, malikin elinden çalınmış ise mağdurun malik, zilyedin elinden çalınmış ise, mağdurun zilyet olduğu belirtilmiştir¹⁵⁹.

TCK m.141'de yer verilen "*zilyedinin rızası olmadan*" bir malın alınması şeklindeki ifadenin hırsızlık suçu ile zilyetliğin korunmasına işaret etmekten ziyade suçun mağdurunun tespiti bakımından önem arz ettiği ileri sürülmektedir¹⁶⁰. Bu nedenle doktrinde, hırsızlığın zilyetliği kaldırdığı ve suçun doğrudan mağdurunun zilyet olduğu belirtilmiştir¹⁶¹.

Hırsızlık suçunda malik ve doğrudan zilyet farklı kişiler ise, mağdurun malik değil; zilyet olduğu ileri sürülmektedir¹⁶². Malın doğrudan zilyedinin malik olmadığı ihtimalde, hırsızlık suçunun mağdurunun zilyet olduğunu; malikin ise, suçtan zarar gören olduğunu savunan görüşler mevcuttur¹⁶³. Buna göre bir eşyasını arkadaşına ödünç veren kişi, bu eşyanın çalınması halinde, hırsızlık suçunun mağduru değil, hırsızlık suçunda suçtan zarar gören olacaktır¹⁶⁴. Doğrudan zilyet olmayan (dolaylı zilyet) malik, doğrudan zilyedin rızası olmadan taşınır malı alırsa bu görüşe göre kendisinin fail olması söz konusu olduğundan malikin mağdur ya da suçtan zarar gören olduğu söylenemeyecektir¹⁶⁵.

Paylı veya elbirliği ile mülkiyette, korunan hukuki değer mülkiyet olduğu kabul edilirse, mağdur bütün maliklerdir. Ancak korunan hukuki değer zilyetlik olduğu görüşü savunulduğunda mağdur, zilyet olan kişidir. Zilyet olmayan malik, zilyede karşı bu suçu işlerse bu ihtimalde TCK m.144/1-a gereğince daha az verilecektir¹⁶⁶.

¹⁵⁹ "...Suçun mağduru ise malik olabileceği gibi zilyet de olabilir. Çalınan mal, malikin elinden alınmış ise mağdur, malın malikidir. Zilyetin elinden alınmışsa mağdur zilyet, malik ise suçtan zarar görendir." YCGK. E.2014/159, K.2016/257, 10.05.2016, (<http://www.kazanci.com>).

¹⁶⁰ Koca ve Üzülmez, 674.

¹⁶¹ Erem, 2353.

¹⁶² Artuç, 39; Ahmet Kılıç, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 142/2-a'daki Kişinin Ölümüne İlişkin Nitelikli Halin Değerlendirilmesi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* C.26, S.1 (2020): 147.

¹⁶³ Koca ve Üzülmez, 676; Yıldız, 18, 19; Gökçen, Erdin ve Şenerdoğan, 10; Kılıç, 148.

¹⁶⁴ Ağbaba, 62; Ediş, 35.

¹⁶⁵ Ediş, 35.

¹⁶⁶ Ediş, 35.

Diğer yandan zilyet yardımcısı¹⁶⁷ olan kişilerin suçun mağduru olup olamayacağı hususu tartışmalıdır.

“Örneğin, malik A, aracını birkaç gün kalması için B’ye ait otoparka bırakır ve daha sonra yakın arkadaşı C’nin araca ihtiyaç duyması üzerine yedek anahtarı vererek B’ye ait otoparktan aracı almasını söyler. Bunun üzerine C, B’ye ait otoparka gidip B’nin olmadığı bir sırada B’ye haber vermeksizin aracı alır.”

Bir görüşe göre, zilyet yardımcılarının suçun mağduru olamayacağı ifade edilmektedir. Buna göre, örneğin bir aracın, şoförde iken çalınması halinde, şoförün değil, araç sahibinin suçun mağduru olabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁸. Ancak aksi görüşe göre, zilyet yardımcıları da eşyanın zilyedir. Bu nedenle zilyet yardımcısı kişiler de suçun mağduru olabilirler¹⁶⁹.

Yukarıda verilen örnekte, otopark görevlisi B, anahtara sahip olduğu halde arabanın zilyedi değil, zilyet yardımcısıdır. Ancak zilyet yardımcısı, zilyet değildir. Eşya üzerindeki fiili hâkimiyeti başkası ile olan bağımlılık işi (ev işi, kazanç faaliyeti vb.) çerçevesinde kullanan kimse zilyet yardımcısı veya hizmet zilyedi olarak kabul edilir. Örnek olarak ev çalışmanı çalıştığı evdeki eşyanın, işçi iş yerindeki makinelerin zilyet yardımcısı konumundadır. Zilyet yardımcısı bağlı olduğu kişinin hakimiyetinde olduğu eşyayı işe ait araç gereç olarak kullanmaktadır, onun eşyaya zilyet olma iradesi yoktur. Zilyet yardımcısı, eşyanın zilyedi sayılmaz, fiili hakimiyet kendisine bağlı olan kimse eşyanın doğrudan zilyedir¹⁷⁰. Dolayısıyla zilyet yardımcısı mağdur olamaz; fiili hakimiyet kendisine bağlı olan kimse, hırsızlık suçunun mağduru olabilir.

¹⁶⁷ Zilyet ve zilyet yardımcısının belirlenmesinde bağımsız tasarruf edebilmenin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre malikin gözetimi altında kullanılan bir eşya söz konusu ise, zilyet yardımcılığı mevcuttur. Ediş, 34.

¹⁶⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, 4477; Ediş, 34; Artuç, 8; Türkdöğru, 98. Zilyetliğin özerk bir tasarruf imkânı sağlaması gerektiği, evdeki hizmetçi ya da misafirin, işverenin gözetimindeki işçinin kullandığı eşyaların, öğrencilerin okuma salonunda aldıkları kütüphaneye ait kitapları, hamalın taşıdığı bavul ve müşterilerin mağazada denemek için ellerine aldıkları eşyaların zilyedi olmadıkları kabul edilmektedir (Eker, 13). Eker, “ceza hukukunda zilyet” ifadesini kullanmakta olup, verilen örneklerde zilyet olmayan bu kişileri, “elinde tutan” olarak ifade etmektedir.

¹⁶⁹ Ağbaba, 63.

¹⁷⁰ Nomer ve Ergüne, 116. Alman hukukunda “zilyet yardımcısı” Alman MK § 855’te düzenlenmiştir.

Zilyet yardımcısının işe ait araç gereç olarak kullandığı taşınır verilmiş amacı dışında kullanması ayrıca incelenmelidir. Zilyet yardımcısı, suçun konusunu oluşturan malı rıza ile almaktadır. Eşya üzerindeki fiili hâkimiyeti doğrudan kullanan doğrudan zilyet, başkası aracılığıyla kullanan ise dolaylı zilyettir. Asli zilyedin rızası ile malı alan zilyet yardımcısının doğrudan zilyet olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, zilyet yardımcısı söz konusu malı, verilmiş amacı dışında kullanır yahut bu malın kendisine devredildiğini inkâr ederse güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır¹⁷¹.

Söz konusu eşyayı alan kişi, zilyedinin rızası ile almış ise, bu durumda hırsızlık suçunun mevcut olduğu söylenemez. Nitekim kendisine ödünç verilen eşya üzerinde tasarrufta bulunan kişinin, güveni kötüye kullanma suçundan sorumluluğu söz konusu olabilecek iken, bu eşyayı alan kişi bakımından hırsızlık suçundan sorumluluk doğmayacaktır¹⁷².

Eşya ile kişi arasındaki ilişki, temas veya tesadüf gibi kısa süreli olarak gerçekleşmişse zilyetliği sağlayacak fiili hakimiyet oluşmamıştır. Mağazada ürünleri inceleyen, birinin giyinmesine yardımcı olmak için eşyaları elinde tutan, kütüphanenin okuma salonunda gazetelere göz gezdiren kişi, bu eşyaların zilyedi değildir¹⁷³. Örneğin ayakkabıcı dükkânında ayakkabı deneyen ya da kuyumcуда denemek için yüzük alan kişinin eşyayı alıp götürmesi halinde zilyetliğin devri söz konusu olmadığından güveni kötüye kullanma suçundan sorumluluk doğmayacaktır¹⁷⁴. Bu ihtimalde hırsızlık suçu söz konusu olup, mağdur hem zilyet hem de maliktir¹⁷⁵.

Tüzel kişilerin mülkiyetinde olan bir taşınır malın çalınması halinde, suçun mağduru tüzel kişinin organını oluşturan gerçek kişilerdir. Tüzel kişiler, bir suçun işlenmesi sonucunda mağdur değil, suçtan zarar gören olabilirler. Bu durumda söz konusu tüzel kişiler, suçtan zarar görenlerin sahip olduğu haklardan yararlanabileceklerdir.

Son olarak suçun mağduru, ancak yaşayan bir insan olabileceği için ölen kişilere karşı hırsızlık suçunun işlenmeyeceğini, hırsızlık suçunun mağdurunun ölen kişiler olamayacağını ifade edebiliriz. Örneğin otomobil kazasında, arabadaki kişilerin ölümü üzerine olay yerinde kişilerin üzerindeki

¹⁷¹ Gönül, 28. Bu ihtimalde hırsızlık suçunun oluşacağı hakkındaki görüş için bkz. Koç, 13.

¹⁷² Koca ve Üzülmöz, 676.

¹⁷³ Nomer ve Ergüne, 74.

¹⁷⁴ Selman Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu," *İÜHFMC*.LVII, S.1-2 (1999): 7, 8; Eker, 14.

¹⁷⁵ Yenidünya, 21; Noyan, 66.

eşyaları veya araçta bulunan onlara ait diğer eşyaları çalan kişiler, ölen kişilere karşı değil, onların mirasçılarına karşı hırsızlık suçunu işlemiş olacaklardır. Dolayısıyla bu durumda, suçun mağduru, ölen kişilerin mirasçılarıdır¹⁷⁶.

Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, TCK m.142/2-a'da düzenlenen “*kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak*” işlenmesi, faile daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli haldir. Bu hükümde mağdurun içinde bulunduğu durum nedeniyle suçun işlenmesindeki kolaylıktan yararlanan fail bakımından daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal öngörülmüştür. Belirttiğimiz üzere mağdur ancak yaşayan kişi olabilir. Diğer yandan hırsızlığın kişinin ölmesinden yararlanarak işlenmesinde haksızlık içeriğinin artmadığı, bu bakımdan da faile işlediği fiile nazaran daha fazla ceza verilmesine sebebiyet verdiği ve nitelikli hal olarak düzenlenmesinin isabetli olmadığı ileri sürülmektedir¹⁷⁷.

Kişinin malını koruyamayacak durumda olması haline, geçirdiği trafik kazası nedeniyle yarı baygın halde olması, bir yakınının ölüm haberini aldıktan sonraki panik hali, gözlerinin görmemesi, felç olması, ileri yaşı nedeniyle malını koruyacak durumda olması örnek verilebilir¹⁷⁸. Mağdurun malını koruyamayacak duruma gelmesine kendi kusuru ile sebebiyet vermiş olması halinde (örneğin, uyku hali¹⁷⁹, iradi olarak alkol, uyuşturucu madde

¹⁷⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, 4477; Özbek, 983; Noyan, 66; Artuç, 38; Gündüz, 25; Salkaya, 19; Koç, 12.

¹⁷⁷ Kılıç, 159.

¹⁷⁸ “...Katılan Mehmet A.'nın, geçirdiği trafik kazası sonrası yarı baygın halde sedye ile ambulansa kaldırılması esnasında, yardım etme bahanesi ile sedyeyi tutup, katılanın cebinden 1.800,00 TL tutarındaki parayı çalan sanığın, 5237 sayılı TCK'nin 142. maddesinin 2. fıkrasının “a” ve “b” bentlerinin her ikisini de ihlal ettiği; bu nedenle, sanık hakkında hükmolunan cezanın alt sınırdan uzaklaştırılarak takdir edilmesi mümkün ise de; yasa da yer almayan bir şekilde önce 142/2-a maddesi ile ceza tayin edilip, bunun ardından hükmolunan cezanın 142/2-b maddesi uyarınca 1/3 oranında artırılması...” Y. 13. CD. E.2012/14614, K.2013/25135, 19.09.2013, (<https://legalbank.net>).

¹⁷⁹ “...Sanığın, kapısı açık olan aracında uyumakta olan yakınının cebinden cep telefonunu ile parasını alması şeklinde gerçekleşen olayda; uyuyan kişinin dikkat ve bilincini kullanacak durumda olmaması nedeniyle eşyası üzerinde gözetim ve denetim olanağı bulunmadığından, eyleminin 5237 sayılı TCK'nin 141/1. maddesinde düzenlenen basit hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde aynı Yasa'nın 142/2-b maddesi uyarınca hüküm kurulması...” Y. 2. CD, E.2013/25718, K.2014/16786, 12.06.2014, (<https://legalbank.net>). “...Sanığın, parkta uyuyan müştekinin üzerinden cep telefonunu alması şeklinde gerçekleşen olayda; uyuyan kişinin dikkat ve bilincini kullanacak durumda olmaması nedeniyle eşyası üzerinde

alma) bu nitelikli halin uygulanamayacağı ileri sürülmektedir¹⁸⁰. Aksi görüşe göre, mağdurun malını koruyamayacak hale gelmesinin kendi iradesi ile olması nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir¹⁸¹.

Benzer düzenleme, Alman CK'da¹⁸² başkasının zor durumundan yararlanarak hırsızlık şeklinde yer almaktadır. Buradaki zor durum anlamındaki çaresizlik, bir kişinin somut tehlikelere karşı kendi gücüyle kendisini koruyamayacak durumunda olmasıdır. Uyku hali her durumda tereddütsüz şekilde buraya dahil edilemez. Yine yaşlılık hali, tek başına çaresizlik oluşturmaz. Kişinin içinde bulunduğu zor duruma kendi kusuru ile sebep olmaması yahut uzun süreli olması bir ön koşul değildir. Kişinin içine düştüğü bu durumun nedeni önemli değildir¹⁸³. Fail tarafından kaza gibi başka nedenlerle de ortaya çıkmış olabilir. Kişinin zor durumda olması, failin hırsızlık için bu durumu fırsat olarak kullanması anlamına gelir¹⁸⁴.

Fail ile mağdur arasındaki ilişki bakımından özellik arz eden bir diğer husus, malvarlığına karşı suçlarda düzenlenen şahsi cezasızlık ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerdir. Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlenmesi sırasında mevcut olan ve failin cezalandırılmasına engel teşkil eden sebepler olup, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur dışında yer almaktadır¹⁸⁵.

gözetim ve denetim olanağı bulunmadığından, eyleminin TCK'nın 141/1 maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde aynı Kanununun 142/2-b maddesi uyarınca hüküm kurulması...” Y. 2. CD, E.2013/22025, K.2014/14508, 26.05.2014. Benzer yönde bkz. Y. 6. CD, E.2012/1329, K.2014/12228, 12.06.2014, (<https://legalbank.net>). Bununla birlikte mağdurun uyuduğu esnada üzerindeki bel çantasının alınmasında bu nitelikli halin uygulanması gerektiği hakkında bkz. “*Samım suç tarihinde, bankta uyumakta olan müşterinin bel çantasını çaldığının anlaşılması karşısında; eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 142/2-a-b maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden aynı kanununun 141. maddesi ile hüküm kurulması...*” Y. 13. CD, E.2014/18368, K.2015/1073, 20.01.2015, (<https://legalbank.net>).

¹⁸⁰ Eker, 148. Uyku halinin kişinin elinde olmayan ve haricen içinde bulunduğu bir durum olmaması nedeniyle bu kapsamda değerlendirilemeyeceği şeklindeki karşı görüş için bkz. Nacak, 119.

¹⁸¹ Uçar, 23; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 622; Tezcan, Erdem ve Önok, 760; Şeyhanlioğlu, 106.

¹⁸² Alman CK § 243, I, 6.

¹⁸³ Heger, § 242, 21.

¹⁸⁴ Heger, § 242, 22.

¹⁸⁵ Elif Bekar, *Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar* (İstanbul: On İki Levha Yay., 2017), 111 vd.

TCK m.167/1'e göre, "Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz". Hırsızlık suçu, bu bölümde yer alan suçlardan olduğu için bu şahsi cezasızlık sebebi, hırsızlık suçu bakımından uygulama alanı bulacaktır.

İzlenen suç politikası nedeniyle aralarında belirli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler hakkında birbirlerinin malvarlığına karşı işledikleri suçlardan dolayı ceza sorumluluğu doğmayacaktır¹⁸⁶.

TCK m.167/1-a'ya göre hırsızlık suçu, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz. Buradan suçun işlendiği zaman, fail ile mağdur arasında TMK uyarınca mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmemiş olmasının gerektiği anlaşılmalıdır¹⁸⁷. Haklarında ayrılık kararı verilmemiş ve aralarında evlilik bağı bulunan kişiler, TMK uyarınca gerçekleştirilen resmi nikah ile yapılan evliliğidir. Suçun işlendiği anda bu bağıın olması aranmakta olup, suç işlendikten sonra bu bağıın kalkması ve haklarında ayrılık kararının verilmiş olması şahsi cezasızlıktan yararlanmayı etkilemeyecektir. Diğer yandan resmi nikah olmaksızın birlikte yaşayan insanlar yahut dini nikah yapan kişiler şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamazlar¹⁸⁸.

TCK m.167/1-b'ye göre hırsızlığın üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın zararına olarak işlenmesi halinde ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz. Buna göre, üstsoylar örneğın, anne, baba, büyükanne, büyükbaba ile altsoylar örneğın, çocuk, torun ve aralarında evlatlık bağı bulunanlar şahsi cezasızlık

¹⁸⁶ Bkz. Madde gerekçesi.

¹⁸⁷ TMK m.197'de belirtilen hallerde mahkeme kararı olmasa dahi eşlerin ayrı yaşama hakkı vardır. Haklarında mahkeme kararı olmaksızın bu hüküm uyarınca ayrı yaşayan kişiler arasında işlenen hırsızlık suçu bakımından şahsi cezasızlık sebebinin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmelidir. Kanun koyucu, şahsi cezasızlıktan yararlanabilmek için TCK m.167/1'de hırsızlık suçunun haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin zararına işlenmesini aradığından, burada da ayrılık kararı verilmemiş olmasından hareketle şahsi cezasızlık sebebinin uygulanabilir olduğu söylenebilir. Aksi yorum, kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

¹⁸⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, 950, 951.

sebebinden yararlanmaktadır. Bu bağlamda evlilik birliğinin sona ermesinden sonra kayın hısımlarına karşı işlenen hırsızlık suçunda şahsi cezasızlık sebebinin uygulanabilirliği tartışmalıdır. TMK m.18/2, “*Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz*” şeklinde bir düzenlemeye yer vermiştir. Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra kayın hısımlarına karşı işlenen hırsızlık suçunda madde metninde aksi bir duruma yer verilmediği için şahsi cezasızlık sebebinin uygulanacağı ileri sürülmektedir¹⁸⁹. Aksi görüşe göre ise, TMK’da yer alan kayın hısımlığının ortadan kalkmayacağına ilişkin bu düzenleme evlenme yasağı ve miras hukuku ile ilgili olduğundan şahsi cezasızlık sebebi uygulanmayacaktır¹⁹⁰. Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra eşler arasında işlenen hırsızlık suçunda bu şahsi cezasızlık sebebi uygulanamayacaktır. Ancak bu ihtimalde kayın hısımlığının ortadan kalkmaması gerekçesi ile kayın hısımlığı bakımından şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması çelişki yaratır mahiyettedir. Kanunilik ilkesi gereği, hükümde bu hususa açıklık getirir şekilde düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Son olarak TCK m.167/1-c’ye göre, hırsızlık aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenirse şahsi cezasızlık sebebi uygulanacaktır. Bunun için suçun işlendiği zaman kardeşlerin aynı konutta birlikte yaşıyor olmaları aranmakta olup, sadece fiilin işlendiği an ile sınırlı

¹⁸⁹ “...*Medeni Kanun’un 18/2. maddesindeki "kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz" hükmünün TCK açısından uygulanamayacağına dair herhangi bir kanuni düzenlemenin olmaması karşısında, kayın hısımlığı ilişkisi, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesi ile ortadan kalkmayacağından, suç tarihinde sanığın eski eşinin babasına karşı işlediği mala zarar verme suçu yönünden TCK’nın 167. maddesinin uygulanmasının gözetilmemesi...*” Y. 23. CD, E.2015/19519, K.2016/10613, 12.12.2006, (<http://www.kazanci.com>).

¹⁹⁰ “...*Şikayetçi ...’un kızı olan ... ile sanığın suç tarihinden önce boşandıkları Türk Medeni Kanunu’nun 18 maddesindeki "Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz."* hükmünün evlenme yasağı ve miras hukuku açısından uygulandığı Türk Ceza Kanunu açısından uygulamasının olmadığı gözetilmeden boşandıktan sonra eski eşler arasında bile uygulaması olmayan TCK’nın 167/1 maddesinin eski kayınbabası hakkında uygulanmaya devam edeceğinin kabulünün Ceza Kanununun uygulanmasına, yorumlarına ve hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığından sanık hakkında mahkumiyeti yerine yazılı şekilde TCK’nın 167/1-b maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına dair hüküm kurulması...” Y. 15. CD, E.2016/1333, K.2016/5921, 07.09.2016, (<https://legalbank.net>).

olarak bir arada bulunmaları yahut aynı iş yerinde çalışıyor olmaları halinde bu şahsi cezasızlık sebebi uygulanmayacaktır¹⁹¹.

Cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerde ise, verilecek cezada indirim yapılmaktadır. TCK m.167/2; “*Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir*” şeklindedir. Cezasızlık hali olarak değil, cezada belirtilen oranda indirim yapılmasını öngören bu düzenleme, hırsızlık suçunun haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde uygulanacaktır.

SONUÇ

Hırsızlık suçu ile korunan hukuki değer zilyetlik veya mülkiyet ya da hem zilyetlik hem de mülkiyet olduğu ileri sürülmektedir. Bunun yanı sıra korunan hukuki değer mülkiyet olmayıp, “mülkiyet hakkından doğan tasarruf imkânı” yahut mülkiyetin yanı sıra “doğrudan (dolaysız) hâkimiyet, el altında tutma, elde bulundurma (Gewahrsam)” olduğunu da ileri süren görüşler mevcuttur.

TCK m.141’de yer verilen “*zilyedinin rızası olmadan...*” ibaresi, suçla korunan hukuki değer zilyetlik olduğuna işaret etse dahi aynı maddede “*başkasına ait taşınır mal*” ifadesine de yer verilmektedir. Başkasına ait olma kavramının belirlenmesinde özel hukuk hükümlerine müracaat edilmelidir. Özel hukuk hükümlerine göre mülkiyet kime ait ise suça konu taşınır mal da ona ait olacaktır.

Türk öğretisindeki açıklamalara baktığımızda maddede yer alan zilyetlik kavramının, çoğunlukla doğrudan zilyetlik şeklinde anlaşıldığını ve malikin taşınır rızası ile başkasına verdiği hallerde onun dolaylı zilyetliğinin esasında devam ettiği hususunun ihmal edildiğini görmekteyiz. Alman öğretisinde de mesele genellikle doğrudan (dolaysız) hâkimiyet (Gewahrsam) kavramı üzerinden ele alınmakta ve doğrudan hâkimiyet ile zilyetliğin farklı olduğu; dolaylı zilyedin zilyet olmakla beraber doğrudan hâkimiyet sahibi olmadığı

¹⁹¹ Tezcan, Erdem ve Önok, 951.

ifade edilmektedir. Zira Alman CK § 242’de zilyet kavramına yer vermeksizin taşınırın bir başkasından alınması (wegnehmen) unsuruna yer verilmiş, böylece suçun malike ve muhafaza eden kimseye karşı işlendiği kabul edilmiştir. TCK m.141’de ise, durum farklıdır. Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır malın bulunduğu yerden alınması unsuru aranmış olduğundan hırsızlık suçu ile hem doğrudan ve dolaylı zilyetliğin hem de mülkiyet hakkının korunduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır. Böylece gerek mülkiyet hakkından doğan tasarruf imkânı gerekse doğrudan (dolaysız) hâkimiyet de kapsam dahilindedir.

Hırsızlık suçunun başkasına ait taşınır mal hakkında işlenebileceği dikkate alındığında, malik tarafından bu suçun işlenemeyeceği kabul edilmelidir. Örneğin, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta mülkiyet bedelin tamamının ödenmesi anına kadar satıcıya ait olduğundan taşınır mal, zilyedinin rızasına aykırı olarak malik tarafından alınsa dahi başkasına ait bir mal olmadığı için hırsızlık suçu oluşmayacaktır.

Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli yahut herhangi bir nedenle el konulmuş olan taşınır malın, bu kişinin elinden malın sahibi tarafından rızası dışında alınması halinde ise suç işlenmiş sayılacaktır. Hem TCK m.290’un hem de m.144/1-a’nın korunan hukuki değer zilyetlik olduğu görüşüne dayanak oluşturduğu ileri sürülmektedir. Ancak TCK m.144/1-a bakımından kişi, söz konusu taşınırın tek başına maliki değildir. Örneğin, paylı mülkiyette kişinin kendi payını aşan kısım bakımından hak sahibi olduğu söylenemez. Paydaş ya da elbirliği ile malik olunan mal üzerinde hak sahibi olan diğer kişi ya da kişiler mevcuttur. Bu nedenle mülkiyetin korunmadığı sonucuna ulaşılamayacaktır.

TCK m.290/2’ye göre ise, rehinli veya hacizli ya da herhangi bir nedenle el konulmuş olan taşınır malın, sahibi tarafından zilyedinden rızası dışında alınması halinde verilecek cezada indirim uygulanacağı belirtilmektedir. Ancak bu düzenlemede belirtilen hallerde malikin yetkisinin sınırlandığını görmekteyiz. TCK m.141’in kapsamına giren hallerde, malikin yetkisi sınırlandırılmış değildir. TCK m.290/2’de zikredilen rehni, kişinin zilyet olması nedeniyle TMK m.939 vd. hükümlerine göre kurulan teslim bağli taşınır rehni olarak anlamak gerekmektedir. TCK m.290/2’de yer almayan intifa, kira, ödünç gibi hallerin de madde metnine eklenmesi yahut genel bir ifadeyle kapsam dahiline alınması yerinde olacaktır. TCK m.290 bakımından malikin fail olabilmesinin, mülkiyet hakkının bahsettiği kullanımlardan sınırsız şekilde yararlanamıyor olmasından kaynaklı olduğunu söyleyebiliriz.

Bahsedilen hallerin bazılarında tasarruf yetkisi mevcut olmakla birlikte bazılarında sınırlandırılmıştır. Sonuç olarak mülkiyet hakkının bahsettiği kullanım veya tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı durumlarda malikin fail olarak sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Bununla birlikte haksız zilyetten taşınır malın rızası dışında alınması, hırsıza karşı hırsızlık suçunun oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir. Hırsız, taşınır malı alarak hâkimiyetine soktuğu anda söz konusu taşınır mala malik sıfatıyla haksız zilyet olacaktır. Hırsızın da elinden rızası dışında başkasının bu taşınır malı alması halinde ikisi de kötü niyetli zilyet olduğundan taşınır davasını ilk hırsızlık fiilini işleyen kişi, son zilyede karşı açamayacaktır.

Haksız zilyetten taşınır malı alan ikinci haksız zilyet bakımından taşınır malın “zilyedinin rızası olmadan” alması şeklinde Kanun’da ifade edilen tipiklik gerçekleşmiş olmayacaktır. Çünkü taşınır kendisinden alınan kimse de haksız zilyet olduğundan ona karşı hırsızlık suçunun işlenmesi söz konusu değildir. Hırsızlık sonucu aldığı taşınır malı haksız şekilde elinde tutan kimseye karşı işlenen fiilin hırsızlık suçu olduğunu söylemek ve onu ceza hukuku düzenlemeleri ile koruyacak şekilde yorum yapmak isabetli değildir. Bu ihtimalde malikin eşya üzerindeki zilyetliği ilk hırsız tarafından sona erdirilmiştir, fakat onun mülkiyet hakkı devam ettiği için önceki hırsızdan taşınırını yine haksız surette edinen sonraki zilyedin de malike karşı hırsızlık suçunu işlediğini kabul etmek gerekir.

Malik eşyayı rızası ile (kendi dolaylı zilyetliğini devam ettireceği beklentisiyle) bir kimseye vermiş ve bu kimse de yine rızası ile taşınırın zilyetliğini başkasına devretmişse (rıza zincirinde kopukluk olmadığı sürece bu devir silsilesi devam edebilir), taşınır mal başkası tarafından dolaysız zilyedin elinden rızası dışında alındığı takdirde hırsızlık suçunda aranan tipiklik de gerçekleşir. Bu durumda hem dolaysız zilyede hem de dolaylı zilyetliği devam eden malike karşı hırsızlık suçu işlenmiş olur. Hırsızlık, haksız zilyede karşı değil, hukuka uygun şekilde elinde tutan ferî ya da asli doğrudan zilyede karşı işlenmiş ise, ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Hırsızlık suçunun konusu, başkasına ait taşınır bir maldır. Mal kavramının kısaca maddi bir varlığa sahip, üzerinde hâkimiyet kurulmaya elverişli, insan dışı varlık olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda taşınır mal hakkında ekonomik değer taşıma ölçütünün aranıp aranmayacağı değerlendirilmelidir. Sadece manevi değeri olan mektuplar, kâğıt parçaları

çalınırsa yine hırsızlık suçu gerçekleşmiş olacaktır. Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satılan eşyalar, satıcı bakımından başkasına ait değildir. Keza geciktirici koşul altında devredilen eşyalar da satıcı bakımından başkasına ait değildir. Paylı veya elbirliği mülkiyetindeki eşyalar, sadece faile ait olmadığından başkasına aittir.

Hırsızlık suçunda fail, taşınır malı bulunduğu yerden alan kişidir. Taşınır malın maliki ile zilyedinin farklı kişiler olması halinde malik olan kişinin, suçun faili olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Malik olan kişinin, zilyetliğini başkasına devretmiş olduğu taşınır malı, doğrudan zilyedinin rızası olmaksızın alması halinde hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağı bu suç ile korunan hukuki değer ile yakından ilişkilidir. Bu suç ile korunan hukuki değer hem zilyetlik hem de mülkiyet olduğundan malik, taşınır malı doğrudan zilyetten rızası dışında almış olsa dahi fail olarak sorumlu tutulamayacaktır. Suçun kanuni tanımında belirtilen suçun konusunun başkasına ait taşınır mal olmasından hareketle malikin fail olamayacağı söylenebilecektir.

Korunan hukuki değer hem mülkiyet hem de zilyetlik olarak kabul edilmesi halinde malik ve doğrudan zilyetliğindeki mal alınan kişi ise mağdurdur. Son olarak zilyet yardımcısı olan kişilerin suçun mağduru olup olamayacağı hususu değerlendirilmelidir. Zilyet yardımcısı bağlı olduğu kişinin hakimiyetinde olduğu eşyayı işe ait araç gereç olarak kullanmaktadır, onun eşyaya zilyet olma iradesi yoktur. Zilyet yardımcısı, eşyanın zilyedi sayılmaz, fiili hakimiyet kendisine bağlı olan kimse eşyanın doğrudan zilyedir. Dolayısıyla zilyet yardımcısı mağdur olamaz; fiili hakimiyet kendisine bağlı olan kimse, hırsızlık suçunun mağduru olabilir.

Suçta konu eşyayı alan kişi, zilyedinin rızası ile almış ise, bu durumda hırsızlık suçunun mevcut olduğu söylenemez. Nitekim kendisine ödünç verilen eşya üzerinde tasarrufta bulunan kişinin, güveni kötüye kullanma suçundan sorumluluğu söz konusu olabilecek iken, bu eşyayı alan kişi bakımından hırsızlık suçundan sorumluluk doğmayacaktır. Eşya ile kişi arasındaki ilişki, temas veya tesadüf gibi kısa süreli olarak gerçekleşmişse zilyetliği sağlayacak fiili hakimiyet oluşmamıştır.

KAYNAKÇA

- Ağbaba, Fatih. *Tüm Yönleriyle Hırsızlık Suçu*. Ankara: Bilge Yay., 2022.
- Akalın, Adnan. *İslam Ceza Hukukunda Hırsızlık Suçu ve Çalınan Mal ile İlgili İhtilaflar*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri (İslam Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi. Ankara: 2006.
- Akipek, Jale G. ve Turgut Akıntürk. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yay., 2009.
- Artuç, Mustafa. *Malvarlığına Karşı Suçlar*. Ankara: Kartal Yay., 2007.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yay., 2022.
- Bakıcı, Sedat ve Gürsel Yalvaç. *5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yay., 2008.
- Balcı, Fidan ve Seyithan Öztürk. *Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları*. Ankara: Adalet Yay., 2017.
- Bekar, Elif. *Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar*. İstanbul: On İki Levha Yay., 2017.
- Binici, Murat. *5237 sayılı TCK'da Hırsızlık Suçu*. Bilecik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi. Bilecik: 2010.
- Bosch, Nikolaus. *Schönke/Schröder StGB Kommentar*, München: C. H. Beck Press, 2019.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. İstanbul: Beta Yay., 2021.
- Çağlayan, M. Muhtar. *En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İttihatlı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Yetkin Yay., 1970.
- Dalgıç, Numan. *Türk Ceza Kanunu'nda Bir Nitelikli Hal Olarak Suçun "Bir Hukuki İlişkiye Dayanan Alacağı Tahsili Amacıyla" İşlenmesi*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi. 2022.
- Donay, Süheyl. *Türk Ceza Kanunu Şerhi*. İstanbul: Beta Yay., 2007.
- Dölling, Dieter, Gunnar Duttge, Stefan König and Dieter Rössner, *Nomos Kommentar*. Baden-Baden: Nomos Press, 2022.
- Dönmezer, Sulhi. *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. İstanbul: Beta, 1995.
- Dursun, Selman. "Emniyeti Suistimal Suçu." *İÜHFİM*, C.LVII, S.1-2 (1999): 7-8.
- Ediş, Ege. *Hırsızlık Suçu*. Ankara: Yetkin Yay., 2021.

- Eisele, Jörg. *Strafrecht Besonderer Teil II*. Stuttgart: Kohlhammer Press, 2021.
- Eker, Hüseyin. *Hırsızlık Suçları*. Ankara: Adalet Yay., 2014.
- Ekinci, Mustafa ve Sinan Esen. *Açıklamalı ve İçtihatlı Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal, Bilişim Alanında Suçlar ile Müşterek Hükümler*, Ankara: Adalet Yay., 2003.
- Erem, Faruk. *TCK Şerhi Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yay., 1993.
- Erem, Faruk ve Nevzat Toroslu. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Sevinç Matbaacılık, 1978.
- Erem, Faruk, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk. *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yay., 1997.
- Ergüne, Mehmet Serkan. *Taşınır Mülkiyeti*. İstanbul: On İki Levha Yay., 2017.
- Fischer, Thomas. *Strafgesetzbuch*. München: C. H. Beck Press, 2022.
- Gökcan, Hasan Tahsin ve Mustafa Artuç. *Türk Ceza Kanunu Şerhi*. Ankara, Adalet Yay., 2021.
- Gökçen, Ahmet, Selim Erdin ve Büşra Şenerdoğan. “Hırsızlık Suçu (m.141).” *Malvarlığına Karşı Suçlar (m.141-169)*. Ankara: Adalet Yay., 2018.
- Gönül, Aykut. *Hırsızlık Suçu*. Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Yüksek Lisans Tezi. Yalova, 2019.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat. *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması*. Ankara: Kazancı Yay., 1981.
- Gündüz, Remzi. *Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar*. Ankara: Bilge Yay., 2017.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. “Hırsızlık.” *GÜHFD*, C.XII, S.1-2 (2008): 775-776.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Kişilere Karşı Suçlar. Ankara: Us-a Yay., 2010.
- Heger, Martin. *Lackner/Kühl/Heger StGB Kommentar*. München: C. H. Beck, 2023.
- Hilgendorf, Eric and Brian Valerius. *Strafrecht Besonderer Teil II*. München: C. H. Beck Press, 2021.
- Kamışlı, Gani. *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hırsızlık Suçu*. Ankara: Seçkin Yay., 2017.
- Kılıç, Ahmet. “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 142/2-a’daki Kişinin Ölümüne İlişkin Nitelikli Halin Değerlendirilmesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.26, S.1 (2020): 147.

- Kindhäuser, Urs and Martin Böse. *Strafrecht Besonderer Teil II*. Baden-Baden: Nomos Press, 2021.
- Koca, Mahmut. *Yağma Cürümleri*. Ankara: Seçkin Yay., 2003.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yay., 2022.
- Koç, Orçun. *Hırsızlık Suçu*. Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi. Ankara, 2019.
- Kökçam, Emine Sümeyye. *Türk Ceza Hukuku ile Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Hırsızlık Suçu*. İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi. Malatya, 2018.
- Krey, Volker, Uwe Hellmann and Manfred Heinrich. *Strafrecht Besonderer Teil*, Stuttgart: Kohlhammer Press, 2021.
- Malkoç, İsmail. *5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 82-149)*. Ankara: Sözkese Yay., 2013.
- Nacak, Mehmet. *Hırsızlık Suçu*. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku, Yüksek Lisans Tezi. İzmir, 2013.
- Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yay., 2022.
- Noyan, Erdal. *Hırsızlık Suçları*. Ankara: Adalet Yay., 2007.
- Oğuzman M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Onuş, Abdulhamid. *Eklenti Kavramı ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar*. İstanbul: On İki Levha Yay., 2018.
- Önder, Ayhan. *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*. İstanbul: Filiz Yay., 1994.
- Özbek, Veli Özer. *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*. Ankara: Seçkin Yay., 2008.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yay., 2020.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yay., 2021.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yay., 2021.
- Özütürk, Necat. *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*. İstanbul: Filiz Yay., 1970.
- Parlar, Ali ve Selda Kutluata. *Uygulamada Hırsızlık Suçları*. Ankara: Bilge Yay., 2018.
- Rengier, Rudolf. *Strafrecht Besonderer Teil I*. München: C. H. Beck Press, 2022.

- Salkaya, Didem, *Hırsızlık Suçu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bölümü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- Sarıtaş, Erkan. *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)*. İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Sayar, Filiz. *Hırsızlık Suçu ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku, Yüksek Lisans Tezi. İzmir, 2008.
- Schmitz, Roland. *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch (MüKoStGB)*. München: C. H. Beck Press, 2021.
- Serozan, Rona. *Eşya Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yay., 2022.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yay., 2020.
- Spendel, Günter. *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (StGB LK)*. Berlin: De Gruyter Recht Press, 2005.
- Şen, Ersan. "Hırsızlık Suçları." *Ankara Barosu Dergisi*, (2012/3) 326, 327.
- Şensoy, Naci. *Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar*. İstanbul: Nazir Akbasan Yay., 1963.
- Şeyhanlioğlu, Mustafa Emrah. *Hırsızlık Suçu*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi. Ankara, 2010.
- Taşdemir, Kubilay ve Ramazan Özkepir. *Hırsızlık Suçları*. Ankara: Adil Yay., 1997.
- Taylar, Banu. *Türk Ceza Kanunu'nda Hırsızlık Suçu*. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi. İzmir, 2010.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş, 2021.
- Türkdoğru, Serkan. *5237 Sayılı TCK'da Hırsızlık Suçununun, Elde veya Üstte Taşınan Eşyayı Çekip Almak Suretiyle Ya Da Özel Beceriyle İşlenmesi*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul, 2008.
- Uçar, Abdullah. *Nitelikli Hırsızlık Suçlarına İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi*. Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Ceza Adaleti Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi. Ankara, 2015.

- Uğurlu, İbrahim Halil. *Hırsızlık Suçu*. Ankara: Adalet Yay., 2010.
- Ünver, Yener. *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*. Ankara: Seçkin Yay., 2003.
- Wittig, Petra. *Beck'scher Online Kommentar zum StGB (BeckOK StGB)*. 2023.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. *Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Adalet, 2014.
- Yazıcıoğlu, Yılmaz. "Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı." Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, *MÜHFD*, C.19, S.2 (2013) 773.
- Yenidünya, Ahmet Caner. *Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (TCK md. 141-147)*. Ankara: Adalet, 2013.
- Yıldız, Ali Kemal. "Hırsızlık Suçu", *Özel Ceza Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yay., 2018.
- Yurtcan, Erdener. *Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar*. İstanbul: Beta, 2008.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2021.
- İnternet Kaynakları:
<https://legalbank.net>
<https://sozluk.gov.tr/>
<http://www.kazanci.com>

PATENTİN İNHİSARİLİK UNSURUNUN İNGİLTERE'DE ORTAYA ÇIKIŞINDA JACOPO ACONCIO'NUN ROLÜ

*Jacopo Aconcio's Role in the Emergence of Exclusivity
Element of Patent in England*

Cemâl DURSUN*

ÖZ

Bu makalede, bir *Reformasyon* ve *Rönesans* insanı olan Trentolu Jacopo Aconcio'nun patentin "*inhisarîlik*" unsurunun İngiltere'de ortaya çıkışında oynadığı rol üzerinde durulmaktadır. Bu amaçla önce Aconcio'nun hayatı üzerinde kısaca durulmuştur. 1557'de İsviçre'ye geçişine kadar olan hayatı hakkında çok az şey bilinmektedir. *Reform* yanlısı görüşleri nedeniyle hayatının son yıllarında İtalya'yı terk ederek Basel ve Zürih'e yerleşmesi, orada Marian sürgünleri ile tanışması, Birinci Elizabeth'in tahta çıkmasından sonra sırasıyla Strazburg'a, oradan da Sir Cecil'in daveti ile Londra'ya geçişi anlatılmaktadır. Bu dönemde kaleme aldığı önemle eserlere kısaca değinilmektedir. Bir mühendis olarak Aconcio'nun İngiltere'ye varır varmaz Kraliçe'ye yaptığı yazılı başvuru üzerinden ve Holdsworth, Hulme ve White Jr.'ın konuya dair görüşlerinden hareketle Seaborn Davies ile Jeremy Phillips arasında Aconcio'nun İngiltere'de patentin inhisarîlik unsurunun oluşumundaki rolüne dair tartışmalar üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır. Çalışma, tarihsel yaklaşımdan yararlanmak suretiyle hem 16. yy.'a dair meselelerin değerlendirilmesinde hem de o döneme ait belli kavramların anlaşılmasında ve kullanılmasında dikkat edilmesi gereken önemli hususları içeren bir bölüm ile sona ermektedir.

Anahtar Kelimeler: Jacopo Aconcio, Patent, İngiltere, Fikrî/Sınai Mülkiyet, İnhisarîlik/Tekel.

Makalenin Geliş Tarihi: 07.08.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 16.08.2023.

* Dr. Öğretim Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: cemaldursun@karatekin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3674-9684.

ABSTRACT

This article dwells on the role played by Jacopo Aconcio of Trento, a figure of the *Reformation* and the *Renaissance*, in emergence of the “*exclusivity*” element of patent in England. Firstly, Aconcio’s life is briefly looked at although little is known about his life until his moving to Switzerland in 1557. Due to his pro-*Reformation* views, he left Italy in the last years of his life, settled in Basel and Zurich, where he met the Marian exiles, and following the accession of Elizabeth I to the throne moved to Strasbourg, then to London at the invitation of Sir Cecil. Important works he penned in this period are also mentioned. Following from the written application filed by Aconcio with the Queen as soon as he arrived in England, discussions between Seaborn Davies and Jeremy Phillips on the role of Aconcio in formation of the patent’s *exclusivity* element in England with respect to topical viewpoints of Holdsworth, Hulme and White Jr. will be touched upon. This study concludes with a number of aspects on both considering the underlying issues of the 16th century and employing certain concepts of that period.

Key Words: Jacopo Aconcio, Patent, England, Intellectual/Industrial Property, Exclusivity/Monopoly.

I. ACONCIO – BİR REFORMASYON YANLISININ HAYATI

A. İtalya Dönemi

Jacopo Aconcio, 1520-1566 yılları arasında yaşamış bir İtalyan düşünce insanıdır.¹ Milano şehrinin kuzey doğusunda, Avusturya Alpleri’ne yakın,

¹ Literatürde Jacobus Acontius, Jacopo Acontio, Giacomo Aconcio/Acontio şeklinde kullanımlar da bulunmaktadır. A. G. Keller, “Aconcio, Jacopo [Jacobus Acontius] (c. 1520–1566/7?), theologian and military engineer,” *Oxford Dictionary of National Biography* (online ed.). Oxford University Press, 2004. <https://doi.org/10.1093/ref:odnb/69>. Jacobus Acertyus, Giacomo Aconzio, Jaques Aconce, Giacomo Riccamati şeklindeki kullanımların yer aldığı *Bibliothèque nationale de France*’taki kayıtlar için bkz. “Aconcio, Giacomo (1492?-1566?),” Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023, <https://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb123753024>. Giacomo Concio şeklindeki yazım için bkz. Hugh G. Dick, “Giacomo Concio: A Renaissance Exile,” *Modern Language Forum*, XXVI/03 (1941): 12-18. Aconcio’nun doğum ve ölüm tarihleri genel bir kabulü yansıtmakta olup kesinlik içermemektedir.

Güney Tirol bölgesindeki Trento’da dünyaya gelen Aconcio, hukuk tahsili gördükten sonra noterliğe yönelmiş ve 1548 yılında *Collegio dei Notai di Trento*’ya kabul edilmiştir.² 1549 yılında Beşinci Charles’ın³ mabeyni Landriano Kontu Francesco Taverna’nın Viyana’daki maiyetine girmiş, 1556’da kendisi de Trentolu olan ve o yıl Milano valisi olarak göreve başlayan Kardinal Cristoforo Madruzzo’nun sekreteri olmuştur.⁴

Aconcio, Landriano Kontu’nun maiyetinde iken Reformasyon fikrine⁵ ilgi duymuş, bu ilgisinin Katolik kilisesi ile olan ilişkisinde yaratması muhtemel sorunlardan uzak durmak amacıyla⁶ askeri istihkam birliğine

² Charles Donald O’Malley, *Jacopo Acontio: His Life, Thought and Influence* (California: Stanford University Press, 1945), 92, 94.

³ 1500-1558 yılları arasında yaşayan Beşinci Charles, Kutsal Roma İmparatoru yanında Avusturya Arşidükü, İspanya Kralı, Hollanda Lordu unvanlarını da taşımaktaydı. Biyografisi ve Osmanlı tehdidine karşı girişimleri ve aldığı tedbirler hakkında kapsamlı bir okuma için bkz. Wim Blockmans, *Emperor Charles, 1500-1558*, çev. Isola van den Hoven-Vardon (London: Arnold, 2002), 193 sayfa.

⁴ 1512-1578 yılları arasında yaşayan Kardinal Madruzzo, 1539’da doğduğu Trento şehrinin prens-piskoposu olmuştu. 1543’te Trento Kardinali olarak atanmış ve iki yıl sonra Trento Konsili’nin ilk toplantısına ev sahipliği yapmıştı. Habsburg Hanedanı İkinci Philip tarafından 1556’da Milan valisi olarak atandı. 1567’de hem idari hem de dini görevlerini bırakıp emekli oldu ve Roma’ya çekildi. Gordon Campbell, *The Oxford Dictionary of Renaissance* (Oxford, New York: OUP, 2005), 487.

⁵ Aconcio’nun yaşadığı dönem, Martin Luther’in yaşadığı döneme (1483-1546) denk gelmektedir. Protestanlığın ve Lüterciliğin yükselişte olduğu bu dönem, siyasi olarak da oldukça çalkantılıdır. İsviçre’nin Protestan nüfusun yoğun olduğu bölgelerinin fiili olarak bağımsızlığını kazanması, buna özenen İtalyan köylülerin başarısızlıkla sonuçlanan ayaklanmaları, İspanya Krallığına verilen Hollanda’nın bir çekim merkezi haline gelerek çok yakın zamanda Hollanda’nın altın çağıının (1650-1750) başlamasına da neden olacak açık deniz hakimiyetinin oluşması, Westfalya Barış Antlaşması’na giden yolda en kanlı savaşların yapıldığı Otuz Yıl Savaşları ile Seksen Yıl Savaşlarının yarattığı yıkım ve yılgınlık, reformasyon hareketlerinin arka planını oluşturmaktadır. Dönemin derli toplu bir okuması için bkz. R. J. W. Evans, M. Schaich ve P. H. Wilson (ed.), *The Holy Roman Empire 1495-1806* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 384 sayfa.

⁶ Aconcio, hem doğduğu ve büyüdüğü yer hem de maiyetinde bulunduğu kişiler bakımından Katolik kilisenin yakınında sayılmalıdır. Landriano Kontu ile Kardinal Madruzzo, Katolik kilise içerisinde önemli rollere sahip kişilerdi. Öyle ki Kardinal Madruzzo, reformasyon hareketlerine karşı Katolik kilisenin en önemli adımı olan 1546-1563 yılları arasındaki Trento Konseyi’nin muhtelif toplantılarının yapılmasında, o dönemin Trento Piskoposu olarak önemli bir rol oynamıştı.

katılarak İtalya'dan uzakta ve güvende yaşamayı tercih etmiştir. Temel mühendislik eğitimini de bu dönemde Landriano Kontu ve Guiseppe Olgiati gibi kişilerden almıştır.⁷

B. Basel ve Zürih'e Sığınma

İkinci Marcellus'un vefatı ile Papalık makamına getirilen Dördüncü Paul'un, Reformasyon hareketlerinin yayılan etkisini durdurabilmek ve hatta kırabilmek için sert tedbirlere başvurmaktan çekinmeyeceğinin emarelerinin çoğalmasıyla birlikte bu durumun kendisi için bir tehlike yaratabileceğini düşünen Aconcio, Haziran 1557'de Kutsal Roma İmparatorluğundan fiilî olarak bağımsızlaşmış ve önemli miktarda İtalyan reformiste de ev sahipliği yapan İsviçre kentlerine, önce Basel'e, ertesi yıl Zürih'e gitti.⁸ İsviçre'de kaldığı dönemde Katolik kilisesini açıkça tenkit eden *Dialogue di Silvio e Mutio* ile *Summa de Christiana religione* isimli kitapları kaleme alarak yayımlattı (1558). Bu dönemde sadece teoloji ve kilise hukuku

⁷ Jeremy Phillips, "The English Patent as Reward for Invention: the Importation of an Idea," *Journal of Legal History* 3, 1 (1982): 72. Mühendislik eğitimi ile kastedilen, oldukça düz atış yapabilen yeni bir hafif ve taşınabilir topun şehir savunmalarında yol açtığı sorunlar nedeniyle öncelikle İtalyan şehirlerinde yaşanan şehir savunma hatlarının yeniden tasarlanması ve inşası sürecidir. Savaş teknolojisindeki bu yeni durum, Sekizinci Charles'ın 1494'te İtalya'ya yaptığı seferde iyice görünür hale gelmiş, bu yeni toplar şehir duvarlarını adeta eritmişti. Lynn White Jr., "Jacopo Aconcio as an Engineer," *The American Historical Review* 72, 2 (1967): 428-29, 441-43. Aconcio'nun tanıdığı olabileceği ilginç kişilerden biri de Birinci Francis zamanında Kaleler Genel Müfettişi olan Linara Kontu Rocco Guerini'dir. Bkz. Roger Mazauric, "Un Ingénieur huguenot au XVI e Siècle et ses rapports avec l'Église Réformée messine: Roch Guerini, comte de Lynar," *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français (1903-2015)* 106 (1960): 173-185. Aconcio'nun yaşadığı dönemde uzmanlaşma (*specialism*), uzman (*specialist*) şeklinde kavramlar bulunmadığı gibi her şeyden biraz anlamak (*generalist*) olumlu olarak görülüyordu. Uzmanlaşma, şehir yaşamında ortaya çıkan, ancak endüstrileşme ile gerçek anlamda kendini hissettiren *artes liberales* adı verilen mimarlık, mühendislik, avukatlık, muhasebecilik gibi serbest mesleklerin beraberinde getirdiği bir kavramdı. Bu yönüyle 19. yy.'a ait bir kavramdır. Aconcio'nun güneş merkezli kozmoloji görüşü için bkz. Clifford Chalmers Huffman, *Elizabethan Impressions: John Wolfe and His Press* (New York: AMS Press, 1988), 26-27.

⁸ Basel ve Zürih'te Celso, Curione, Ochino, Lelio Socinus gibi Castellion'un reformist görüşlerini paylaşan diğer İtalyan reformistler ile karşılaştı. Jean Jacquot, "Acontius and the Progress of Tolerance: in England," *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance* 16, 2 (1954): 192.

(*ecclesiastical*) ile ilgili eserler telif etmekle kalmamış, *De Methodo* isimli araştırma yöntemleri üzerine seküler bir eser de kaleme almıştır.⁹

C. İsviçre’den İngiltere’ye Geçiş

İsviçre’deki döneminde Aconcio, 1553-1558 arasında İkinci Philip ile birlikte hüküm süren Katolik kraliçe Birinci Mary’nin¹⁰ hışmından kaçıp kurtulan Protestan sürgünler ile karşılaşmıştı.¹¹ Din adamları, teoloji

⁹ Aconcio’nun Cottonian MS Titus F. XIII, fol. 234^r isimli belgede kendisi tarafından kaleme alındığını bizzat kendisinin ifade ettiği bir başka kitabın, *Ars muniendorum oppidorum (kasabaları güçlendirme sanatı, yn)*, ölümünden sonra 1585 yılında Cenevre’de yayımlandığı belirtilse de, hiçbir nüshasına erişilemeyen bu esere 1744’te yayımlanan Floransa’daki anonim *Essay de Bibliothèque Militaire*’de işaret edilmektedir. White Jr., “Aconcio,” 443. Aconcio’nun İngiltere’ye gitmeden hemen önce 1558’de yayımladığı, Leibniz’in “*genel metodoloji eseri*” olarak nitelendirdiği *De Methodo, hoc est, de recte investigandarum tradendarumque Scientiarum ratione* adlı eserinin daha kısa bir versiyonu, 1574’te Londra’da Thomas Blundeville tarafından *The true order and Methode of wryting and reading Hystories, according to the precepts of Francisco Patricio, and Accontio Tridentino* adlı eserin içinde yayımlanmıştı. Neal Ward Gilbert, *Renaissance Concepts of Method* (New York: Columbia University Press, 1963), 181-186. Bu eseri, dönemin ünlü Fransız mantıkçısı Petrus Ramus ile Çek teolog ve eğitim reformcusu Johann Comenius tarafından tanınmasını sağlayacaktı. Dick, “Concio,” 13, 16. Aconcio’nun bu eseri, kartezyen felsefenin kurucusu René Descartes’ın (1596-1650) *Discours de la Méthode* ya da tam haliyle *Discours de la Méthode Pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences* adıyla yayımladığı ve çok bilinen ve tekrarlanan “*cogito ergo sum (je pense donc je suis)*” cümlesinin yer aldığı eserinin öncüsü olarak kabul edilebilir. James Gordley, *The Jurists: A Critical History* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 177-178.

¹⁰ Birinci Elizabeth’in üvey kızkardeşi olan Mary Katolik’ti. Protestanlara olan hışmı ve önde gelen Protestanları idam ettirmesi nedeniyle “Kanlı Mary” olarak bilinir. Tudor Hanedanının 1553-1558 yılları arasında hüküm sürmüş bir üyesidir.

¹¹ Christina Hallowell Garrett, *The Marian Exiles: A Study in the Origins of Elizabethan Puritanism. Cambridge Library Collection - British and Irish History, 15th & 16th Centuries* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 406 sayfa. Kraliçe Mary’nin isminden hareketle “Marian sürgünleri” denilen bu grup; John Aylmer, Miles Coverdale, John Ponet, John Scory, Richard Cox, Edmund Grindal, Edwin Sandys, John Bale, John Jewel, James Pilkington, Thomas Bentham gibi İngiliz Protestanlığının önde gelen din adamları (ve önemli sayıda teoloji öğrencileri) kadar önemli soylu aile mensuplarını da içermekteydi. Önemli kişilerden bazıları: Ormond Kontesi Elizabeth Berkeley, Sir Peter Carew, Sir William Cecil, Sir John Cheke, Sir Anthony Cooke, Sir Francis Knollys, Sir Richard Morrison, Dame Dorothy Stafford,

öğrencileri ve seçkin sınıf mensuplarından oluşan bu sürgünler Kıta Avrupası'nın Protestan bölgelerine dağılmışlardı. Birinci Mary'nin ardından tahta Protestan biri olan üvey kız kardeşi Birinci Elizabeth'in oturması (1553-1603)¹² ile birlikte Aconcio 1558'de Strazburg'a geçti.¹³ Kraliyet sekreterlerinden Sir William Cecil'in (Lord Burghley), İngiliz savunma hatlarının güçlendirilmesi amacıyla İtalyan mühendislerin¹⁴ istihdamı için arayışta olduğunu duymasıyla birlikte bir yıl sonra (Kasım 1559) Sir Cecil'in davetiyle Strazburg'dan Londra'ya geçti.¹⁵ 1560 yılında kendisine yıllık 60

Sir Thomas Wroth. Sürgünleri ekonomik olarak destekleyenler arasında Londralı tüccarlar Thomas Heton, Richard Springham, John Abel; Danimarka Kralı, Rhine Palatine Prensi, Württemberg Dükü, Bipont Dükü. Bu sürgünler arasında daha sonra ortaya çıkan ayrılıklar, Püritancılık ve Presbyteriancılık isimli iki ayrı Protestan grubun doğmasına neden olmuştur.

¹² Hiç evlenmediği için Bakire Elizabeth olarak da bilinen Birinci Elizabeth, Tudor Hanedanının son üyesidir.

¹³ Jacquot, "Acontius," 192. John Selden'in (1584-1654) Aconcio'ya atfettiği "*ubi bene, nil melius; ubi male, nemo pejus*" cümlesinin Birinci Elizabeth döneminin ilk yıllarındaki dinsel hoşgörüyü işaret ettiği düşünülmektedir. Saint-Omer kraliyet kolejinin tarih profesörlerinden Riquier'in Cottonienne kütüphanesinde bulunduğu isimsiz bir eser, 1079-1142 arasında yaşayan düşünür Peter Abelard'ın Heloise'dan olan oğlu Astralabe'a nazım usulde yazdığı mektupları içermektedir. Bu kitaptaki 164. satır Selden'in Aconcio'ya atfettiği ifadeleri birebir içermektedir. Rodolphe Dareste, "Vers d'Abailard A Son Fils Astralabe, Nouvelle Leçon," *Bibliothèque de l'École Des Chartes* 2 (1845): 412.

¹⁴ Mazaauric önemli mühendisler olarak şu kişilerin adlarını zikretmektedir: Balthazard Paduano (1535), Mathis del Comte (1590'da Jametz'in kuşatılmasında), Milanlı Jérémie Citéri de Milan (1587), Antonio de Bergame (1567), Principio (1545) ve Stabili, napoliten (1599-1603). Mazaauric, "Un Ingénieur," 173.

¹⁵ White Jr.'a göre Eylül 1559. White Jr., "Aconcio," 432. Aconcio Londra'ya varır varmaz, Hollanda Reform Kilisesi'ne intisap etti. Ancak kısa bir süre sonra, kendisi de Marian sürgünlerinden olan Londra Piskoposu Edmund Grindal'ın Anabaptistik and Aryan görüşler ile enfekte olduğu suçlaması yönelttiği dini görevli (*minister*) Adrian van Haemstede'nin ayinlere katılmaktan da yasaklanması üzerine van Haemstede'yi desteklemiş ve bu nedenle dini törenlere katılmaktan yasaklanmıştır. Aconcio'nun kişiliğini yansıtmaması bakımından bu olay önemlidir, çünkü bir müddet sonra van Haemstede sözlerini geri aldığı beyan etmesine rağmen Aconcio pozisyonundan geri adım atmamıştır. Daha da ilginç, bu olay nedeniyle Kraliçe Elizabeth'in ve Robert Dudley, 1st Earl of Leicester'ın desteğini almayı sürdürmüştür. Jacquot, "Acontius," 192-193. Edmund Grindal ilk Londra Piskoposu'ydu. Ardından York ve Canterbury Piskoposu olarak görev yapmış oldukça önemli ve etkili bir figürdü. John Strype, *The History of the Life and Acts of*

Sterling kraliyet emeklilik ücreti bağlandı.¹⁶ İzleyen yıl İngiliz tabiiyetine geçti (1561).¹⁷ Son yıllarında Earl of Leicester ve Earl of Bedford’un maiyetinde bulundu.¹⁸

Hayatının son yedi yılını geçirdiği Londra’daki döneminde, Hristiyanlığın dogmatik öğretilerini eleştirel şekilde kaleme aldığı *Stratagematum Satanae libri octo* isimli eseri, vefatından bir yıl önce 1565

Edmund Grindal (Oxford: Clarendon Press, 1821). Acontius Londra’ya varmadan ünü varmıştı. C. S. Curione’nin Bullinger’e yazdığı mektupta Acontius’tan (Betti ile birlikte) “*pietate, ingenio, et literis non contemnendi, tuo et bonorum reliquorum qui apud nos sunt, amicitia et consuetudine digni*” olarak bahsediliyor. Bkz. Huffman, *Elizabethan Impressions*, 20 (dipnot 35). Bu dönemde İngiltere’de henüz bir kabine sistemi oluşmamıştı. Sir Cecil gibi kişiler, Kral/Kraliçe tarafından verilen yetkiler çerçevesinde münferiden görev yapıyor, buna ilaveten Privy Council da varlığını sürdürüyordu. İlk kabine sistemi, 1625’te Birinci Charles tarafından ihdas edilmiş, 20. yy.’ın başında Başbakan David Lloyd George tarafından modernize edilmiştir. Bu nedenle, Aconcio her ne kadar Sir Cecil tarafından davet edilmiş olsa da, bu davetin Kraliçe adına Sir Cecil tarafından yapıldığını söylemek mümkündür.

¹⁶ *Calendar of Patent Rolls*, 2 Eliz. I, 254. Aktaran Phillips, “The English Patent,” 72. Bank of England’ın web sayfasındaki enflasyon hesaplama aracına göre 1560 yılındaki 60 Sterling, Mayıs 2023 itibarıyla 25.219,28 Sterling’e tekabül etmektedir. Bkz. “Inflation Calculator from 1209 to now,” Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023, <https://www.bankofengland.co.uk/monetary-policy/inflation/inflation-calculator>.

¹⁷ Aconcio gibi Birinci Elizabeth’in tahta geçmesi ile birlikte İngiltere’ye gelen İtalyanlar şunlardır: Alessandro Citolini (c. 1500-c. 1583), Petruccio Ubaldini (1524?-1607?), Giacomo Castelvetro (1546-1616), Giovanni Battista Castiglione (?-1597), Orazio Pallavicini (1540?-1600), Francesco Pucci (1540-1595), Pietro Bizzarri (1525-c. 1586), Alberico Gentili (1522-1608), Giordano Bruno (1548-1600). Aktaran Tiziana Provvidera, “Giordano Bruno’s Italian Dialogues and Late Sixteenth-Century English Book Production” (Doktora tezi, University College London, University of London, 2000 (later published by ProQuest LLC, 2016)), 171.

¹⁸ Aconcio’nun, Edmund Grindal ile yaşadığı sorun nedeniyle protestanlar arasındaki birliği bozduğuna inanılan bu tavrına rağmen statüsünü ve Kraliçe’den aldığı yıllık 60 Sterling’lik tahsisi koruyabilmiş olmasının en önemli sebeplerinden biri, İsviçre ve Fransa’da tanıştığı Marian sürgünleridir. Birinci Mary’nin hışmından kaçıp kurtulan bu kişilerin en önemlisi kuşkusuz, bir ara Kraliçe Elizabeth ile evleneceği ve böylece “*Prince Regent*” olabileceği söylentileri de yayılan Earl of Leicester’dır. Ardından ise, Privy Council üyesi olan ve daha sonra İskoçya’ya elçi olarak atanan Earl of Bedford’dır. Strasburg’da tanıştığı John Jewel ise daha sonra Salisbury Piskoposu olmuştur. Son olarak, Kraliçe Elizabeth’in İtalyan öğretmeni olan Castiglione’yi de burada belirtmek gerekir. Dick, “Concio,” 14.

yılında yayımlandı.¹⁹ Tüm Hristiyanlık öğretilerinin ortak noktalarını göstermeye çalıştığı ve Latince kaleme aldığı bu eseri ancak 1647’de İngilizceye çevrilmiş, İngiliz liberal ilahiyatçılarından derhal büyük ilgi görmüştür.²⁰

II. MÜHENDİS OLARAK ACONCIO

Aconcio’nun ilk büyük mühendislik projesi, Londra’nın doğusunda ve Thames nehrinin güney yakasında bulunan Plumstead ve Erith yerleşimleri arasındaki yaklaşık 3.238 hektarlık (8.000 acre’lik) bataklığın kurutulması idi (1563).²¹ Başlarda ilerleme sağlanan projenin kontrolünü, kötü hava koşulları nedeniyle kurutulan yerlerin yeniden suyla dolması üzerine, ortağı Giovanni Battista Castiglione’ye devretmiştir.²²

¹⁹ Londra Üniversitesi profesörlerinden J. W. Allen’a göre bu kitap, sadece istisnai ancak önemli bir kitap olmakla kalmamış, 16. yy.’da Castellion’un görüşlerini desteklemek amacıyla yazılan en güçlü ve özgün eserdir. John William Allen, *A History of Political Thought in the Sixteenth Century* (New York: Methuen & Co., 1928), 98. O zamana kadar ölüm cezasına teolojik açıdan yaklaşanlardan, ki bunlara Castellion da dahil, farklı olarak Aconcio meseleye hem teolojik hem de hukukçu gözüyle ve mantık açısından yaklaşmaktadır. Jacquot, “Acontius,” 193, 195. Yakın dostu Castiglione’nin teşviki ile 1562-1564 yılları arasında kaleme aldığı ve Leicester şehrine ithaf ettiği *Delle osservazioni et avvertimenti che haver si debbono nel leggere delle historie* adlı eseri ise Londra’daki Public Record Office’te bulunmaktadır. Provvidera, “*Giordano Bruno*,” 191 (dipnot 104).

²⁰ Kitabın, reformist hareketin yoğunlaştığı ve özellikle Hollanda’da gördüğü ilgi hakkında bkz. Jacquot, “Acontius,” 193-195.

²¹ William Dugdale, *The history of imbanking and drayning of divers fenns and marshes, both in forein parts and in this kingdom, and of the improvements thereby extracted from records, manuscripts, and other authentick testimonies* (London: Alice Warren, 1662), Cap. XIII 64, <http://name.umdl.umich.edu/A36795.0001.001>.

²² Aconcio’nun Castiglione ile yakınlığını gösteren bir başka emare, kendi vasiyetinin tenfiz memuru olarak onu atamış olmasıdır. O’Malley’e atfen White Jr., “Aconcio,” (dipnot 8). Aconcio’nun vefatından sonra yayımlanan *Una essortatione al timor di Dio* adlı eseri Castiglione’nun edisyonu ile Birinci Elizabeth’e aşağıdaki ifadeler ile ithaf edilmiştir: “*En yüce hanımefendi, sadık hizmetkarınız Jacopo Aconcio bu hayattan diğerine geçerken bana bıraktığı kağıtlar arasında kendi el yazısıyla bu kısa eseri buldum, ve üslubu anlamama izin verdiği ölçüde, ben de aynı ölçüde onun mutlu dehasının bir ürünü olduğunu anladım. Daha fazla okudukça daha fazla memnun edici olan bu eser, yayımlanması arzusu uyandırdı ... bu niyetindeki ısrarıyla, ve bu şehirden genç bir adamın büyük gayretle yayın sanatını öğrendiği*

İzleyen yıl (1564’te), Kraliyet sekreteryaasının baş İtalyan uzmanı olan Giovanni Portinari’nin, mevcut tahkimat çalışmalarını yeterli bulmaması üzerine, Aconcio’nun askeri istihkam danışmanı olarak İskoçya-İngiltere sınırındaki Berwick Kalesi ve etrafındaki savunma hatlarının müştereken gözden geçirilmesi rolünü üstlendiği, bu amaçla kendine özgü tasarım önerileri yaptığı ve bir kısmının tatbik edildiği görülmektedir.²³

III. PATENTİN İNHİSARİLİK UNSURU VE ACONCIO

A. Aconcio’nun Kraliçeye Başvurusu

Londra’ya varmasından yalnızca (yaklaşık) bir ay sonra, 1559 yılının Aralık ayında Aconcio, su değirmenleri tarafından çalıştırılan değişik türde makinaların patentlerinin kendisine verilmesi amacıyla Kraliçe’ye dilekçe ile başvurmuştur.

Araştırarak halka faydalı şeyler bulanların haklarının ve emeklerinin meyvelerini almaları gerektiği kadar adil bir şey olamaz, çünkü bu arada diğer tüm kazanç biçimlerini terk ederler, deneylerde çok masrafa girerler ve sıklıkla çok zarar görürler, bana olduğu gibi. En yararlı şeyleri, yeni tür çarklı makineleri, boyacılar ve biracılar için fırınları keşfettim, ki bunlar bilinir olduğunda, bir ceza olması dışında rızam olmadan kullanılacak ve ben, masraf ve işçilik yüzünden fakirleşmiş halde, hiçbir getirisine sahip olamayacağım. Bu nedenle, öğütme veya ezme için herhangi bir çark

İtalya’dan yakın zamanda dönmesi vesilesiyle majestelerinin en mutlu ve en parlak ismi altında onu gün ışığına çıkarmaya daha da kararlıyım.” Bkz. Michael Wyatt, The Italian Encounter with Tudor England, A Cultural Politics of Translation (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 186.

²³ Sekizinci Charles’ın ordusunun kullandığı hafif, taşınabilir ve oldukça düz bir atış yapabilen topların İtalya’nın kuzeyindeki şehirlerin (özellikle Piedmont) kale savunmalarında yarattığı tahribat, bu topların etkisini azaltabilmek için “burç (bastion)” fikrinin yaygınlaşarak Avrupa’da şehir savunma yapılarının değiştirilmesi, ancak Fransa saldırısı tehdidi altındaki İngiltere’nin bu gelişmeleri takipte geç kalması, Birinci Elizabeth’in tahta geçmesi nedeniyle kuzeyden gelmesi muhtemel bir Fransa saldırısı ihtimali nedeniyle askerî mühendislere ihtiyacın aciliyet arz etmesi, tüm bu nedenlerle bu konuda dikkate değer bir tanınırlıkları olan İtalyan askerî mühendislerle, özellikle sürgünde olanlarıyla temasa geçilerek İngiltere’ye davet edilmeleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. White Jr., “Aconcio,” 428-32, 435-39. Jean Gimpel, *The Medieval Machine, The Industrial Revolution of the Middle Ages* (New York: Penguin Books, 1977), 235.

makinesinin veya benimki gibi herhangi bir fırının iznim olmadan kullanılmasının yasaklanmasını rica ediyorum.²⁴

Kraliyet tarafından Aconcio'nun bu başvurusuna verilen cevapta aşağıdaki yorum bulunmaktadır:

Talebinde: mucitlerin ödüllendirilmesi ve keşiflerinden kâr elde eden diğerlerine karşı korunmaları gerektiği doğrudur.²⁵

Bunların, aynı zamanda İngiltere'deki ilk patent başvuruları olduğu iddia edilmektedir. Aconcio'nun patent başvurularına, 1566 yılındaki vefatından yalnızca bir yıl önce (ve müspet olarak) cevap verilmiştir.

Patent başvuruları esnasında Aconcio'nun inhisarîlik (*monopoly; exclusivity*) talep ettiği de anlaşılmaktadır. Literatürde, Aconcio'nun ilk patent başvurularını yapmış olmayabileceğine, hatta bu başvurulardan da önce bahsedilen bazı münhasırlıklar bulunduğu dair tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalarda, bir yanda Seaborn Davies diğer yanda Jeremy Phillips'in görüşleri öne çıkmaktadır. Aslında bu tartışmanın arka planında, Sir William Holdsworth'ün Aconcio'nun İngiltere'deki patent başvurularına ve inhisarîlik bahşedilip bahşedilmediğine dair tespitleri bulunmaktadır.

²⁴ *Calendar of State Papers, Domestic, 1601-1603 (Addenda 1547-1565), 495.* Aktaran Phillips, "The English Patent," 71. Dick, "Concio," 14. White Jr., "Aconcio," 432, dipnot 25'te bu tür bir tekel hakkının mucidin emek ve masraflarının tazmin edilmesi amacını güttüğünü belirterek O'Malley'e atıf yapmaktadır: "*novae rationes machinarum omnis generis quae rotarum usum habent, et nova ratio fornaces fabricandi pro tinctoribus et ijs qui cervisiam parant, et ad usus alios cum magno lignorum compendio.*" Burada makine ile kastedilenin kol/kas (insan/hayvan), rüzgar, su gibi dışarıdan itkili güçler ile çalışan şeylerin kastedildiği hatırlanmalıdır. (Özellikle kömüre dayalı) Buhar gücüyle çalışan kendinden itkili makineler ancak 19. yy.'da ortaya çıkacaktır.

²⁵ *Calendar of Patent Rolls, 7 Eliz. I, 331.* Aktaran Phillips, "The English Patent," 71. Aconcio'nun benzer bir tavrı Plumstead bataklığının kurutulmasına dair girişiminde de göstermektedir. Bataklığın kurutulması yönündeki çabalarının karşılığında, evvela önceki zilyetlerin haklarının "*terk nedeniye*" sona erdiğinin ilanını, elde edilen alanın yarısının kendisine ve ortaklarına verilmesini talep etmiştir. Bu amaçla Parlamento'dan bir yasa çıkarılmış, başlarda başarılı sonuçlar veren proje, daha sonraki su baskınları nedeniyle amacına ulaşamamıştır. Aconcio, kendisine düşen hisseyi, sağladıkları beş bin Sterling karşılığı olarak Castiglione ve ortaklarına devretmiştir. White Jr., "Aconcio," 434-35.

B. Sir William Holdsworth’ün İngiliz Hukukunda Patent Sisteminin Ortaya Çıkışında Aconcio’nun Rolü ile İnhisarîlik Unsuruna Dair Tespitleri

Bahsi geçen tartışmalara bakmadan önce, Oxford Üniversitesi profesörlerinden Sir William Holdsworth’ün (1871-1944), temel eserlerden kabul edilen on yedi ciltlik *A History of English Law* kitabındaki kısımlara kısaca bakılmasında yarar bulunmaktadır.²⁶ Aşağıda dördüncü ciltte yer alan ilgili kısmın çevirisi yer almaktadır:²⁷

²⁶ İlk cildin künyesi: William Searle Holdsworth, *A History of English Law, Volume I* (London: Methuen & Co., 1903), 1-502. Holdsworth, hayatını adadığı bu eserin 1903 yılından itibaren ilk oniki (12) cildini yayımlamıştı. 1944’teki vefatından sonrasında yayımlanan dört cildin (13.-16. ciltler) edisyonu ise A. L. Goodhart and H. G. Hanbury tarafından üstlenildi. Bir kavram endeksi olan son (17.) cilt ise John Burke tarafından hazırlandı. Ayrıntılı bir biyografi için bkz. Harold Greville Hunbury. “Holdsworth, Sir William Searle (1871–1944), legal historian,” (revised by David Ibbetson), *Oxford Dictionary of National Biography* (online ed.). Oxford University Press, 2004. <https://doi.org/10.1093/ref:odnb/33933>. Genel bir değerlendirme için bkz. Frederick Bernays Wiener, “Holdsworth’s History Finally Completed,” *American Bar Association Journal* 53, no. 4 (1967): 321-24. Holdsworth’ün bu eserinin ve (F. W. Maitland ile karşılaştırmalı olarak) tarihçiliğinin eleştirisi için bkz. Richard A Cosgrove, “The Culture of Academic Legal History: Lawyers’ History and Historians’ Law 1870-1930,” *Cambrian Law Review* 33 (2002): 23-34.

²⁷ Holdsworth, *English Law*, 345. İlgili kısmın İngilizce orijinali: [*We occasionally meet with similar grants in the early part of sixteenth century. But during this period the Tudors seem to have adopted the plan of “entering into secret negotiations for the purpose of attracting skilled foreigners into its own service,” Instances are “the introduction of German armourers, Italian shipwrights and glass makers, and French ironfounders.” It was not till 1561 that the new system of granting “industrial monopoly licences” was introduced. It is to this system we must look for the origins of our modern patent law. // The earliest instances of these industrial monopolies are, as we might expect, to be found in Italy. They were known in Venice about the year 1500, and followed, Mr. Hulme says, “close upon the heels of printers’ copyrights.” From Italy they were introduced into the Netherlands, and from thence into England. It was a naturalised Italian, by name Acontius, who first suggested the adoption in this country of this method of rewarding inventors. The essence of these grants of industrial monopoly licences was this: In return for the introduction of a manufacturing process, formerly unknown in this country, the introducer was granted a monopoly of using that process for a specified length of time. The aim was to introduce into this country “those industries the products of which had hitherto*

16. yüzyılın başlarında zaman zaman benzer bahşetmelerle karşılaşırız. Ancak bu dönemde Tudorlar, “*vasıflı yabancıları kendi hizmetlerine çekmek amacıyla gizli müzakerelere girme*” planını benimsemiş görünüyorlar.” Misaller, “*Alman zırh üreticilerinin, İtalyan gemi yapımcılarının ve cam imalatçıların ve Fransız demirdökme ustalarının getirilmesidir.*” Yeni “endüstriyel tekel lisansları” verme sistemi 1561 yılına kadar getirilmemişti. Modern patent yasamızın kökenlerini bu sistemde aramalıyız.

Bu endüstriyel tekellerin en eski örnekleri, tahmin edebileceğimiz gibi, İtalya’da bulunacaktır. 1500 yıllarında Venedik’te biliniyorlardı ve Bay Hulme, “*matbaacıların telif haklarının peşisıra*” diyor. (*Endüstriyel tekeller*) İtalya’dan Hollanda’ya ve oradan da İngiltere’ye tanıtıldılar. Bu ülkede mucitleri ödüllendirme yönteminin benimsenmesini ilk öneren, sonradan vatandaşlığa kabul edilmiş Acontius isimli bir İtalyandı. Bu endüstriyel tekel lisanslarının özü şuydu: Bu ülkede daha önce bilinmeyen bir üretim sürecinin getirilmesi karşılığında, getiren kişiye bu süreci belirli bir süre boyunca kullanma tekelı verildi. Amaç, “*ürünleri o zamana kadar ithalat listelerinde en belirgin şekilde yer alan endüstrileri*” bu ülkeye getirmektir. Bu nedenle, kendisine tekel bahşedilen kişiyi belirli bir süre içinde sürecini başlatmayı, uygulamaya geçirmeyi ve İngiliz tabiiyetindekilere öğretmeyi ve bazen de belirli bir süre içinde belirli bir minimum miktarı üretmeyi taahhüt etmeyi amaçlayan hükümler vardır. Bahşetme, bir satış tekelı yaratmadı, ancak ürün imal tekelı yarattı. Çok geçmeden münhasır satış hakkı bu bahşetmenin özü (*ayrılmaz parçası*, yazarın notu -yn-) olarak görülmeye başlandı.

C. Patent Ofisi Kütüphanecisi E. Wyndham Hulme’ün 1896 Tarihli Makalesinde Aconcio

Bu tartışmalarda bir başka önemli karakter ise Patent Ofisi kütüphanecisi E. Wyndham Hulme’dür. 1896’da Law Quarterly Review’da yazdığı “*The History of the Patent System under the Prerogative and at*

figured most prominently on the lists of imports”. Hence there are often clauses aimed at binding the grantee to introduce his process within a fixed period, to employ and teach English subjects, and sometimes to manufacture a certain minimum quantity within a given period. The grant did not create a monopoly of selling, but of manufacturing the product. It is not till much later that the exclusive right of sale comes to be regarded as the essence of the grant.]

Common Law” isimli makalede İngiltere’de patent sisteminin kurulmasında Acontius’un rolüne dikkat çekmektedir:²⁸

Orta Çağ patent hukuku sistemi altında Kraliyet, doğal olarak kendisini, patent belgelerinin sağladığı koruma ve yetki altında tanıtılan yeni endüstrinin kaderinin tek koruyucusu ve hakemi olarak görüyordu. Ancak, Acontius tarafından önerilen inhisarlık politikasının Kraliyet tarafından 1559’da kabul edilmesiyle, yeni endüstrilerin tanıtılması sorumluluğu, kademeli olarak Kraliyet’ten, beyan ve tekeffüllerine dayalı olarak tevcihin yapıldığı patent sahibine geçmiştir. Bununla birlikte Kraliçe, sistemde meydana gelen devrimin farkında olmadan, bu tevcihlerden kaynaklanan tüm anlaşmazlıklarda mutlak yargı yetkisini ileri sürdü ve hanedanlığının sonuna kadar elinde tuttu.²⁹

Hulme, 1561-1570 yılları arasında Kraliyet tarafından bahşedilen inhisarlıklara dair listesinde Aconcio’ya da yer vermektedir:

XVI. 1565. Eylül 7. James Acontius’a taşıma makinalarının imalatı için lisans. [20 yıl için] (Latince).³⁰

Acontius, vatandaşlığa kabul mektupları alan ve küçük bir Kraliyet emekli maaşı alan bir İtalyan mühendisti. 1559’da ilk olarak Kraliyet’e, bir mucidi ödüllendirmenin en etkili yönteminin inhisar olduğunu önerdi. Önerisi, 1561’de inhisar politikasının benimsenmesinde meyvesini vermiş görünüyor; ancak Acontius bu yıla kadar patentini alamadı. bkz. Antiquary, 1885; Ordish, Early English Inventions.³¹

Ç. Lynn White, Jr.’ın 1967 Tarihli Makalesinde Aconcio’ya Dair İddiası

Kaliforniya Üniversitesi profesörlerinden Lynn White, Jr.’ın, 1967 yılında The American Historical Review’da yayımladığı “*Jacopo Aconcio as an Engineer*” isimli makalesinde dikkat çeken bir iddia ortaya atmaktadır:

²⁸ E. Wyndham Hulme, “History of the Patent System under the Prerogative and at Common Law,” *Law Quarterly Review* 12, 2 (1896): 141-54.

²⁹ Hulme, “Prerogative,” 151.

³⁰ Parantez içindeki ifadeden de görüleceği üzere, 16. yy.’da İngiltere’de kraliyet belgelerinde Latince kullanılmaya devam edilmektedir (kısmen Norman Fransızcası ile birlikte). Hulme’ün makalesinde örnek olarak verdiği patent belgelerinin orijinallerinin de Latince olduğuna dikkat edilmelidir. Bu durumun Aconcio için bir kolaylık oluşturduğunu söylemek mümkündür.

³¹ Hulme, “Prerogative,” 148.

Aconcio patent dilekçesi fikrini nereden buldu? Muhtemelen genel İtalyan geçmişinden, ancak daha yakın zamandaki teknik deneyiminden. Göreceğimiz gibi, yaklaşık 1549'dan 1556'ya kadar Beşinci Charles'ın sarayında çok zaman geçirmişti. 1550'de Nürnberg'de yayımlanan *De subtilitate*'de Girolamo Cardano, 1547 civarında icat edilen un elemek için büyük bir krank makinasını ayrıntılı olarak betimlemektedir. Mucit, bunun için Beşinci Charles'dan bir patent aldı, ve sadece bütün fırıncılar değil, aynı zamanda birçok insanı besleyen ruhban kurumları ve soylu malikaneler de bu tür makineleri ondan temin etti, iyi bir yaşam sürdürdü ve *“brevis tempore sibi domum edificavit”*!³² Aconcio bu olayı kesinlikle biliyor olmalıydı ve yabancı bir ülkede yalnız bir mühendis olarak ona sorunlarını çözmek için bir girişim önermiş olmalı.³³

D. Seaborn Davies'in Görüşleri

Oxford Üniversitesi profesörlerinden Davies (1904-1984), 1936 yılında *The Economic History Review*'da kaleme aldığı *“Acontius, Champion of Toleration, and the Patent System”* isimli kısa makalesinde, Sir William Holdsworth tarafından da dile getirilen patent sisteminin inhisarîlik unsurunun oluşumunda Acontius'un rolü olduğu iddiasına aşağıdaki argümanlar ile karşı çıkarak bu iddiayı destekleyecek güvenilir az tarihi delil olduğunu ifade etmektedir.³⁴

- 1) Dr. Hyde Price'in makalesine atıfla,³⁵ kâğıt üretimi ve satışı³⁶ için daha önceleri İsviçre'nin Bern şehri ve bağlı mahallerinde 1467

³² *“kisa sürede kendine ev yaptı”!*

³³ White Jr., “Aconcio,” 433.

³⁴ D. Seaborn Davies, “Acontius, Champion of Toleration, and the Patent System,” *The Economic History Review* 7, no. 1 (1936): 63-66. <https://doi.org/10.2307/2590735>.

³⁵ William Hyde Price, *The English Patents of Monopoly* (Boston: Houghton Mifflin, 1906), 3-4.

³⁶ Johannes Gutenberg'in (c.1398-1468) hareketli metal harflere dayalı matbaası ile birlikte (özellikle İncil'in) basım(ı) görece ucuzlamış ve yaygınlaşmıştı (1456 tarihli *Gutenberg İncili* kavramı bu dönemde doğdu). Bu durum, halihazırda Avrupa'da da bilinen ve kullanılmakta olan kâğıda olan talebi önemli oranda arttırdı. Ancak burada kâğıdın üretimi ve satışına dair ayrıcalıklar, yeni bir teknolojinin getirilmesinden ziyade, esnaf odalarının (*guilds*) kontrolündeki ticaret ayrıcalıklarının devamına dair bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Gutenberg'in asıl mesleğinin kuyumculuk olduğu hatırlanmalıdır. Rudolf Hirsch, *Printing, Selling and Reading, 1450-1550* (Wiesbaden: Otto Harrassowitz, 1967), 17, 32. Elizabeth L. Eisenstein, *The Printing*

yılında, keza İtalya’nın Venedik şehrinde 1507 yılında verilmiş tekel haklarından bahisle Acontius’un 1561 yılında İngiltere kraliçesine sunduğu inhisarîlik talepli dilekçe³⁷ özgünlük içermeyebilir.

- 2) Kraliyet kayıtlarını içeren *Patent Roll*’a göre Acontius’un 1561 tarihli dilekçesinden çok önceki bir tarihte, Mayıs 1554’te Burchart Cranyce isimli kişiye kraliyet arazilerinde (*çatışan bir leasehold şeklinde*, yn) kiralama ve engelleme olmaksızın, metal arama ve işletme imtiyazı ile bundan da önceki bir tarihte 1552’de Henry Smyth isimli kişiye cam imalatı patenti bahşedilmiştir.
- 3) 1550-1553 ve 1558-1572 yılları arasında dışişlerinden sorumlu sekreter olarak, onun öncesinde ise özel olarak Kraliyet maiyetinde görev yapan ve İngiliz patent sisteminin oluşumundaki rolü yadsınamayacak Sir William Cecil’in³⁸ Henry Smyth’e patent bahşedilmesi ile ilgi olması gerekir. Sir Cecil’in madencilğe olan büyük ilgisi de dikkate alındığında 1554’te Burchart Cranyce’e bahşedilen madencilik imtiyazından haberdar olduğunu söylemek mümkündür. Bu durumda Acontius’un Kraliçeye verdiği dilekçe, kendisine atfedilen özgünlüğün işaretlerini taşımamaktadır.
- 4) 1561 yılından önce inhisarîlik bahşeden bazı başka hususların varlığı tartışmasızdır. Örneğin yeni ticaret yollarını keşfedenlere, ki bunun son örneği 1553’te Rusya Şirketi’dir, verilen inhisarîlik ile sık sık Privy Council’in de dahlini celbeden telif hakkı ayrıcalıklarıdır. Birinci Elizabeth dönemi sekreterlerinin de bu hususlara aşina olduğu söylenebilecektir. Bu tür inhisarîlik içeren ayrıcalıklar ile endüstriyel buluşlar için bahşedilenler arasında yalnızca bir adımlık mesafe olduğu açıktır. Profesör Unwin’e atıfla, İngiltere’deki ticaret

Revolution in Early Modern Europe (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 25. Örneğin, en büyük matbaacılarından Nürnbergli Anton Koberger’in, yüz kişi istihdam ettiği matbaasında kullandığı kağıtları nereden temin ettiğine dair bkz. Janet Ing Freeman, “Anton Koberger’s First Books: Paper Stocks and Sequence of Printing,” *The Princeton University Library Chronicle* 55, 2 (1994): 308-322.

³⁷ *The Calendar of State Papers*, 1601-3, (1547-65 yıllarını kapsayan Addenda ile birlikte). Aktaran Davies, “Acontius,” 64.

³⁸ Davies, endüstriyel buluşlar için patent sisteminin İngiltere’de ihdası için uygun bir atmosferin oluşmasını Sir Cecil’e bağlıyor.

loncalarının da (*guilds*) bir yerel ticaret tekeli oluşturduğunun hatırlanması gerekir.³⁹

- 5) *State Papers Office*'te muhafaza edilen kayıtlar, Acontius'un başvurusundan önceki dönemde George Cobham, Tomazo Chanata ve şirketlerindeki diğer kişiler tarafından, 1550'de ancak kuvvetle muhtemel 1558'de, ırmaklardan, derelerden, barınaklardan kum rafları ve benzeri malzemenin alınarak temizlenmesi ve taşınması için kullanılmak üzere yeni bir aracın karşılığında yirmi beş yıllık bir inhisarlık talebinde bulduklarını göstermektedir. Acontius'unkinden üç yıl önce Cobham'a patent bahşedildiği anlaşılmaktadır. Sir Cecil tarafından bizzet refere edilen ve bizzat kendisi tarafından "1559 İtalyanlar talep ediyor", "X yıl için makuldür" notları düşünülen bir diğer inhisarlık başvurusu ise 1559'da özel ipek üretiminin İngiltere'ye getirilmesi için yapılmıştır.
- 6) Acontius'un başvurusunun 1565 yılına kadar cevaplanmamış olması, başvuru dilekçesinin tarihinin doğruluğu konusunda şüphe uyandırmaktadır. Dilekçe tarihi, İngiliz tabiiyetine geçişinden de önceki bir tarihe denk gelmektedir. Dilekçesine 1565'te cevap verilmesinden önce başka yabancılara patent verildiği bilinmektedir.

E. Jeremy Phillips'in Görüşleri

Cambridge Üniversitesi profesörlerinden Phillips (d. 1951), Davies'den onyıllar sonra, 1982 yılında *Journal of Legal History*'de yayımladığı "The English Patent as Reward for Invention: the Importation of an Idea" isimli makalesinde, Davies'in eleştirilerini tek tek ele alırken Acontio'nun bu meseledeki rolüne dair görüşlerini de serdetmiştir.⁴⁰

- 1) Gerçekten de Patent Roll'da, Davies'in işaret ettiği ve Acontius'un dilekçesinden önceki tarihlere, sırasıyla 1552'de Henry Smyth'e, 1554'te Burchart Cranyce'e iki endüstriyel patentin tevcihinden bahsedilmektedir. Ancak bunlara dair başvuru dilekçeleri günümüze

³⁹ George Unwin, *Industrial Organization in the 16th and 17th Centuries* (London: F. Cass and C, 1963), 70. Gimpel, *The Medieval Machine*, 110.

⁴⁰ Phillips, "The English Patent," 71-79.

ulaşmamıştır. Her bahşetmedeki tevcih ifadesi, tevcihin konusu olan süreci hangi kişinin icat ettiği veya tevcihin Kraliyet’in ödülü veya teşvik edilecek bir faaliyet biçiminin onayı yoluyla aranıyordu. Hal böyle olunca, her iki patentin de Acontius için ileri sürülen iddiaları nasıl çürüttüğünü görmek zordur.

- 2) Davies, aslında Sir Cecil’in adını patent bahşedilmesi kavramıyla ilişkilendirmek için herhangi bir somut delil ileri sürmemektedir. İddiasını, Sir Cecil’in Birinci Elizabeth’in saltanatında patent sistemini şekillendirmede etkili olduğu olasılığına dayandırmaktadır. Sir Cecil’in yukarıda bahsedilen Henry Smyth’e tevcih edilene neredeyse kesinlikle aşına olacağına da işaret etmekle birlikte Smyth’e bahşedilen eğer iddia edildiği gibi patent sisteminin işlevi konusuyla ilgili değilse, o zaman Sir Cecil’in bu konudaki malumatının da herhangi sonucu olmayacaktır. Sir Cecil’in Acontius’un İngiltere’ye gelişinden kısmen sorumlu olması da ilginçtir. Sir Nicholas Throckmorton tarafından yazılan bir mektupta, Acontius’un yetenekleri ve politik-dini eğilimleri anlatıldıktan sonra, bu mucidin İngiltere’ye gitmek üzere Paris’ten ayrılmak üzere olduğu belirtilmekte ve Sir Cecil’e “*aksi takdirde dikkate alınmasının çok gerekli*” olduğu öne sürülmektedir.⁴¹ O zamanlar Fransa büyükelçisi olan Sir Nicholas, Sir Cecil’in emriyle, Berwick’teki (*askeri*) tahkimatların iyileştirilmesi hizmetleri için İtalyan mühendisler arıyordu ve tercih edilen mühendis Portinari’nin İngiltere’ye gidişi geciktiğinde aradığı kişi Acontius’tu.
- 3) Buluşlar için patentlerin, telif hakkı inhisarları ve madencilik veya ticari imtiyazlar için patentler ile bariz bir kıyaslamadan mı türetildiği sorusuna gelince, bu kıyaslamının Acontius’un dilekçesinden önce yapıldığına dair hiçbir kanıt bulunmamaktadır. Kitap basımında imtiyaz tanıma uygulamasıyla bir kıyaslama yapılmasından şu iki nedenle şüphe edilmelidir: (i) 1709’dan önce bir eserin basımına dair imtiyaz tevcihi, daha çok basılacak eserler üzerinde sansür veya kontrol kriteri olarak ortaya çıkmıştır; ve (ii)

⁴¹ Throckmorton’ın Sir Cecil’e gönderdiği 25 Ağustos 1559 tarihli notta şu yazıyordu: “*Concio, bu sekiz gündür buradaydı.*” *Calendar of State Papers, Foreign, 1558-59*, p. 500. Aktaran Dick, “Concio,” 13 (dipnot 12).

teelif hakkı, eserin yazarına değil, eserin müstakbel yayıncısına verilmiştir. Madencilik veya ticaret imtiyazlarıyla ilgili kıyaslama açısından, Davies'in iddiası ilginç ve makul bir hipotez sunmakla birlikte çok basit bir kıyaslama olacağından bir icadın kullanılması üzerinde bir inhisarlık verilmesinin ardındaki gerekçeyi kapsamaya çalışmaz. Oysa Acontius'un dilekçesinde yer alan ve Acontius'u hukuki kavramların aktarılması tarihinde bu kadar dikkate değer kılan, Acontius'un talebinin kabulüyle onaylanan tam da bu gerekçelendirilmiştir. Acontius, benzer bir koruma ticarete veya maden işletmeciliğine verildiği için buluşlarının korunmasını istemedi; bu korumayı ahlâki bir ilke nokta-i nazarından aradı.

- 4) Aralık 1559'dan önceki herhangi bir dilekçenin, icadın haklı bir ödülü olarak inhisarlık talep edildiğini gösterip göstermediği hususunda George Cobham ve Tomazo Chanata'nın 1558 tarihli dilekçesindeki “*özenli çalışma (diligent travail)*” şeklindeki ifadenin dikkat çektiği görülmektedir. Buluşun inhisarlık bahşedilmesini gerektirmesinin, dilekçe sahiplerinin özenli gayretleri olduğu belirtilmektedir. Ne var ki, dilekçe bundan öteye gitmemektedir. Başvuru dilekçesinin aksine, “*başkalarını benzer iyi motorları ve cihazları keşfetmeye teşvik etmek için*” verildiği belirtilmek suretiyle tevcih sadece George Cobham'a yapılmıştır. 26 Mayıs 1562 tarihli bu tevcihte başka mucitlerin teşvik edilmesinden bahsedilmesine rağmen, Acontius'un 1559 tarihli dilekçesindeki fikirlerine dair hiçbir kanıt yoktur.
- 5) Bu noktadan hareketle Phillips, başvuru ile bahşedilme arasındaki sürenin yaklaşık altı yıl olmasının mümkün olamayacağından yola çıkan ve bu nedenle Acontius'un başvurusunun sonraki bir tarihte olması gerektiğini ileri süren görüşe hak vermekle birlikte Acontius'un dilekçesinin neden daha kısa sürede ele alınarak cevaplanması gerektiğinin izahının da kolay olmadığına dikkat çekmektedir. Kasım 1559'da Londra'ya varan, Aralık 1559'da yazılı patent başvurusunu yapan ve Şubat 1560'tan itibaren yılda 60 Sterling'lik bir kraliyet maaşı almaya hak kazanan Acontius'un, icatlarının korunmasına yönelik dilekçesini maaş almaya başladığı Şubat 1560'tan önce yazmış olması en güvenilir iddiadır. Kraliçe'den yılda 60 Sterling alan birinin ona mektup yazarak kendisini “*masraflar ve emek açısından yoksul (poor with expenses*

and labour)” biri olarak tanımlaması daha az olasıdır. Diğer yandan Acontius’un patent başvurusu yaptığında görece ileri yaşta biri olduğu için (*Phillips’e göre 59 yaşından küçük ve 67 yaşından büyük değildir*), Kraliçe ve danışmanlarının birkaç yıllık bir inhisarlık tevcihini uygun bir ödül olarak görmemiş olabileceği şeklindeki görüşün, yirmi yıllık bir inhisarlığın Kraliçe tarafından bahşedildiği 1565 yılında Acontius’un 65 ila 73 yaşlar arasında olması nedeniyle savunulabilir değildir.

- 6) Phillips, Acontius’un münhasırlık unsurunu İngiltere’de yapılan önceki başvurulardan öğrendiğine dair somut bir delil olmadığı sonucuna vardıktan sonra, Acontius’un bunu nerede öğrenmiş olabileceğine dair soruya, 1545 tarihli bir Venedik patent belgesine atıfla cevap vermektedir. Belgede geçen *Jacomo de Trento* isimli kişinin Acontius olabileceğini, bu nedenle Acontius’un patent başvurularında münhasırlık unsurunu Venedik’ten öğrenmiş olma ihtimalini dile getirmektedir. Bu iddiasını dayandırdığı gerekçeler şu şekildedir:
 - 6.a Acontius’un hem hukuk eğitimi almış hem de hukuk uygulayıcısı olmasına rağmen münhasırlık nosyonunu buralardan edinmiş olması düşük bir ihtimaldir. Baldus ve Bartolus’un yazdıklarından çok etkilenmesine rağmen post-glossatorlarda (*commentators*) bir buluş için patent verilmesi fikrine rastlanmamaktadır.⁴²
 - 6.b Acontius’un doğup yaşadığı Trentino’ya hâkim olan Venedik Cumhuriyeti’nin yeni gelişmekte olan bir patent sistemi vardı. Ancak Venedik hukukunun günümüze ulaşan, atıf yapılabilecek yayımlanmış hiçbir derlemesi bulunmamaktadır. Dönemin yayımlanmış kitaplarında da mucide, patent tekeli şeklinde hukuki bir ödül verilmesine atıf yapıldığı tespit edilememektedir.

⁴² Bununla birlikte *res publicae* olarak nehirlerden yararlanmada öncelik ve yer yer münhasırlık (*exclusivity*) şeklinde bir mefhumun olduğunu biliyoruz. Dig. 43.12.1.3 ve 43.12.1.12 (Ulpian, *Edict*)’e ve *actio aquae pluviae arcendae*’ye dair bkz. Alan Watson, “The Transformation of American Property Law: Comparative Law Approach,” *Georgia Law Review* 24, 2 (1990): 173-76. Bartolus n. 57’ye dair tartışmalar için ise bkz. Gordley, *The Jurists*, 41.

6.c Phillips, yukarıda White Jr.'ın Acontius'un Cardano'nun *De subtilitate* adlı eserini okumuş olabileceğine ihtimal vermekle birlikte kendisi bir başka iddia öne sürmektedir. Phillips'e göre Acontius, bizzat 1545 yılında Venedik'te patent başvurusu yapmış biri olarak inhisarlık/tekel nosyonunu edinmişti. 1474'ten önce Venedik'te patent verme uygulaması, İngiltere'dekine büyük ölçüde benziyor; üç çeşit arasında önemli bir yasal fark olmaksızın maden imtiyazları, ticaret ayrıcalıkları veya buluşların kullanılması için inhisarlıklar verilebiliyordu. Ancak 19 Mart 1474'te Venedik Senatosu büyük bir çoğunlukla aşağıdaki kararnameyi kabul etti:

Bu şehirde ve çevresinde, mükemmelliğine ve muhteşemliğine kapılan, farklı kökenlerden, en mahir zihinlere sahip ve çeşitli ustaca hüneler tasarlayıp keşfedebilecek birçok adam var. Ve eğer bu tür adamların keşfettiği işleri ve cihazları başka hiç kimsenin yapmaması veya kendi şerefini artırmak için almaması sağlansaydı, aynı adamlar dehalarını kullanırlar ve devletimize az bir faydası ve avantajı olmayacak şeyleri keşfeder ve yaparlardı.

Bu nedenle, bu organın yetkisi tarafından, bu şehirde daha önce bizim yetki alanımızda yapılmamış yeni ve dahiyane bir cihaz yapan herkesin, mükemmel (*hatasız, yn*) hale gelir gelmez *Provveditori di Comun* ofisinde kaydettirmekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir ki böylece kullanmak ve tatbik etmek mümkün olacaktır. Topraklarımızın herhangi birinde başka herhangi birinin, sahibinin izni veya lisansı olmaksızın, o cihazın biçiminde veya benzerinde başka herhangi bir cihaz yapması on yıl süreyle yasaklanacaktır. Ama herhangi biri böyle davranırsa, adı geçen müellif ve mucit, onu bu şehrin her makamının huzuruna celbetmekte özgür olacaktır; bu makam aracılığıyla adı geçen müteceviz, yüz duka ödemek zorunda kalacak ve eseri derhal yok edilecektir. Ancak Hükûmetimiz, tümüyle kendi arzusuna göre, müellifleri dışında başkalarının kullanamayacağı ahvalde, söz konusu cihaz veya alet edevattan herhangi birini kendi kullanımı ve ihtiyacı için almakta tamamen özgür olacaktır.

1540’lar itibariyle yılda dört patent başvurusu ortalamasına ulaşılmıştı.⁴³ Bu başvurulardan biri, 1545 yılında değirmen tahrik mekanizmaları ve bataklıkları kurutmak için kullanılan alet edevat üzerinde yirmi beş yıllık bir inhisarlık başvurusuydu. Tevcih belgesinde “*Jacomo Antonio da Trento, et Jacomo da Trento, et Jacomo dal Ponte di Bassan depentori*” olarak adlandırılan üç kişinin adı geçiyordu. Üçüncü kişi olarak ismi geçen Jacomo (veya Jacopo) Bassano, 16. yy.’ın en iyi yağlı boya ressamlarından biriydi.⁴⁴ Diğer iki kişinin kim olduğu tespit edilememiştir. Tarihçi Giuseppe Gerola,⁴⁵ bunların Bassano ile Castello del Buonconsiglio’nun dekorasyonunda iş birliği yapan *Giacomo da Mori* ve *Giacomo Antonio da Mori* olabileceğini öne sürmüştür. Başvuru dilekçesinin, arşiv kayıtlarının çoğuna eşlik eden kayıtlar ve yazışmaları içeren *filza* adı verilen dosyaya kaydedildiği bilinmesine rağmen kayıp olması nedeniyle, ne bu iki kişinin kim olduğu ne de tevcih edilen buluşların gerçekten uygulanıp kullanıldığına dair herhangi bir kanıt bulunamamıştır. Bu belgede adı “*Jacomo da Trento*”nun aslında Acontius

⁴³ Hulme’ün aktardığına göre Birinci Elizabeth’in 1563-1601 yılları arasındaki saltanatında toplam ellibeş patent belgesi düzenlenmiş, bu belgelerin yirmibir tanesi ise İngiliz olmayan kişilere tevcih edilmiş. E. Wyndham Hulme, “The Early History of the English Patent System,” *Anglo-American Legal History* içinde, compiled and edited by a Committee of the Association of American Law Schools (Boston: Little, Brown, 1909), 138.

⁴⁴ Jacopo dal Ponte Bassano (c. 1517/1518-1592). Din temalı resimleri ile bilinmekle beraber 1560’lardan itibaren peyzaj resimleri de yapmıştır. Bkz. Campbell, *Renaissance*, 71.

⁴⁵ 1877-1938 yılları arasında yaşayan, kendisi de Trentolu olan ve Trento tarihi konusunda uzman tarihçi. Marciana Millî Kütüphanesi’nde yer alan *Liber insularum Archipelagi* adlı eserindeki İstanbul’un ilk planlarından biri sayılan 1422 tarihli Konstantinopolis ile Galata haritasının sahibi Floransalı Cristoforo Buondelmonti üzerine de önemli bir eseri bulunmaktadır. Bkz. Semavi Eyice, “İstanbul’da Koca Mustafa Paşa Cami’i ve Onun Osmanlı-Türk Mimarîsindeki Yeri,” *Tarih Dergisi* 5, 8 (1953): 156 (dipnot 12).

olduğu düşünülebilir mi? Öyle görünüyor ki, her ikisi de Trent şehrinde, aynı adı taşıyorlardı, aynı dönemde yaşıyorlardı. Değirmen makinelerine ve bataklıkların kurutulmasına teknik bir ilgi gösteriyorlardı ve bu amaçla patent başvurusunda bulunmuşlardı. Bu kişinin Acontius olabileceği ihtimali ile çelişen tek kanıt, belgenin verildiği üç kişinin “*depentori (ressamlar)*” olarak belirtilmesidir. Bu tür bir patentin üç ressama verilmesi garip olmakla birlikte (iki ressam ve bir mühendis daha makul bir üçlü olabilirdi), belki de cevap “*depentori*” kelimesinin kullanımında yatmaktadır. Kelime, “resimsel tarzda tasvir etmek, resim yapmak” anlamına gelen Latince kök *depingere*’den gelmektedir, fakat mecazi anlamda aynı zamanda “*düşünmek*” anlamı da bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında *depentori*, bir tasarımcı veya mucit, fikri olan veya onu fark edilir bir şekle sokan kişi olabilir. 1514 yılında ahşap oyma bir tasarımla ilgili olarak bir telif hakkı bahşedildiğinde Zuan da Brexa bir *depentori* olarak tanımlanmıştı.⁴⁶ Bu üç kişinin, buluşlarının resimli tasarımlarını kullanılabılır diyagramlar biçiminde sağladıkları için *depentori* olarak tanımlanma olasılığı

⁴⁶ Ayrıcalık tevcihi talep eden 1514 tarihli dilekçede kullanılan ifadeler aşağıdaki gibidir: “*Kendi faziletimin alimi olarak, bir çizim yaptım ve o çizimi mükemmel olması için çok zaman, emek ve masraf harcıyarak kendi adıma ahşaptan yaptım... Ve bahsi geçen bu tasarım güzel ve değerli olduğu için, basmak isteyenler tarafından hemen alındı ki uzun bir süre çile çektiğim ve büyük çaba sarf ettiğim bu işten başkalarının zahmetsizce benim emeğimden ve alın terimden faydalanması, her türlü adalete aykırı ve benim çok ağır şekilde zararımadır.*” Titian’ın 1556 tarihli dilekçesinde de benzer ifadeler yer almaktadır. “*Büyük masraf ve çaba*”ya dayanan basılı çizimleri için onbeş (15) yıllık ayrıcalık talep etmesinin nedenini, “*böylece sanat hakkında az bilgisi olan kişilerin, çabadan kaçınmak ve kazanma arzusu için, bu baskuların ilk yazarının adını kötüleştirerek lekelemeleri ve başkalarının çabalarının meyvesinden yararlanmamaları; ayrıca insanları çok az değere sahip sahte baskularla kandırmamaları*” olarak izah etmektedir. Bkz. Jaime Stapleton, “Art, Intellectual Property & the Knowledge Economy” (Doktora tezi, Goldsmiths College, University of London, 2002), Chapter 2: 57-58, 63.

vardır. Tevcih belgesi, buluşlarının “*come nella loro supplicatione*” (“taleplerinde olduğu gibi”) kullanımı için bir inhisarlık verilmesine atıfta bulunmaktadır, ki bu, *Senato* kaydında başvurunun ve *supplicatione*’nin *filza*’ya kaydedildiğine dair bir atfın bulunduğu bilinen en erken kayıttır. Bu uygulama değişikliği, başvurunun dosyalanması, başvuruların bir plan veya resimli tasarım eşliğinde yapılmasının bir sonucu olabilir mi?⁴⁷ Bu argüman doğruysa ve “*Jacomo da Trento*” Acontius ile özdeşleştirilebiliyorsa, münhasırlığa dair nosyonu Cardano’nun *De Subtilitate*’sini okuyarak veya buluşun veya tevcihin/bahşetmenin doğasına şahsen aşinalık yoluyla değil, mucitlerin fikirlerinin patentler aracılığıyla ödüllendirildiği Venedik Cumhuriyeti’nde bizzat kendisi bir mucit olarak edinmiştir.

IV. SONUÇ

Aconcio, hem bir Reformasyon hem de Rönesans insanıydı. Bir diğer ifade ile hem Kilise’nin ve Kilise insanlarının çok yakınındaydı hem de hayatın Kilise haricindeki (dünyevi) kısımları ile yakından ilgiliydi. Yöntem üzerine kaleme aldığı *De Methodo* adlı eseri ile özellikle askeri mühendislik üzerine çalışmaları, Aconcio’nun zengin dünyasını ve dönemin atmosferini yansıtmaktadır. Bu dünyayı anlamaya çalışırken 16. yy. Avrupası’nın büyük oranda aristokratik askerî/politik yapılardan oluştuğunu da göz ardı etmemek gerekir. Reformasyon hareketleri Kilise’nin temerküz eden gücünü belli bir oranda zayıflatacak olsa da modern anlamda “devlet” mefhumunun oluşumun ilk ve önemli aşamalarından Westfalya Barış Antlaşması (1648)

⁴⁷ Fransa büyükelçisi Sir Throckmorton, 1559’da Paris’te bulunan askeri mühendis Robert Corneweyle’i Londra’daki Sir Cecil’e göndermiş, Corneweyle tarafından sunulan belgeler ekinde, şehir savunma surlarında İtalyanların öncülük ettiği ve Fransa başta olmak üzere yaygınlaşarak gelişen teknolojidten bahsedip ekinde perspektif de içerecek şekilde diagramlar ve planların yer alması gözden kaçmamalıdır. Throckmorton’ın Sir Cecil’e literatürdeki eserleri temin ettiğini de görebildiğimiz bu belgeler British Museum’da muhafaza edilmektedir. White Jr., “Aconcio,” 430.

ile aristokrasinin yerini sarsacak Fransız Devrimi'ne (1789) daha zaman vardır.

Bu makalede her ne kadar *patent* ve *münhasırlık* kavramları kullanılsa da Aconcio'nun yaşadığı dönemde bu kavramların henüz modern dönem yetkinliğinden, anlamlarından uzak olduğunu da akılda tutmak gerekir. Yine, modern (objektif) bir patent inceleme sisteminden ve patent sicilinden de bahsetmek mümkün değildir.⁴⁸ Bu nedenle, patenti çağrıştıran başvurularda, bu başvurulara evvela siyasi/askeri mülahazalarla, ardından bir gelir kaynağı teşkil etmesi yönüyle yaklaşan aristokratik kurumlar veya ticaretin devamı (ve ayrıcalıkların korunması) amacıyla alınması gereken tedbirler olarak gören lonca gibi yapılar (*guilds*) tarafından müspet cevap verilmesi halinde “bahşetme” ve “tevcih” kavramlarının kullanılması daha doğru olacaktır.⁴⁹

Dahası, 16. yy.'da İngiltere'de “*patent belgesi (lettre patente)*” ile kastedilen, modern mânâda bir patent belgesi değildir.⁵⁰ Monarkın kural olarak mühürlü olan belgelerinin yanı sıra yine monarktan sadrolunan birtakım belgeler ise kamuya açıldı.⁵¹ Ticaret ayrıcalıkları, baskı (matbaa)

⁴⁸ 1624 yılında Parlamento'da kabul edilen *Statute of Monopolies*, patent başvurularının incelenmesini monarktan alıp bir komiteye bağlıyordu. Ancak Kral Birinci James'in Parlamento'nun bu yetkisine saygı gösterdiği söylenemez. Bu nedenle bu kurumsal yapının güçlendirilmesi, monarkın müdahalelerinin sınırlandırılması amacıyla yasada önemli değişiklikler yapıldığını görmekteyiz. Bkz. aşağıda dipnot 55.

⁴⁹ Patente dair bu gelişmeleri, öncelikle madencilik ve hatta eş zamanlı olarak baskı tekniğindeki gelişmelerden (ve telif haklarından) ayırarak incelemek doğru olmamakla birlikte, bu tür bir çalışma bir makalenin sınırlarını aşacaktır. *Statute of Monopolies*'in kendisi de bazı madenlere ve telif haklarına dair ilişkin açık düzenlemeler içermekte, hatta telif hakları bakımından para cezaları içermektedir. Bkz. Chris Dent, “‘Generally Inconvenient’: The 1624 Statute of Monopolies as Political Compromise,” *Melbourne University Law Review* 33, 2 (2009): 415-453. Ancak konu şu yönüyle de önemlidir: evvela madencilik ve nehir üzerinde değirmencilik, ardından yayımcılık ve sonraki dönemde açık deniz seferlerine dayalı kumpanyacılık, *societas*'tan mütevellit tüzel kişilik, pay ve pay sahipliği kavramlarının gelişimine dair ilk faaliyet alanlarıdır. Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe with Particular Reference to Germany*, çev. Tony Weir (Oxford: Clarendon Press, 1995): 186, 189, 354. Gimpel, *The Medieval Machine*, 59-74.

⁵⁰ Oysa daha geç bir devirde Osmanlı Devletindeki 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu'na da adını veren *ihтира beratı*, mot-a-mot icat/buluş belgesi anlamında kullanılmaktaydı.

⁵¹ 15. yy. itibarıyla *charters (carta)* adı verilen kraliyet belgelerinin sayısı önemli ölçüde azalmış ve yalnızca önceki *charter*'ların teyitleri ve örneklemeleri için

tekeli, buluşlar amacıyla monarka yapılan başvurular, monark tarafından bu gizlilik içermeyen kamuya açık mektuplar yolu ile cevaplandırıldığı için “*litterae patentes*” olarak adlandırılmış ve zamanla bugünkü patent sistemine adını vermiştir.⁵² Nitekim yukarıda özeti verilen görüşleri serdeden müelliflerin eserlerinde de atıf yapıldığını gördüğümüz *Calendar of Patent Rolls* ile kastedilen bir patent kayıt sistemi veya sicili değil, kral/kraliçenin bu türde kamuya açık evrakının tamamının kaydedildiği kraliyet defterleridir.⁵³

Benzer şekilde, Aconcio için kullanılan “*mühendis*” tanımlaması hususunda da dikkatli olmak gerekir. Çünkü Birinci Elizabeth döneminde başlayan merkantilist yaklaşım henüz *artes liberales* ile işgal eden, şehirlerde yaşayan, görece bağımsız, mesleki formasyonu ile ekseriyetle

kullanılır hale gelmişti (hayvan avlamak, fuar düzenlemek, tezgah açmak gibi). Bunun dışındaki neredeyse tüm bahşetmeler ve tevcihler “*letters patent*” aracılığıyla yapılır hale gelmişti. Pierre Chaplais, *English Royal Documents: King John - Henry VI, 1199-1461* (Oxford: Clarendon Press, 1971), 15. 1542’ye kadar yasalar sadece kral/kraliçenin parlamentoya gelerek parlamentonun her iki kamarasının üyeleri huzurunda sözlü şekilde yasaya onay verdiğini açıklaması ile yürürlüğe giriyordu. Kendi eşi Queen Catherine’in zina nedeniyle idamına dair *Royal Assent by Commission Act 1541* isimli yasanın yürürlüğe girebilmesi için de aynı yöntemin uygulanması gerektiğinde, Tudor hanedanının önemli hükümdarı Sekizinci Henry (1509-1547) saltanat onayının, bizzat hazır bulunmadan parlamentoda naibi aracılığıyla sesli olarak okunmak kaydıyla yazılı olarak da verilebilmesine imkân veren bir değişikliğin kabul edilmesini sağladı. İşte bu değişiklik ile *royal assent*, yazılı olarak *letters patent* aracılığı ile verilebilir hale geldi. William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes selected from the editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field’s Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes* (Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893), 185 (129 at Vol. 1 - Books I & II).

⁵² Keza, *common law* sözleşmeler hukukunda “açık ayıp” kavramı da “*patent defect*” olarak ifade edilmektedir. *Sanderson v National Coal Board* [1961] 2 QB 244 kararında *patent defect* kavramı izah edilmiştir: *A patent defect is not latent when there is no-one to observe it. The natural meaning of the word “patent” is objective, not subjective. It means “observable” and not “observed”. A patent defect must be apparent on inspection, but is not dependent on the eye of the observer; it can bluish unseen. In this case, although the defect was in darkness, it was patent. Had the plaintiff or his mate shone their lamps on it at the relevant moment, they would have seen it.*

⁵³ Chaplais, *Royal Documents*, 4.

locatio conductio modeline bağlı olarak işgören, ticaret loncalarından (*guilds*) farklı bir grubun ortaya çıkmasına neden olmamıştır.⁵⁴

Keza bu dönemde henüz ortada bir “*hak*” kavramı da yoktur. *Corpus Juris Civilis* tam da bu dönemde Dionysius Gothofredus tarafından 1583’te yayımlanacaktır. Samuel Stryk’ın ilk başlarda yeterli ilgiyi görmeyen *Specimen Usus Moderni Pandectarum* (1690) isimli eserinin yayımlanması için bir yüzyıl daha beklemek gerekecektir.⁵⁵ 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu (*Code civil*), Domat ve Pothier’nin çabalarına rağmen “*hak*” kavramının *ius actionis* ve *ius agendi*’den ayrılarak bağımsızlaşmasında istenen kopuşu sağlamamış, dahası Windscheid’in *actio* üzerinden geliştirdiği hak-talep-alacak (*Anspruch*) kavramları (1856), Theodor Muther ile arasındaki polemik (1857) ve tüm bunların BGB’de (1900) ete kemiğe bürünmesi için üç yüzyıldan daha fazla beklemek icap edecekti.⁵⁶ Buna rağmen hem Brexa hem de Titian’ın başvurularında “*hak (right)*” kelimesinin kullanılmış olmasını da gözden kaçırmamak gerekir,⁵⁷ ki bunu, insanın entelektüel faaliyetine ve bu faaliyetin ortaya koyduğu sonuçlara özel önem atfeden Hümanistler’in yükselen etkisinin bir sonucu olarak da görmek mümkündür.⁵⁸

⁵⁴ Göktürk Uyan, *İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği* (İstanbul: Beta, 2006), 96-104.

⁵⁵ Thomas Ahnert, “Another querelle. The Usus Modernus Pandectarum and the constitution of the Holy Roman Empire around 1700,” *Central European Pasts: Old and New in the Intellectual Culture of Habsburg Europe, 1700–1750* içinde, ed. Ines Peper ve Thomas Wallnig (Berlin, Boston: De Gruyter Oldenbourg, 2022), 295-296.

⁵⁶ Wieacker, *Private Law*, 141 (dipnot 10). Bernhard Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (Düsseldorf: Verlagshandlung von Lulius Buddeu, 1856).

⁵⁷ İngiliz anayasa hukukunun ve haksız fiil hukukunun kurucu davalarından olan 1703 tarihli *Ashby v. White*, 92 Eng Rep 126, 135 (1703) davasında Chief Justice Holt’un kullandığı ibarelerin “*hak (right)*” ve “*remedy (giderim)*” olduğuna, gerekçede bizzat *ubi eadem ratio, ibi idem jus* maximinin kullanıldığına da dikkat edilmelidir. Bkz. “Ashby versus White & Al’ Mich. 2 Ann. [See S. C. 2 Ld. Itaym. 938 (with note).] Mod. Cas. 45, 50, 53, 56. 1 Salk. 19, 20. 3 Salk. 17,” Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023, <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1738/87.pdf>.

⁵⁸ Ne var ki Wieacker, Hümanistlerin Roma hukukunun resepsiyonuna etkisinin sınırlı olduğuna dikkat çekmektedir: “*Hümanist hukukçular, Roma hukukuna yeni bir meşruiyet bulmayı, metinlerin okunuş şeklini saflaştırmayı ve iyileştirmeyi başarırken, geç Orta Çağ’da hukuk fikrini veya hukukçuların kullandığı yöntemleri*

Bu nedenle bu çalışmada “*inhisar/tekel*” kavramları, günümüzde mutlak haklar kategorisinde yer alan ve nesnesi olmayan (gayri maddî) fikrî ve sınaî mülkiyet haklarından, özellikle inhisarlığın sağladığı (korumaya yönelik inhisarî) dışlayıcı yetkilerin neler olduğu tartışmalarından⁵⁹ farkını ortaya koyabilmek için merkantilizmden ayrı görülemeyecek ticaret tekellerine dayalı, ancak henüz bir hak kavramına da dayanmayan dönemin yaklaşımına uygunluk sağlamak amacıyla tercih edilmiştir.⁶⁰ Hulme’ün yazılarında ısrarla (ve isabetle) dikkat çektiği hususlardan biri de budur.⁶¹

Fikrî ve sınaî hakların oluşumunda ve korunmasında İngiltere’nin tarihsel önemi de hatırlanmalıdır. Katolik İskoçya üzerinden gelebilecek bir Fransa tehlikesine karşı kuzeydeki sınır şehirlerinin surlarının güçlendirilmesi gibi askeri kaygılarla başlayıp yeni teknolojilerin getirilmesi suretiyle İngiltere ekonomisinin güçlendirilmesine evrilen bu süreç, bir müddet sonra monarkın (Birinci Elizabeth’in) kendi tabiiyetindekilere vergi salmadan gelir yaratabileceği elverişli(!) bir kaynak olarak ziyadesiyle ilgisine mazhar olmuştur.⁶² Hatta öyle ki yağ, sirke, nişasta ve tuz gibi temel

değiştirmek için, özellikle de resepsiyon ülkelerinde, hiçbir şey yapmadılar.” Wieacker, *Private Law*, 200. Doğal hukukçular ise, mülkiyet dışında yeni hak kategorileri yaratılmasına karşıydı. Mülkiyeti, hakların bir arada durduğu bir haklar sepeti olarak görüyorlardı. Bkz. Stapleton, “Intellectual Property,” 35-36, 63.

⁵⁹ Arslan Kaya, “Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar,” *Journal of Istanbul University Law Faculty* 55 (1997): 175-176.

⁶⁰ Sir Blackstone, *Statute of Monopolies* ile bahsedilenin geçici bir mülkiyet olduğunu söylemektedir: “All which parliamentary protections appear to have been suggested by the exception in the statute of monopolies, 21 Jac. I. c. 3, which allows a royal patent of privilege to be granted for fourteen years to any inventor of a new manufacture, for the sole working or making of the same; by virtue whereof it is held that a temporary property therein becomes vested in the king’s patentee.” Blackstone, *Commentaries*, 542. MacLeod da bir anonim kaynağa dayanarak aynı noktaya işaret etmektedir: “a grant of the crown substantiating private property”. Christine MacLeod, *Inventing the Industrial Revolution: The English Patent System, 1660–1800* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), 199.

⁶¹ Hulme, “Prerogative,” 151-154. Hulme, “English Patent,” 139-147.

⁶² George Ramsey, “The Historical Background of Patents,” *Journal of the Patent Office Society* 18, 1 (1936): 7. 16. yy.’da Reformasyon’dan en çok etkilenen yerlerden biri de İskoçya olmuştur. Presbiteryanizm ve Kalvinizm’in güçlenmesi ile birlikte Katolik doku etkisini yitirmiş, Protestanlık belirleyici bir güç kazanmıştır. Protestanlığın İskoçya’da ana akım haline gelmesi ile birlikte, takriben 1650-1750 arasındaki Dutch Altın Çağı’nı izleyen yüzyıl, Adam Smith ve David Hume gibi

ürünler için bile “*patent*” belgeleri düzenlenir hale gelmiştir.⁶³ Birinci Elizabeth dönemiyle birlikte bu belgelerin tevcih edilmesi, Parlamento ile monark arasında bir mücadele alanına dönüşmüş, 25 Mayıs 1624’te başvurucuya on dört yıllık münhasır bir koruma süresi tanıyan “*Statute of Monopolies*” yasasının kabulü ile birlikte monarkın yetkileri sınırlandırılmıştır.⁶⁴

16. yy.’da şekillenmeye başlayan bu süreç, sırasıyla 1789’da Amerika Birleşik Devletleri Anayasası,⁶⁵ 1790’da Amerikan Patent Yasası,⁶⁶ 1791’de

düşünürleri bağrından çıkarmayı başarmış (ancak çoğu zaman yeterli ilgiyi görmeyen) İskoç Aydınlanması dönemidir. Bkz. Broadie, Alexander, ed. *The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment*. Cambridge Companions to Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 366 sayfa. doi:10.1017/CCOL0521802733.

⁶³ Oren Bracha, “The Commodification of Patents 1600-1836: How Patents Became Rights and Why We Should Care,” *Loyola of Los Angeles Law Review* 38, 177 (2004): 212. Hulme, “Prerogative,” 150. Fransa’daki 1791-1839 tarihleri arasındaki patent belgelerine dair yapılan bir araştırmada patentlerin iki gruba ayrıldığı, ilk grupta yapılan keşifler için verilen patentlerin yer aldığı, diğer grupta ise (sayıca daha az olmakla birlikte) ithalat izinlerine dayalı patentlerin sıralandığı görülmektedir. Bkz. Gabriel Galvez-Behar, “The Patent System during the French Industrial Revolution: Institutional Change and Economic Effects,” *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte / Economic History Yearbook* 60, 1 (2019): 31-56 (Appendix 1). Gérard Emptoz ve Valérie Marchal, *Aux sources de la propriété industrielle: Guide des archives de l’INPI* (Paris: Institut National de la Propriété Industrielle, 2002), 28.

⁶⁴ Chris R. Kyle, “‘But a New Button to an Old Coat’: The Enactment of the Statute of Monopolies, 21 James I cap.3,” *Journal of Legal History* 19, 3 (1998): 203–223. 1701 tarihli *Statute of Anne* ile patent sahiplerine ondört (14) yıllık süre için yenileme imkânı tanınmıştır. *Statute of Monopolies*, Birleşik Krallık’ın 1977 tarihli Avrupa Patent Konvansiyonu’na (*European Patent Convention*) taraf olmasına kadar önemli bir işlev görmüştür. Yasa metni için bkz.: “Statute of Monopolies 1623, Acts of the English Parliament 1623 c. 3 (Regnal. 21_Ja_1),” Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023, <https://www.legislation.gov.uk/aep/Ja1/21/3/contents>; orijinali (unabridged versiyonu) için bkz. John William Smith, *A Compendium of Mercantile Law* (4üncü Baskı Editörü Dowdeswell, G. M.) (London: Saunders and Benning, 1834). GATT, TRIPs ve iki ve çok taraflı serbest ticaret anlaşmaları ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının kendisinin bir *merkantilist monopol* oluşturduğuna dair güncel bir eleştiri için bkz. Antoine Dolcerocca, “Intellectual Property Monopolies: Towards a New Mercantilism?” *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi* 4, 1 (2016): 217-35.

⁶⁵ 1787 yılında kaleme alınan, 1788’de kabul edilen ve 1789 yılında yürürlüğe giren Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın Sekizinci Bölümünde aşağıdaki paragraf

Fransız Yasaları⁶⁷ ve 1883’te sınaî haklara dair Paris Konvansiyonu,⁶⁸ ardından 1893’te Paris ve Bern Konvansiyonlarının daha sonra Birleşmiş Milletler çatısı altında WIPO’ya (1970) dönüşecek olan Fikrî Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Birleşmiş Uluslararası Büro (*United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property*) adı altında kurumsal yapının oluşturulması⁶⁹ ile gelişimini büyük oranda tamamlayacaktır.⁷⁰

Bu çizgide yaşanan değişimlere paralel olarak gelişen ve farklılaşan *legalese*’i de gözden kaçırmamak gerekir. *Statute of Monopolies*’de henüz “*exclusivity*” kelimesi kullanılmamakla birlikte inhisarlık/dışlayıcılık unsurunu karşılamak üzere “*the sole working or makinge of any manner of new Manufactures*” ifadesi kullanılmış iken, bundan yaklaşık 150 yıl sonra Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nda “*the exclusive right*” ifadesi; Amerikan Patent Yasası’nda “*the sole and exclusive right and liberty*” ifadesinin kullanıldığını görmekteyiz.⁷¹ Fransız Yasası’nda ise “*appartient*

yer almaktadır: “*To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.*” Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023. <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>.

⁶⁶ An Act to Promote the Progress of Useful Arts, 17 April 1790. Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023. <https://govtrackus.s3.amazonaws.com/legislink/pdf/stat/1/STATUTE-1-Pg109.pdf>.

⁶⁷ İki ayrı yasadaki bahsetmek daha doğru olacaktır. İlki 7 Ocak 1791 tarihli “*relative aux découvertes utiles et aux moyens d’en assurer la propriété aux auteurs*”, ikincisi ise (günümüzdeki ifadesi ile uygulama yönetmeliği işlevini görecek) 25 Mayıs 1791 tarihli kanundur (*loi qui sert de règlement d’application*).

⁶⁸ Paris Convention for the Protection of Industrial Property of March 20, 1883, as revised at Brussels on December 14, 1900, at Washington on June 2, 1911, at The Hague on November 6, 1925, at London on June 2, 1934, at Lisbon on October 31, 1958, and at Stockholm on July 14, 1967, and as amended on September 28, 1979. Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023. <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/287556>.

⁶⁹ WIPO’nun kısa tarihi için bkz. “A Brief History,” Erişim tarihi: July 24, 2023, <https://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html>.

⁷⁰ Bu vesile ile 10 Mart 1296 (23 Mart 1879) tarihinde yürürlüğe giren Osmanlı İhtira Beratı Kanunu’nu da hatırlamak gerekir. 5 Temmuz 1844 tarihli Fransız “*loi sur les brevets d’invention*” çevirisi olarak iktibas edilmiştir. Büyük oranda 551 sayılı KHK ile ardından 4128 sayılı Kanun ile tümüyle yürürlükten kaldırıldığı 1995 yılına kadar uygulanagelmiştir.

⁷¹ 1792 tarihli Amerikan Patent Yasası, zarar gören patent sahibinin, tespit edilecek zararlarının yanı sıra, inhisarlığı ihlal eden kişinin bu sayede elde ettiği şeyleri de talep etmesine olanak sağlayan açık bir hüküm içermesi yönüyle de önemlidir (*Sec. 4*).

primitivement à celui qui l'a conçue" ibaresinin ardından "*la pleine et entière jouissance*" ifadesi tercih edilmiştir.⁷² İhtira Beratı Kanunu'nda "*ihтираат ve keşfiyat ve islahattan istifade hakkı*" ifadesi ile Fransız yaklaşımı devam ettirilmiştir. Paris Konvansiyonu ise bu yönde doğrudan bir nitelendirme yapmak yerine dolaylı bir yoldan (zorunlu lisanslar ile ilgili bir hususta) patentin sağladığı "*exclusive rights*"a dikkat çekmektedir (*Article 5.A.2.*).

Zamanın akışının giderek hızlandığı bu dönemin başlangıcında, yüzeyi hafifçe kıpırdanmaya başlayan göle ilk taş atanlardan birinin, sıra dışı hikayesiyle Trentolu *Jacopo Aconcio* olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

⁷² Buluşun evleviyetle buluş sahibine ait olacağı belirtildikten hemen sonra buna aykırılığın özünde insan haklarına bir saldırı olacağına ayrıca dile getirilmiş olması, dönemin Fransasının ruhunu yansıtmaya bakımından önemlidir (*et que ce serait attaquer les droits de l'homme dans leur essence, que de ne pas regarder une découverte industrielle comme la propriété de son auteur*).

KAYNAKÇA

- Ahnert, Thomas. "Another querelle. The Usus Modernus Pandectarum and the constitution of the Holy Roman Empire around 1700." *Central European Pasts: Old and New in the Intellectual Culture of Habsburg Europe, 1700–1750* içinde, ed. Ines Peper ve Thomas Wallnig, 293-310. Berlin, Boston: De Gruyter Oldenbourg, 2022.
- Allen, John William. *A History of Political Thought in the Sixteenth Century*. New York: Methuen & Co., 1928.
- Amerika Birleşik Devletleri Anayasası. Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023. <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>.
- An Act to Promote the Progress of Useful Arts, 17 April 1790. Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023. <https://govtrackus.s3.amazonaws.com/legislink/pdf/stat/1/STATUTE-1-Pg109.pdf>.
- Bank of England. "Inflation Calculator from 1209 to now." Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023. <https://www.bankofengland.co.uk/monetary-policy/inflation/inflation-calculator>.
- Bibliothèque Nationale De France, Catalogue general. "Aconcio, Giacomo (1492?-1566?)." Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023. <https://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb123753024>.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes selected from the editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes*. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893.
- Blockmans, Wim. *Emperor Charles, 1500-1558*. Çev. Isola van den Hoven-Vardon. London: Arnold, 2002.
- Bracha, Oren. "The Commodification of Patents 1600-1836: How Patents Became Rights and Why We Should Care." *Loyola of Los Angeles Law Review* 38, 177 (2004): 177-244.
- Broadie, Alexander, ed. *The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment*. Cambridge Companions to Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. doi:10.1017/CCOL0521802733.
- Campbell, Gordon. *The Oxford Dictionary of Renaissance*. Oxford, New York: OUP, 2005.

- Chaplais, Pierre. *English Royal Documents: King John - Henry VI, 1199-1461*. Oxford: Clarendon Press, 1971.
- Commonwealth Legal Information Institute, the United Kingdom. "Ashby versus White & Al'. Mich. 2 Ann. [See S. C. 2 Ld. Itaym. 938 (with note).] Mod. Cas. 45, 50, 53, 56. 1 Salk. 19, 20. 3 Salk. 17." Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023. <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1738/87.pdf>.
- Cosgrove, Richard A. "The Culture of Academic Legal History: Lawyers' History and Historians' Law 1870-1930." *Cambrian Law Review* 33 (2002): 23-34.
- Daresté, Rodolphe. "Vers d'Abailard A Son Fils Astralabe, Nouvelle Leçon." *Bibliothèque de l'École Des Chartes* 2 (1845): 406-21.
- Davies, D. Seaborne. "Acontius, Champion of Toleration, and the Patent System." *The Economic History Review* 7, no. 1 (1936): 63-66. <https://doi.org/10.2307/2590735>.
- Dent, Chris. "'Generally Inconvenient': The 1624 Statute of Monopolies as Political Compromise." *Melbourne University Law Review* 33, 2 (2009): 415-53.
- Dick, Hugh G. "Giacomo Concio: A Renaissance Exile." *Modern Language Forum*, XXVI/03 (1941): 12-18.
- Dolcerocca, Antoine. "Intellectual Property Monopolies: Towards a New Mercantilism?" *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi* 4, 1 (2016): 217-35.
- Dugdale, William. *The history of imbanking and drayning of divers fenns and marshes, both in forein parts and in this kingdom, and of the improvements thereby extracted from records, manuscripts, and other authentick testimonies*. London: Alice Warren, 1662. <http://name.umdl.umich.edu/A36795.0001.001>.
- Eisenstein, Elizabeth L. *The Printing Revolution in Early Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. doi:10.1017/CBO9781139197038.
- Emptoz, Gérard, ve Valérie Marchal. *Aux sources de la propriété industrielle: Guide des archives de l'INPI*. Paris: Institut National de la Propriété Industrielle, 2002.
- Evans, R. J. W., M. Schaich, ve P. H. Wilson (ed.). *The Holy Roman Empire 1495-1806*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Eyice, Semavi. "İstanbul'da Koca Mustafa Paşa Cami'i ve Onun Osmanlı-Türk Mimarısındaki Yeri." *Tarih Dergisi* 5, 8 (1953): 153-82.
- Freeman, Janet Ing. "Anton Koberger's First Books: Paper Stocks and Sequence of Printing." *The Princeton University Library Chronicle* 55, 2 (1994): 308-22.

- Galvez-Behar, Gabriel. "The Patent System during the French Industrial Revolution: Institutional Change and Economic Effects." *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte / Economic History Yearbook* 60 (1), (2019): 31-56.
- Garrett, Christina Hallowell. *The Marian Exiles: A Study in the Origins of Elizabethan Puritanism. Cambridge Library Collection - British and Irish History, 15th & 16th Centuries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. doi:10.1017/CBO9780511707957.
- Gilbert, Neal Ward. *Renaissance Concepts of Method*. New York: Columbia University Press, 1963.
- Gimpel, Jean. *The Medieval Machine, The Industrial Revolution of the Middle Ages*. New York: Penguin Books, 1977.
- Gordley, James. *The Jurists: A Critical History*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Hirsch, Rudolf. *Printing, Selling and Reading, 1450-1550*. Wiesbaden: Otto Harrassowitz, 1967.
- Holdsworth, William Searle. *A History of English Law, Volume I*. London: Methuen & Co., 1903.
- Huffman, Clifford Chalmers. *Elizabethan Impressions: John Wolfe and His Press*. New York: AMS Press, 1988.
- Hulme, Edward Wyndham. "The Early History of the English Patent System." *Anglo-American Legal History* içinde, compiled and edited by a Committee of the Association of American Law Schools, 117-47. Boston: Little, Brown, 1909.
- Hulme, Edward Wyndham. "History of the Patent System under the Prerogative and at Common Law: A Sequel." *Law Quarterly Review* 12, 2 (1896): 141-54.
- Hunbury, Harold Greville. "Holdsworth, Sir William Searle (1871–1944), legal historian." (revised by David Ibbetson), *Oxford Dictionary of National Biography* (online ed.). Oxford University Press, 2004. <https://doi.org/10.1093/ref:odnb/33933>.
- Jacquot, Jean. "Acontius and the Progress of Tolerance: in England." *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance* 16, 2 (1954): 192-206.
- Kaya, Arslan. "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar." *Journal of Istanbul University Law Faculty* 55 (1997): 173-200.
- Keller, A. G. "Aconcio, Jacopo [Jacobus Acontius] (c. 1520–1566/?), theologian and military engineer." *Oxford Dictionary of National Biography* (online ed.). Oxford University Press, 2004. <https://doi.org/10.1093/ref:odnb/69>

- Kyle, Chris R. “‘But a New Button to an Old Coat’: The Enactment of the Statute of Monopolies, 21 James I cap.3.” *Journal of Legal History* 19, 3 (1998): 203-23.
- MacLeod, Christine. *Inventing the Industrial Revolution: The English Patent System, 1660–1800*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- Mazauric, Roger. “Un Ingénieur huguenot au XVI e Siècle et ses rapports avec l’Église Réformée messine: Roch Guerini, comte de Lynar.” *Bulletin de la Société de l’Histoire du Protestantisme Français (1903-2015)* 106 (1960): 173-85.
- O’Malley, Charles Donald. *Jacopo Acontio: His Life, Thought and Influence*. California: Stanford University Press, 1945.
- Paris Convention for the Protection of Industrial Property of March 20, 1883, as revised at Brussels on December 14, 1900, at Washington on June 2, 1911, at The Hague on November 6, 1925, at London on June 2, 1934, at Lisbon on October 31, 1958, and at Stockholm on July 14, 1967, and as amended on September 28, 1979. Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023. <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/287556>.
- Phillips, Jeremy. “The English Patent as Reward for Invention: the Importation of an Idea.” *Journal of Legal History* 3, 1 (1982): 71-79.
- Price, William Hyde. *The English Patents of Monopoly*. Boston: Houghton Mifflin, 1906.
- Provvidera, Tiziana. “Giordano Bruno’s Italian Dialogues and Late Sixteenth-Century English Book Production.” Doktora tezi, University College London, University of London, 2000 (later published by ProQuest LLC, 2016).
- Ramsey, George. “The Historical Background of Patents.” *Journal of the Patent Office Society*, 18 (1) (1936): 6-21.
- Smith, John William. *A Compendium of Mercantile Law*. (4üncü Baskı Editörü Dowdeswell, G. M.) London: Saunders and Benning, 1834.
- Stapleton, Jaime. “Art, Intellectual Property & the Knowledge Economy.” Doktora tezi, Goldsmiths College, University of London, 2002. (E-kaynak: <http://www.jaimestapleton.info/download.htm>).
- Strype, John. *The History of the Life and Acts of Edmund Grindal*. Oxford: Clarendon Press, 1821.
- The National Archives. “Statute of Monopolies 1623, Acts of the English Parliament 1623 c. 3 (Regnal. 21_Ja_1).” Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023. <https://www.legislation.gov.uk/aep/Ja1/21/3/contents>.

- Unwin, George. *Industrial Organization in the 16th and 17th Centuries*. London: F. Cass and C, 1963.
- Uyan, Göktürk. *İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*. İstanbul: Beta, 2006.
- Watson, Alan. "The Transformation of American Property Law: Comparative Law Approach." *Georgia Law Review* 24, 2 (1990): 163-221.
- White Jr., Lynn. "Jacopo Aconcio as an Engineer." *The American Historical Review* 72, 2 (1967): 425-44.
- Wieacker, Franz. *A History of Private Law in Europe with Particular Reference to Germany*. Çev. Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Wiener, Frederick Bernays. "Holdsworth's History Finally Completed". *American Bar Association Journal* 53, no. 4 (1967): 321-24.
- Windscheid, Bernhard. *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf: Verlagshandlung von Lulius Buddeu, 1856. (<https://www.digitale-sammlungen.de/en/view/bsb10567269?page=,1>).
- WIPO. "A Brief History." Erişim tarihi: 24 Temmuz 2023. <https://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html>.
- Wyatt, Michael. *The Italian Encounter with Tudor England, A Cultural Politics of Translation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİN İTİRAZ ÜZERİNE İNCELENMESİNE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER (HMK m. 422/1)

*Some Evaluations Related to the Examination of Arbitrability upon
Objection (Article 422/1 of the Code of Civil Procedure)*

Burcu HENDEM*

Öz

Tahkim, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların çözülmesi için yaygın olarak başvurulan bir yoldur. Ancak her uyuşmazlık tahkim yoluyla çözülememekte, sadece tahkime elverişli olan uyuşmazlıklar hakkında bu yol mümkün olmaktadır. Ancak tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili tahkimde dava açıldığında hakemler, bunu re'sen gözetebilecekler midir? Bu soruyla ilgili olarak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 422. maddesinin 1. fıkrasında hakemlerin, kendi yetkileri hakkında karar verebilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, itiraz üzerine hakemlerin, kendi yetkileri hakkında karar verebilecekleri ifade edilmiştir. Fakat bu durum, tarafların elverişsizliğe itiraz etmemeleri ihtimalinde sorun yaratabilmektedir. Şöyle ki hakem kararları, mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil edip ilamlı icranın konusunu oluşturduğu için tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili verilen hakem kararları da mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil edip icra edilebilecektir. Bu nedenle bu çalışmada, önce tahkime elverişliliğin tanımı, türleri ve elverişlilikle ilgili Türk hukukundaki düzenlemelere yer verildikten sonra, HMK'nın 422/1 hükmü çerçevesinde hakemler tarafından tahkime elverişliliğin incelenmesi ve çıkabilecek sorunlar üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tahkime Elverişlilik, Hakemin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi, Kompetenz-Kompetenz İlkesi, Tahkime Elverişliliğe İtiraz Edilmesi, Tahkime Elverişsizliğin Re'sen İncelenmesi

Makalenin Geliş Tarihi: 30.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.08.2023.

* Arş. Gör. Dr., Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: burcuhendem@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-9573-7416. Bu makale yazarın "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Tahkime Elverişlilik" konulu doktora tezinden üretilmiştir.

Abstract

Arbitration is a commonly used way to resolve disputes between parties. However, not every dispute can be resolved through arbitration, this way is possible only for disputes that are arbitrable. However, will the arbitrators be able to examine the non-arbitrability ex officio? Regarding this question, it is regulated in paragraph 1 of article 422 of the Code of Civil Procedure no. 6100 (CCP) that arbitrators can decide on their own powers. In this regulation, it is stated that arbitrators can make decisions about their own powers upon objection. However, this situation can create problems if the parties do not object to the non-arbitrability. Namely, since the arbitral awards, like court decisions, constitute the final decision and constitute the subject of the execution with a verdict, the arbitral awards given regarding a non-arbitrable dispute can also constitute a final judgment and be enforced like the court decisions. Therefore, in this study, the definition of arbitrability, its types and the regulations in Turkish law related to arbitrability will be included first. Then, within the framework of the provision 422/1 of the CCP, the examination of arbitrability by arbitrators and any problems that may arise will be focused on.

Keywords: Arbitrability, The Arbitrator Makes a Decision About His Own Power, Competence-Competence Principle, Objection to Arbitrability, Ex Officio Examination of Non-Arbitrability

GİRİŞ

T.C. Anayasası'na göre yargılama yetkisi, esas olarak devletin tekelindedir (m. 9). Ancak bu durum, tarafların arasında çıkan uyuşmazlıkların, devlet mahkemesinden başka bir yolla çözülemeyeceği anlamına gelmez¹. Her ne kadar uyuşmazlıklar, esas olarak devlet mahkemeleri aracılığıyla çözülsede bazı durumlarda özel hukuk uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesine imkân tanınmıştır². Bu gibi

¹ İsmail Hakkı Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1952), 275.

² Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 2594; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1960), 404; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978), 741-742; Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri*, 275. Nitekim Yargıtay da verdiği bir

durumlarda, uyuşmazlığın çözümü için taraflar, devlet mahkemelerinde dava açabilecekleri gibi tahkim yoluna da başvurabileceklerdir³.

Tahkim, devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya ikame bir yargılama biçimi ve ona nazaran istisnai bir nitelik taşıyan yargısal yoldur⁴. Bu yolla taraflar, aralarında çıkan uyuşmazlığın çözümünü hakem adı verilen kişilere bırakırlar⁵. Tahkim yargılaması gücünü, tarafların iradesinden yani, aralarında yaptıkları tahkim sözleşmesinden (HMK m. 412) alır⁶. Tahkim

kararda, “Uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözümü esas olup, tahkim istisnai bir yoldur. Aksi düşünce Anayasa’nın 9. maddesinde teminat alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağına dair kurula ve tabii hakim ilkesine aykırı düşer” ifadesini kullanmıştır (Y. 15. HD, E. 2011/5332, K. 2011/5055, 12.09.2011, (KBİBB). Aynı yöndeki karar için bkz. Y. 11. HD, E. 2020/1634, K. 2022/1742, 10.03.2022, (Lexpera).

- ³ Taraflar ayrıca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına da başvurabilirler.
- ⁴ Ramazan Arslan ve Süha Tanrıver, *Yargı Örgütü Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2001), 213, 214; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku Cilt II* (Ankara: Yetkin, 2021), 336; H. Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973), 64; Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 407. Hakemler tarafından verilen kararların yargısal bir yönü olmadığına dair görüş için bkz. Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1979), 350. Doktrinde başka bir görüş tarafından tahkimin, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, yargı işlevinin hem organik anlamdaki hem de maddi anlamdaki tanımına göre mahkemelerce yerine getirilmesi gerektiğinden hakem faaliyeti, fonksiyonel anlamda yargısal faaliyet olmakla birlikte, organik anlamda yargısal faaliyet değildir [Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (Ankara: Yetkin, 2013), 188].
- ⁵ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 836; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2020), 326; İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975), 783; H. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (İstanbul: Beta, 2011), 595; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Adalet, 2021), 477; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat, 2015), 1026; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: Onikilevha, 2020), 598; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt II* (Ankara: Yetkin, 2020), 1857; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt VI* (İstanbul: Demir, 2001), 5875; Bilge ve Önen, *Medenî Yargılama Hukuku*, 742-743; Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2596; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 696.
- ⁶ Matti S. Kurkela, Santtu Turunen ve Conflict Management Institute (COMI), *Due Process In International Commercial Arbitration* (New York: Oxford, 2010), 1; Julian

sözleşmesinin temelini de sözleşme özgürlüğü⁷ oluşturur⁸. Çünkü usul hukukunda yapılan sözleşmeler, sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur⁹. Ancak sözleşme özgürlüğü mutlak değildir ve taraflar, sadece kanunun izin verdiği, yani tahkime elverişli olan uyuşmazlıklar hakkında tahkime başvurabilirler (HMK m. 408). Hâl böyle olmakla birlikte, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili tahkime başvurulduğunda, HMK m. 422/1 hükmü gereğince hakemlerin, kendi yetkileri hakkında karar verebilecekleri düzenlenmiştir. Fakat bu hüküm doğrultusunda hakemler, uyuşmazlığın tahkime elverişliliğini tarafların itirazı üzerine incelemekte ve bu durum da bazı sorunların doğmasına sebebiyet verebilmektedir. Makalemizde, bu konu üzerinde durulacak ve çikabilecek sorunlara işaret edilecektir.

D.M. Lew, Loukas A. Mistelis ve Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2003), 99, 100; Alangoya, *Tahkimin Niteliği*, 6; Steven C. Bennett, *Arbitration: Essential Concepts* (New York: ALM Media LLC, 2002), 59. Tahkim sözleşmesi, sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların, uyuşmazlığı çözmek için hakemlere verdikleri yetkidir (Kurkela, Turunen ve Conflict Management Institute, *International Commercial Arbitration*, 43).

⁷ Sözleşme özgürlüğü, kişilerin özgür iradeleriyle sözleşme yapma ve sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisidir [M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (İstanbul: Vedat, 2015), 23; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan, 2016), 84; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2014), 133].

⁸ Thomas E. Carbonneau, "The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreement," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, no. 4 (October 2003): 1192-1193; Kurkela, Turunen ve Conflict Management Institute, *International Commercial Arbitration*, 25; Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2009), 7; İbrahim Doğan Takavut, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar* (İstanbul: Onikilevha, 2018), 30; Alan Uzelac, "(In)arbitrability and Exclusive Jurisdiction," içinde *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, ed. Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis, Viscasillas P. Perales ve V. Rogers (The Netherlands: Kluwer Law International, 2011), 455.

⁹ Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (Ankara: Yetkin, 2001), 57; Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1971), 68.

I. TAHKİME ELVERİŞLİLİK KAVRAMI

Tahkime elverişlilik, hangi tür konuların tahkimle çözülebileceği ya da çözülemeyeceği gibi basit bir soruyu içermekle¹⁰ birlikte aslında, görüldüğü kadar kolay bir mesele değildir. Çünkü tahkime elverişlilik, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilecek bir konu olmasını ve tarafların, tahkime başvurmaya yetkili olmalarını gerektirir¹¹. Bu da bizi aşağıda açıklanacak olan, “objektif tahkime elverişlilik (*ratione materiae*)” ve “sübjektif tahkime elverişlilik (*ratione personae*)” kavramlarına götürür¹².

Kural olarak tahkim, tarafların serbest iradelerine dayanır ve taraflar, uyuşmazlığı çözecek hakemleri, yargılama usulünü, tahkim yerini ve tahkime uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler¹³. Ancak durum böyle olmakla birlikte, hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceği, her devletin kendi politik, sosyal ve ekonomik durumuna göre kanunlarla ya da içtihatlarla belirlenmiştir¹⁴. Bazı uyuşmazlıklar, sadece devlet mahkemeleri tarafından ele alınması gerektiği düşünülen kamu düzeni konularını içerebilir¹⁵. Bu

¹⁰ Lew, Mistelis ve Kröll, *Commercial Arbitration*, 187; Mistelis ve Brekoulakis, *Arbitrability*, 49; Ilias Bantekas, “The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration,” *Australian Year Book of International Law* 27, no. 1 (2008): 193; Thomas E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration* (New York: JurisNet LLC, 2009), 43; Thomas E. Carbonneau, *Employment Arbitration* (New York: JurisNet LLC, 2006), 31; Alex Mills, “Arbitral Jurisdiction,” İçinde *The Oxford Handbook of International Arbitration*, ed. Thomas Schultz ve Federico Ortino (New York: Oxford University Press, 2020), 86; Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto ve Nicola Christine Port, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2010), 349; Jan Engelmann, *International Commercial Arbitration and the Commercial Agency Directive: A Perspective from Law and Economics* (Berlin: Springer, 2017), 24.

¹¹ Karl-Heinz Böckstiegel, “Public Policy as a Limit to Arbitration and Its Enforcement,” *Dispute Resolution International* 2, no. 1 (May 2008): 127; Emmanuel Gaillard ve John Savage, ed., *On International Commercial Arbitration* (The Hague/Boston/London: Kluwer Law International, 1999), 312; Mehmet Sarı, “Tahkime Elverişlilik,” *THD*, S. 32 (Nisan 2009): 148.

¹² Bkz. aşağıda III, A, B.

¹³ Sarı, “Tahkime Elverişlilik,” 147.

¹⁴ Loukas A. Mistelis ve Julian D.M. Lew, *Pervasive Problems in International Arbitration* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2006), 363; Lew, Mistelis ve Kröll, *Commercial Arbitration*, 199; Niek Peters, *The Fundamentals of International Commercial Arbitration* (The Netherlands: Maklu, 2017), 82; Mauro Rubino Sammartano, *International Arbitration: Law and Practice* (New York: Juris, 2014), 344.

¹⁵ Andrew Rogers, “Arbitrability,” *Asia Pacific Law Review* 1, no. 2 (1992): 1; Lew, Mistelis ve Kröll, *Commercial Arbitration*, 188; Mistelis ve Brekoulakis, *Arbitrability*, 4; Uzelac, “(In)arbitrability,” 454.

düşüncenin temelinde, toplum menfaatinin, tahkim yargılamasından zarar görebileceği endişesi yatmaktadır¹⁶. Ancak hiçbir deneysel kanıt, hakemlerin hâkimlerden daha az güvenilir veya yetkin olduğunu göstermemektedir¹⁷. Hâl böyle olmakla birlikte, bazı uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi caiz görülmemiş, bunların tahkime elverişsiz olduğu kabul edilmiştir. İşte tahkime elverişlilik, sözleşmeden doğan özgürlüğün kullanımının sona erdiği ve kamusal yargılamaya görevinin başladığı noktayı belirlemektedir¹⁸.

II. TÜRK HUKUKUNDAKİ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Bir hukuk sistemi, hassas olduğunu düşündüğü belirli uyuşmazlıkları tahkim dışında bırakarak bunların, devlet mahkemeleri tarafından toplumun çıkarlarına uygun bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilir¹⁹. Bu nedenle, yapılan tahkim sözleşmesi geçerli olsa bile, devletler kendi mevzuatı ve yargı kararlarıyla belirli uyuşmazlık kategorilerini tahkim dışında bırakmışlardır²⁰. Devletler, mevzuatında ve yargı kararlarında tahkime elverişliliğe ilişkin farklı yaklaşımlar benimsediği için hangi tür uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceği konusunda devletten devlete farklılık söz konusudur²¹. Hatta

¹⁶ Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku Cilt I* (Ankara: Yetkin, 2022), 785; Rogers, “Arbitrability,” 1.

¹⁷ William W. Park, “Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration,” *Brooklyn Journal of International Law* 12, no. 3 (1986): 638.

¹⁸ Thomas E. Carbonneau ve Janson Francois, “Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability,” *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2, no. 1 (Spring 1994): 194; Divyesh Menon, “The Arbitrability of Consumer Disputes: Buyer Beware,” *Bristol Law Review* 2013, (2013): 147; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (İstanbul: Vedat, 2010), 13.

¹⁹ Gaillard ve Savage, *International Commercial*, 332.

²⁰ Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2012), 82.

²¹ Howard M. Holtzmann ve Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2017), 671; Born, *Law and Practice*, 82; Mistelis ve Brekoulakis, *Arbitrability*, 8, 10; Ilias Bantekas, *An Introduction To International Arbitration* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2015), 29. Bu sebeple Model Kanun hazırlanırken, tahkime elverişli olmayan meseleler listesi üzerinde dünya çapında bir uzlaşma sağlamak veya bu olmazsa, devletlerin genişletebileceği tahkime elverişli olmayan üç veya dört meseleden oluşan bir çekirdek liste oluşturma düşüncesi ileri sürüldü ancak kapsamlı bir liste üzerinde fikir birliğine varmanın zor olduğu ifade edildi (Holtzmann ve Neuhaus, *Commercial Arbitration*, 671).

tahkime elverişli uyuşmazlıkların kapsamı, aynı ülkede millî ve milletlerarası tahkimde bile farklılık gösterebilmekte, bu sebeple de bir uyuşmazlık millî tahkimde tahkime elverişsizken, milletlerarası tahkimde tahkime elverişli olabilmektedir²².

Türk hukuk tarihindeki tahkime elverişlilikle ilgili düzenlemelere verebileceğimiz ilk örnek, Mecelle-i Ahkâmı Adliye'nin 1841. maddesidir²³. Bu maddede, “*Hukuk-i nâsa müteallik mal da'valarında tahkim câizdir*” denilmiştir²⁴. Diğer bir örnek olarak, 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 518. maddesinde de tahkime elverişlilik hususu düzenlenmiş ve “*Yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez*” denilmek suretiyle, bu konudaki kural belirlenmiştir. Söz konusu düzenleme gereğince yalnızca, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği uyuşmazlıklar tahkime elverişsiz kabul edilmiştir. Hâlbuki bu konuya ilişkin HMK'daki düzenleme, HUMK'taki düzenlemeden biraz daha kapsamlıdır.

Tahkime elverişliliğin düzenlendiği HMK'nın 408. maddesinde, “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*” denilmiştir²⁵. Bu hüküm doğrultusunda, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf

²² Özbek, *Tahkim Hukuku*, 786. Örneğin İsviçre hukukundaki düzenlemelere bakıldığında tahkime elverişlilikle ilgili olarak, millî ve milletlerarası tahkimde farklı düzenlemeler olduğu dikkat çekmektedir. Şöyle ki, millî tahkimin düzenlendiği İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 354. maddesinde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri herhangi bir iddianın tahkim sözleşmesine konu olabileceği ifade edilmişken, milletlerarası tahkimin düzenlendiği Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun'un 177. maddesinin 1. fıkrasında, malvarlığına ilişkin herhangi bir talebin tahkime konu edilebileceği düzenlenmiştir.

²³ Pekcanitez ve Yeşilırmak, *Pekcanitez Usûl*, 2631; Özbek, *Tahkim Hukuku*, 808.

²⁴ Pekcanitez ve Yeşilırmak, *Pekcanitez Usûl*, 2631; Özbek, *Tahkim Hukuku*, 808.

²⁵ Doktrindeki bir görüşe göre HMK m. 408 ve MTK m. 1/4'te yer alan düzenlemelerde ifade edildiği gibi taşınmazın aynından doğan ve iki tarafın üzerinde serbestçe tasarruf edemediği uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülemeyeceği için bu tür uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi söz konusudur. Bu görüşe göre HMK m. 11 ve devamında düzenlenen kesin yetki kuralları, uyuşmazlığı tahkim yargılamasının dışına çıkartan münhasır yetki hallerinden değildir [Nevhis Deren Yıldırım, *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları* (İstanbul: Alkim, 2004), 30. Ayrıca bkz. Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 258. Bu konudaki görüşler için bkz. Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (İstanbul: Beta, 2000), 213 vd.]. HMK m. 11 ve devamında düzenlenen kesin yetki kuralları, mahkemenin yer bakımından yetkisiyle ilgili olup, uyuşmazlığın o yer

edemedikleri hususlarla taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülemeyecektir²⁶. Maddenin gerekçesine²⁷ bakıldığında bu kuralın, HUMK'un 518. maddesi ile hukukumuzda girdiği ifade edilmiş, HUMK'taki düzenlemede sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri uyuşmazlıklarla ilgili bir sınırlama getirilmişken, HMK'daki düzenlemede bu sınırlamaya ek olarak, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişsiz olduğu eklenerek, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki (MTK) düzenleme ile paralellik sağlandığı belirtilmiştir. MTK'nın 1. maddesinin 4. fıkrasında ise “*Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz*” ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere hem millî tahkimde hem de milletlerarası tahkimde, tahkime elverişlilik için aynı iki ölçüt belirlenmiştir. Ancak HMK m. 407 ve MTK m. 1/2 gereğince, yabancılık unsuru²⁸ taşımayan uyuşmazlıklara HMK'daki tahkime

mahkemesinde görülmesini şart koşar. Yoksa uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesine engel teşkil etmez. Bir uyuşmazlık hakkında yetki sözleşmesi yapılamamasının, başka bir deyişle o uyuşmazlık için kesin yetkili mahkemenin olması, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümüne doğrudan engel oluşturmaz (Bkz. Deren Yıldırım, *Tahkimin Esaslı Sorunları*, 30).

²⁶ Doktrinde bir görüş tarafından, taşınmazlar üzerindeki aynı haklardan doğan uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların aynı olduğu ve bu nedenle, yasama tekniği açısından ayrıca vurgu yapılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir (Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, 343).

²⁷ “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574)”, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayı No: 393, E.T. 01.07.2023, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c089/tbmm23089050ss0393.pdf>.

²⁸ Yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği ise MTK'nın 2. maddesinde belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre; “*Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.*

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,

Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye

ilişkin hükümler uygulanacakken, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara da MTK'daki hükümler uygulanacaktır²⁹. Başka bir deyişle, MTK'nın 2. maddesinde tanımlandığı şekilde yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklara, HMK'da yer alan millî tahkime ilişkin hükümler uygulanacak; tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen ve yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara da MTK'da yer alan hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla bir uyuşmazlığın tahkime elverişliliği de tâbi olduğu kanundaki hükümlere göre incelenecektir.

III. TAHKİME ELVERİŞLİLİK TÜRLERİ

Bir uyuşmazlığın tahkimde görülebilmesi için uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması, tarafların tahkim sözleşmesi yapabilmeleri için gerekli yetkiye sahip olmaları ve tahkim sözleşmesinin, uyuşmazlığın doğumundan sonra yapılmasıyla ilgili öngörülen bir kısıtlama varsa, bu kısıtlamaya uygun şekilde yapılmış olması gerekir. Bu doğrultuda, objektif ve sübjektif tahkime elverişlilik ayrımı dışında doktrinde, tahkim sözleşmesinin yapıldığı zamanla ilgili olarak, mutlak ve nispi tahkime elverişlilik ayrımı da yapılmıştır³⁰.

A. Sübjektif Tahkime Elverişlilik

Sübjektif tahkime elverişlilik, bir gerçek ya da tüzel kişinin, tahkim sözleşmesine ya da tahkim yargılamasına taraf olup olmayacağını belirlenmesidir³¹. Belirli kişi ya da kuruluşların, statüleri veya işlevleri nedeniyle uyuşmazlıklarını tahkime götüremeyecek durumda olup

getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.
4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi”.

²⁹ Budak ve Karaaslan, *Medenî Usul*, 478.

³⁰ Bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, “Bedensel Zararlarda Tahkim,” içinde *Türkiye Barolar Birliği Bedensel Zararlardan Dolayı Hukukî Sorumluluk Uluslararası Kongresi*, ed. Necdet Basa ve Sema Uçakhan Güleç (Kıbrıs: Türkiye Barolar Birliği, 2019), 418-420.

³¹ Philippe Bärtsch ve Dorothee Schramm, *Arbitration Law of Switzerland: Practice and Procedure* (New York: JurisNet LLC, 2014), 31; Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2636; Özbek, *Tahkim Hukuku*, 790; Ceren Eyüboğlu, “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği,” *ABD*, S. 3 (2017): 237; Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 18; Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usûl Hukukunda Hakem Kararlarının İptali Sebepleri (HMK m. 439)* (İstanbul: Onikilevha, 2023), 391; Sarı, “Tahkime Elverişlilik,” 161.

olmadıkları sübjektif tahkime elverişlilikle ilgili bir konudur³². HMK'nın 17. maddesinde, yetki sözleşmesi yapabilmek için tarafların tacir ya da kamu tüzel kişisi olması aranırken, tahkim sözleşmesi yapabilmek için Kanun'da böyle bir kısıtlamaya yer verilmemiştir (HMK m. 412)³³. Ancak doktrinde bir görüş tarafından, tüketicilerin taraf oldukları tahkim sözleşmelerine de HMK m. 17 hükmünün evleviyetle uygulanması ve tahkim şartının tüketiciye karşı ileri sürülmemesi gerektiği savunulmuştur³⁴.

Sübjektif tahkime elverişlilik tarafların, tahkim sözleşmesi yapabilmeleri için gerekli yetkiye sahip olup olmamalarını³⁵ ifade etmekle birlikte aslında daha çok, devletlerin ve kamu tüzel kişilerinin tahkim sözleşmesi yapmak için gerekli yetkiye sahip olup olmadıklarıyla ilgili bir konudur³⁶. Örneğin Fransız

³² Bernard Hanotiau, "The Law Applicable to Arbitrability," içinde *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ed. Albert Jan van den Berg (Paris: ICCA Congress Series 9, 1999), 147; Bernard Hanotiau ve Caprasse Olivier, "Arbitrability, Due Process, and Public Policy under Article V of the New York Convention-Belgian and French Perspectives," *Journal of International Arbitration* 25, no. 6 (December 2008): 724; Lew, Mistelis ve Kröll, *Commercial Arbitration*, 187; Gaillard ve Savage, *International Commercial*, 312-313; Carbonneau ve Francois, "Concepts of Arbitrability," 210; Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 18.

³³ Seyhan Selçuk, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali* (Ankara: Yetkin, 2018), 240; Nagehan Okumuş, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali* (İstanbul: Onikilevha, 2021) 207.

³⁴ Ali Cem Budak, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri," *UTTDER* 1, S. 1 (2012): 39; Budak ve Karaaslan, *Medenî Usul*, 480. Aynı yöndeki görüş için bkz. Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 228.

³⁵ Doktrinde bir görüşe göre reşit ve ayırt etme gücüne sahip olmayanlar ile iflâs etmiş olan kişilerin tahkim sözleşmesine taraf olmaları durumunda, sübjektif tahkime elverişsizlikten söz edilecektir (Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2636; Aktepe Artık, *Hakem Kararlarının İptali*, 391; Bärtsch ve Schramm, *Arbitration Law of Switzerland*, 32). Doktrindeki başka bir görüşe göre sübjektif tahkime elverişlilik, tarafların, tahkim sözleşmesi yapma ehliyetiyle ilgili bir husus olmakla birlikte, tahkim sözleşmesinin hukuken geçerli olmasını da etkilemektedir (Özbek, *Tahkim Hukuku*, 790).

³⁶ L. Yves Fortier, "Arbitrability of Disputes," içinde *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ed. Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi ve Anne Marie Whitesell (Paris: ICC Publishing, 2005), 270; Antonias Dimolitsa, "Separability and Kompetenz-Kompetenz," içinde *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ed. Albert Jan van den Berg (Paris: ICCA

Medeni Kanunu'nun 2060. maddesinde, "kamu kurumlarına ilişkin ihtilaflarda" tahkime başvurulamayacağı belirtilmiştir³⁷. Ülkemizde ise 1999 yılında 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile Anayasa'nın 125. maddesine ekleme yapılmıştır. Bu ekleme sonucunda, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülebileceği ifade edilmiştir. Böylelikle hukukumuzda, kamu tüzel kişilerinin, tahkim sözleşmesine taraf olmalarıyla ilgili artık bir engel kalmamış, sübjektif olarak tahkime elverişli hâle gelmiştir.

B. Objektif Tahkime Elverişlilik

Uyuşmazlık konusunun, tahkimle çözülmeye uygun olması durumu ise objektif tahkime elverişlilikle ilgilidir³⁸. Objektif tahkime elverişlilik tarafların, uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme iradelerine getirilen bir kısıtlamadır³⁹. Şöyle ki, bazı uyuşmazlıkların, kamu düzenini ilgilendiren konuları içerdiği gerekçesiyle tahkim yoluyla çözümleri engellenmiş, yalnızca devlet mahkemelerinde çözümlenmesine izin verilmiştir⁴⁰. Yukarıda belirtildiği gibi hukukumuzda hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyeceği HMK m. 408'de ve MTK m. 1/4'te düzenlenmiştir. Söz konusu bu düzenlemeler, sübjektif tahkime elverişlilikle ilgili bir hüküm içermemekte, ancak objektif tahkime elverişlilikle ilgili sınırı belirlemektedir. Bu doğrultuda, taşınmazın aynından doğan veya iki tarafın üzerinde serbestçe tasarruf edemediği uyuşmazlıklar objektif bakımdan tahkime elverişli

Congress Series 9, 1998), 249; Gaillard ve Savage, *International Commercial*, 313; Özbek, *Tahkim Hukuku*, 790.

³⁷ Gaillard ve Savage, *International Commercial*, 314.

³⁸ Gaillard ve Savage, *International Commercial*, 313; Lew, Mistelis ve Kröll, *Commercial Arbitration*, 187-188; Hanotiau, "Arbitrability," 147; Carbonneau ve Francois, "Concepts of Arbitrability," 210; Hanotiau ve Olivier, "Arbitrability," 724; Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2636; Özbek, *Tahkim Hukuku*, 789; Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 15; Eyüboğlu, "Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği," 237; Bärtsch ve Schramm, *Arbitration Law of Switzerland*, 29. Tüm dünyada geçerliliği olan, tahkime elverişli konuların yer aldığı bir liste mevcut değildir. Bunun nedeni, tahkime elverişli uyuşmazlıkların ülkeden ülkeye farklılık göstermesidir. Sadece ülkeden ülkeye değil, aynı ülkede zaman içerisinde bile tahkime elverişli uyuşmazlıklar değişebilmektedir (Aktepe Artık, *Hakem Kararlarının İptali*, 393).

³⁹ Lew, Mistelis ve Kröll, *Commercial Arbitration*, 188.

⁴⁰ Lew, Mistelis ve Kröll, *Commercial Arbitration*, 188; Fortier, "Arbitrability," 270.

değildir. Bu uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda tahkime başvurulamayacak, başvurulmuşsa da HMK m. 422/1 hükmü gereğince hakemlerin yetkisine itiraz edilebilecektir.

Objektif tahkime elverişlilik de kendi içerisinde, tahkim sözleşmesine konu edilen uyuşmazlıkların tamamının ya da bir kısmının tahkime elverişli olması durumuna göre bir ayırım yapılarak incelenebilecektir.

1. Tahkime Kısmî Elverişlilik

HMK m. 412/1 hükmü gereğince taraflar, aralarında çıkan ya da çıkması muhtemel olan uyuşmazlıkların tamamı ya da bir kısmı için tahkim sözleşmesi yapabilirler. Ancak tarafların yapmış oldukları tahkim sözleşmesinde yer alan uyuşmazlıkların tamamı tahkime elverişli olmayabilir. Yani uyuşmazlıkların bir kısmı tahkime elverişliyken, diğer kısmı elverişsiz olabilir. Örneğin A ile B arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklarda, tahkime başvurulacağına ilişkin bir tahkim şartının yer aldığını varsayalım. Bu sözleşmeden doğan taşınmazın devrine ilişkin uyuşmazlık, taşınmazın aynına ilişkin olduğundan, HMK m. 408 hükmü gereğince tahkime elverişsizken; aynı sözleşmeden doğan para alacağına ilişkin uyuşmazlık ise tahkime elverişli olacaktır. Böyle bir durumda, tahkim sözleşmesine konu olan uyuşmazlıklardan sadece bir kısmı için tahkime başvurmak mümkün olduğundan, tahkime kısmî elverişlilikten söz edilecektir⁴¹. Tahkime kısmî elverişlilik durumunda, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar için devlet mahkemelerinde dava açmak gerekecektir.

2. Tahkime Tam Elverişlilik

Tarafların tahkim sözleşmesine konu ettikleri uyuşmazlıkların tümü için tahkim yolu açıksa, tahkime tam elverişlilik söz konusudur. Örneğin taşınır satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için tahkime başvurulacağı kararlaştırılmışsa durum böyledir. Bu sözleşmeden doğan taşınırın hem satım bedeline hem de mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklar, HMK m. 408 hükmü gereğince tahkime elverişli olduğu için tam elverişlilikten bahsedilecek ve tüm uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülebilecektir.

C. Mutlak-Nispî Tahkime Elverişlilik

HMK m. 412'de yer alan düzenleme gereğince taraflar, uyuşmazlık doğmadan önce ya da doğduktan sonra tahkim sözleşmesi yapabileceklerdir.

⁴¹ Hüseyin Afşın İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (Ankara: Adalet, 2016), 231.

Ancak bazen kanun ya da yargı uygulaması gereği sadece, uyuşmazlık doğduktan sonra tahkim sözleşmesi yapılmasına izin verilmiştir⁴². İşte buna doktrinde, nispi tahkime elverişlilik adı verilmektedir⁴³. Herhangi bir kanuni ya da yargısal kısıtlama olmadan tarafların, uyuşmazlık doğmadan önce de tahkim sözleşmesi yapabilmeleri durumu ise mutlak tahkime elverişliliğidir. Mutlak elverişlilikte taraflar, uyuşmazlık doğmadan önce ya da doğduktan sonra tahkim sözleşmesi yapma konusunda bir serbestiye sahiplerdir. Ancak nispi tahkime elverişlilikte taraflar, böyle bir serbestiye sahip olmayıp, yalnızca uyuşmazlık doğduktan sonra tahkim sözleşmesi yapabileceklerdir.

Hukukumuzda, nispi tahkime elverişlilikle ilgili düzenlemelere rastlamak mümkündür. Örneğin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 262. maddesinde, "*Yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz*" ifadesi yer almaktadır⁴⁴. Bunun dışında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1271. maddesinin 2. fıkrasında da, "*Tazminat istemi doğmadan önce yapılan yetki ve tahkim sözleşmeleri geçerli değildir*" hükmü düzenlenmiştir. Yine benzer şekilde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında, iş sözleşmesinin feshinden sonra tarafların anlaşması üzerine uyuşmazlığın, iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebileceği ifade edilmiştir⁴⁵. Bu düzenlemelerde yer alan uyuşmazlıklar,

⁴² Taşpınar Ayvaz, "Tahkim," 418. Doktrinde, cezaî şartın fahiş olduğu iddiasına ilişkin olarak, cezaî şartın bağlanmış olduğu şart gerçekleştikten sonra tahkim yoluna başvurulabileceği ancak şart gerçekleşmemişse, TBK m. 182/3 hükmü gereğince hâkim, fahiş gördüğü cezaî şartı kendiliğinden indirebileceği için tahkim yoluna başvurulamayacağı ifade edilmiştir (Postacıoğlu, *Medeni Usul*, 787; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin, 2014), 1187-1188).

⁴³ Taşpınar Ayvaz, "Tahkim," 418.

⁴⁴ Bu hüküm, TBK m. 263/4 hükmü gereğince, alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da mesleki amaçlarla satın alınması durumunda uygulanmayacak, tahkim sözleşmesi yapılabilecektir [Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (İstanbul: Beta, 2019), 55].

⁴⁵ Doktrinde bu hükmün lafzı itibarıyla, tahkim sözleşmesinin fesihinden sonra yapılması gerektiği ve böylelikle, fesih sonucunda işverene bağlılığı ortadan kalkan işçinin, tahkim sözleşmesi yapma iradesinin fesihinden sonra serbest olacağı, aksi durumun "işçiyi koruma ilkesi"yle bağdaşmayacağı görüşünü destekler nitelikte olduğu ifade edilmiştir [Nuri Çelik, "İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanamadıkça Geçerli Sayılması," *DEÜHFD* (Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan), Özel Sayı (2007): 26; Müjgan Yücel, "İş Güvencesi Kapsamında 'Özel Hakem Şartı' (İş Kanunu Madde 20),"

*LİHSGHD 1, S. 4 (2004): 1355, 1357; Müjgan Yücel, "Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakemin Kararlarının Kapsamı, İşe Başlatmama Halinde Tazminata Miktar Belirtmeden Karar Verilmesine İlişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı," MÜHFHAD 14, S. 3 (2008): 285, 286]. Hâlbuki Yargıtay'ın bu konuda verdiği bir kararda, "Dairemiz uygulamasına göre, sözleşmenin yapılması veya devamı sırasında yapılan hakem kaydına ilişkin anlaşma iradeyi sakatlayan bir hal ileri sürülüp ispatlanmadığı sürece geçerli kabul edilmektedir. Özel hakem anlaşmasının iş sözleşmesinin devamı sırasında yapılmış olması tek başına serbest irade ile kabul edilmediğini göstermez, iradenin sakatlandığı ayrıca kanıtlanmalıdır" demek suretiyle, işçi ve işveren arasındaki tahkim anlaşmasının, iş sözleşmesinin yapıldığı sırada ya da devamında yapılmasının, doğrudan iradeyi sakatlayan bir sebep olarak değerlendirilemeyeceğine işaret edilmiştir [Y. 9. HD, E. 2007/37878, K. 2007/35335, 26.11.2007, (KBİBB)]. Ancak daha sonra verilen bir kararda Yargıtay, "... Yasa Koyucu 'özel hakem' kurumunu feshe bağlı bir sonuç olarak görmüştür. Hükmün sözünden de bu anlaşılmaktadır. İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasızdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Ancak fesihle bağımlılık ortadan kalkar./Gerek metodoloji gerek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, işe iade davalarının özel hakeme götürülmesinin ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra anlaşma-sözleşme ile mümkün olacağı sonucuna götürür. Aksi halde işçinin iradesi dışında kendisinin yabancı olduğu bir yargılama sürecine zorlanması söz konusu olur. Yasanın amacı dışında bir sonuç doğar. ... Fesihten önce yapılan özel hakem sözleşmesi geçersizdir" demek suretiyle önceki içtihadından dönmüştür [Y. 9. HD, E. 2013/1773, K. 2013/6664, 25.2.2013, (KBİBB)]. Aynı yöndeki karar için bkz. Y. 9. HD, E. 2016/21367, K. 2017/14609, 02.10.2017, (KBİBB)]. Nitekim doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüş de iş bulma konusunda zorluk çeken işçiye, imzalaması için dayatılan iş sözleşmesinde yer alan tahkim şartının ya da iş sözleşmesi devam ederken yapılan tahkim sözleşmesinin, "işçiyi koruma ilkesi"ne aykırılık teşkil etmesi sebebiyle geçersiz olacağı yönündedir (Bu yöndeki görüşler için bkz. Yücel, "Özel Hakem Şartı," 1355, 1356). Diğer taraftan doktrindeki bir başka görüş, fesihten önce yapılan tahkim sözleşmesi ile işçinin bağlı olmadığını, bu şartın varlığına rağmen işçi mahkemede dava açarsa işverenin tahkim itirazında bulunamayacağını, işçi mahkemeye başvurmak yerine tahkime başvurmayı tercih ederse buna işverenin karşı çıkamayacağını ve böylelikle tahkimin iki taraf için de bağlayıcı hâle geleceğini savunmuştur [Mehmet Uçum, "İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar," *İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı* (İstanbul: Legal, 2005),76]. Bu görüşe karşı çıkan görüşe göre ise bu durumda tahkimin, HMK hükümlerine aykırı olarak "seçimlik hakka" dönüştüğü ya da fesihten önce sözleşmeye konulan tahkim şartının fesihten sonra işçinin tahkime başvurusuyla geçerlilik kazanan bir "askıda hükümsüzlük" durumu yaratacağı, oysa burada geçersiz bir tahkim şartı olduğu ve bunun seçimlik bir hak teşkil etmesinin ya da askıda hükümsüz olmasının düşünülemeyeceği ifade edilmiştir (Yücel, "Fesih," 286).*

aslında objektif anlamda tahkime elverişli olmakla birlikte, kanun tarafından, uyuşmazlık doğduktan sonra tahkim sözleşmesi yapılmasına izin verilmiştir⁴⁶.

IV. HAKEMİN KENDİ YETKİSİ HAKKINDA KARAR VERMESİ

Tahkim yargılamasında *kompetenz-kompetenz ilkesi*, başka bir deyişle *yetkiye hükmetme yetkisi* geçerlidir. *Kompetenz-kompetenz ilkesi*, tahkim anlaşmasının geçersizliğiyle veya hakem ya da hakem kurulunun yetkisiyle ilgili çıkan uyuşmazlıkta, karar verme yetkisinin hakem ya da hakem kurulunda olduğunu gösteren bir ilkedir⁴⁷. Bu ilke gereğince hakemler, kendi yetkileriyle ilgili uyuşmazlıklarda, bir mahkeme kararına gerek duymadan kendileri karar verebileceklerdir⁴⁸.

Tahkimde bu ilkenin kabul edilmesinin sebebi, devlet mahkemelerinin, tahkim yargılamasına olan müdahalelerini en aza indirmektir⁴⁹. Örneğin mülga HUMK'un 519. maddesinde⁵⁰, bir uyuşmazlığın hakemler vasıtasıyla çözülüp çözülemeyeceği hususunda çıkan uyuşmazlıkların, mahkeme

⁴⁶ Taşpınar Ayvaz, "Tahkim," 420.

⁴⁷ George A. Bermann, "The Gateway Problem in International Commercial Arbitration," *Yale Journal of International Law* 37, no. 1 (Winter 2012): 13-14; Lew, Mistelis ve Kröll, *Commercial Arbitration*, 334; Alan Redfern ve Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (London: Sweet & Maxwell, 2004), 252; Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (New York: Cambridge, 2008), 88; Fortier, "Arbitrability," 272-273; Dimolitsa, "Kompetenz-Kompetenz," 228; Kronke, Nacimiento, Otto ve Port, *Recognition and Enforcement*, 274; Engelmann, *International Commercial Arbitration*, 30.

⁴⁸ Moses, *Commercial Arbitration*, 88; Bilgehan Yeşilova, "Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine-Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak-Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1)," *DEÜHFD* (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan) 11, Özel Sayı (2009): 751; Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 2017), 688; Budak ve Karaaslan, *Medenî Usul*, 482; Bennett, *Arbitration*, 64. Bu yetkinin kapsamına sadece tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığının incelenmesi değil, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının incelenmesi de girer [Sammartano, *International Arbitration*, 875; James H. Carter ve John Fellas, *International Commercial Arbitration in New York* (New York: Oxford University Press, 2010), 147-148].

⁴⁹ Mustafa Erkan, "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi," *GÜHFD* 17, S. 1-2 (2013): 546; Bennett, *Arbitration*, 60.

⁵⁰ "Bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece seri usulü muhakeme ile hallolunur".

tarafından karara bağlanacağı ifade edilmişti. Bu hükümden yola çıkarak davalı, davacının tahkim başvurusuna karşılık, hakemlerin yetkisiz olduğunu ileri sürdüğünde, tahkim prosedürünü kolayca bertaraf edebiliyordu⁵¹. Böyle bir durumda tahkim yargılamasının devam etmesini isteyen davacının, mahkemede bir tespit davası açması ve hakemlerin yetkili olduklarına ilişkin bir karar alması gerekiyor, eğer karar temyiz edilmişse, Yargıtay'ın verdiği kararın kesinleşmesi bekleniyordu⁵². Bu uzun ve masraflı prosedür, tahkim kurumunun başarıya ulaşmasını engellediği için hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesi ilkesi HMK m. 422/1'deki düzenleme ile kabul edilmiştir⁵³.

⁵¹ Erkan, "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği," 541; Ekşi, *Tahkim*, 157; Cemal Şanlı, "Türkiye'de Tahkim ve ADR," *Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu Ankara*, (9-10 Ocak 2009): 171.

⁵² Şanlı, "Tahkim," 171.

⁵³ Bkz. HMK m. 422'nin Madde Gereçesi, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574)", Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayı No: 393, E.T. 01.07.2023, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c089/tbmm23089050ss0393.pdf>. Bu ilkenin yanı sıra, devlet mahkemelerinin tahkim yargılamasına olan müdahalelerini en aza indirmek için ayrılabilirlik ilkesi de HMK m. 422/1'de düzenlenmiştir (Erkan, "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği," 546; Bennett, *Arbitration*, 60). Ayrılabilirlik ilkesi, tahkim sözleşmesinin ya da tahkim şartının geçerliliğinin, taraflar arasında yapılan asıl sözleşmenin geçerliliğinden ayrı olarak değerlendirilmesidir [Phillip Landolt, "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz," *Journal of International Arbitration* 30, no. 5 (October 2013): 513; Jean-François Poudret ve Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (London: Sweet & Maxwell, 2007), 133; Moses, *Commercial Arbitration*, 18; Redfern ve Hunter, *Law and Practice*, 162; Pieter Sanders, *Quo Vadis Arbitration?: Sixty Years of Arbitration Practice* (The Hague: Cambridge, 1999), 171; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2009), 311 vd.; Dimolitsa, "Kompetenz-Kompetenz," 218, 219; Gaillard ve Savage, *International Commercial*, 198]. Tahkim sözleşmesi ve tahkim şartı, asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilmeseydi, asıl sözleşmenin geçerliliğine yapılan itirazlar tahkim sözleşmesinin geçerliliğini de etkileyecek ve uyuşmazlığın, hakem ya da hakem heyeti tarafından değil, devlet mahkemelerinde çözülmesi gerekecekti (Erkan, "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği," 540; Lew, Mistelis ve Kröll, *Commercial Arbitration*, 102-103). İşte ayrılabilirlik ilkesi sayesinde hakem ya da hakem kurulu hem kendi yetkisi hem de asıl sözleşmenin varlığı ya da geçerliliği hakkında karar verme yetkisine sahip olacaktır (Poudret ve Besson, *International Arbitration*, 133).

Asıl olarak milletlerarası tahkimde genel kabul gören ve Türk hukuku tarafından da benimsenen *kompetenz-kompetenz ilkesi* gereğince, hakemlerin yetkilerine ve tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin kararlar mahkemece değil, bizzat hakemler tarafından verilecektir⁵⁴. Tarafların aralarında çıkan uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmeyi tercih etmeleriyle birlikte en başta, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermelerine ilişkin bu ilkeyi de kabul ettikleri varsayılmaktadır⁵⁵.

Hukukumuzda bu husus HMK'nın 422. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir⁵⁶: "*Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir*". Alman Usul Kanunu (ZPO) m. 1040'ta da aynı doğrultuda bir düzenleme yapılmıştır. Ancak HMK'dan farklı olarak ZPO m. 1040/3'te, itirazı inceleyen hakem kurulunun kendisini yetkili görmesi durumunda, bir ara karar vereceği ve taraflardan her birinin, kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde mahkemeye başvurarak, bu konuyla ilgili bir karar verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir.

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi ancak uyuşmazlığın hakem önüne getirilmesi durumunda mümkün olacak, yoksa tahkimde dava açıldıktan sonra hakemlerin yetkisiz olduklarına ilişkin genel mahkemede bir tespit davası açılmayacaktır⁵⁷. Zaten böyle bir durumda tahkim yargılamasında tarafların, hakemlerin yetkisiz olduğuna ilişkin itirazları HMK m. 422/1 hükmü gereğince ileri sürebilme imkânı varken, bunun tespiti için ayrı bir dava açmak konusunda hukuki yararı yoktur⁵⁸.

⁵⁴ Gaillard ve Savage, *International Commercial*, 401; Lew, Mistelis ve Kröll, *Commercial Arbitration*, 332, 334; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel*, 688.

⁵⁵ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel*, 688.

⁵⁶ Paralel bir düzenleme MTK m. 7/H'de de yer almaktadır. Doktrinde bir görüş tarafından, HMK m. 422/1'de yer alan, "*Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere..*" ifadesinin, maddede sayılan itirazlar bakımından bir sınırlama getirmediği, bu sayılanlar dışındaki itirazlar hakkında da hakemlerin inceleme yetkisi olduğu belirtilmiştir [Âlim Taşkın, *Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşması, Hakem Kurulu ve Tahkim Yargılaması* (Ankara: Yetkin, 2019), 168].

⁵⁷ Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 1225.

⁵⁸ Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, 1225. Ayrıca bkz. Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Ankara: Yetkin, 2009), 30.

V. TAHKİME ELVERİŞSİZLİĞİN İLERİ SÜRÜLMESİ VE HAKEMLER TARAFINDAN İNCELENMESİ

Hakemler, HMK m. 422/1 hükmü gereğince kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine sahip oldukları için önlerine gelen uyuşmazlığın tahkime elverişli bir uyuşmazlık olup olmadığı hakkında karar verebileceklerdir. Ancak HMK m. 422'deki düzenleme çerçevesinde hakemler, önlerine gelen uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını, sadece tarafların buna itiraz etmeleri üzerine mi inceleyecekler yoksa re'sen de gözetebilecekler midir?

A. Tarafların Tahkime Elverişsizliğe İtiraz Etmeleri

HMK m. 422/2'de hakem ya da hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itirazın en geç cevap dilekçesinde ileri sürülebileceği, tarafların hakemleri bizzat seçmeleri veya hakem seçimine katılmalarının itiraz haklarını ortadan kaldırmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkarak, tahkimde görülen uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğuna ilişkin itirazın, davalı tarafından en geç cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir (HMK m. 422/2). Ancak hakem ya da hakem kurulu, gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen itirazı da kabul edebilir (HMK m. 422/4).

İtiraz üzerine hakemler, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını ön sorun şeklinde inceleyip kendi yetkileri hakkında karar verirler (HMK m. 422/5)⁵⁹. Hakemler yaptıkları incelemede uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğuna, yani yetkili olduklarına karar verirlerse, tahkim yargılamasına devam edip davayı karara bağlarlar (HMK m. 422/5)⁶⁰.

Diğer taraftan inceleme sonucunda hakemler, yetkisiz olduklarına karar verirlerse sürecin nasıl devam edeceğine dair Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna ilişkin olarak doktrinde, HMK m. 20 hükmünün kıyasen hakem kararları hakkında da uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁶¹.

⁵⁹ Aynılabilirlik ilkesi gereği hakemler, kendi yetkileri hakkında karar verirken, tahkim sözleşmesini veya şartını asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendireceklerdir (HMK m. 422/1).

⁶⁰ Eğer tahkime elverişli olan uyuşmazlıklarla tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıkların ayrılması mümkünse hakemler, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar hakkında yetkisiz olduklarına karar vererek, tahkime elverişli olan uyuşmazlıklar çerçevesinde yargılamaya devam ederler (Sammartano, *International Arbitration*, 882).

⁶¹ Budak ve Karaaslan, *Medenî Usul*, 488; Budak, "Tahkim," 49.

Böylelikle taraflar, hakemlerin verdikleri yetkisizlik kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde kararı veren hakem ya da hakem kuruluna başvurarak, dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesini talep edebilirler⁶².

B. Tahkime Elverişsizliğin Hakem ya da Hakemler Tarafından Re'sen Gözetilmesi Meselesi

HMK'nın 422. maddesinin 1. fıkrasında hakemlerin, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm doğrultusunda hakemlerin, itiraz üzerine kendi yetkilerini, dolayısıyla uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını incelemeleri mümkün olmakla birlikte, bunu re'sen inceleyip inceleyemeyecekleri HMK m. 422'de açıkça ifade edilmemiştir.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre davalı, en geç cevap dilekçesinde bu davanın mahkemede görülmesi gerektiğine ilişkin bir itirazda bulunmazsa, hakemler kendiliğinden yetkili olup olmadıklarını inceleyemeyeceklerdir⁶³. Böylece, yapılan bir itiraz yoksa, hakemler uyuşmazlığı esastan inceleyip karara bağlayacaklardır.

Yargıtay da verdiği yakın tarihli bir kararda⁶⁴, “6100 Sayılı HMK'nun 422/1 maddesi hükmü gereğince hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut ve geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir ise de; bu hâl, doğrudan tahkimde dava açılması durumunda itiraz üzerine hakem ya da hakem kuruluna verilmiş bir yetki olup...” diyerek hakemlerin, kendi yetkileri hakkındaki kararı ancak tarafların itirazı üzerine verebileceklerini ifade etmiştir.

Buna karşılık, doktrinde ileri sürülen başka bir görüşe göre de tahkime elverişsizlik itirazında bulunulmasa bile hakemler tahkime elverişsizliği kendiliğinden dikkate almalı ve uyuşmazlık tahkime elverişli değilse, yetkisizlik kararı verilmelidir⁶⁵. Çünkü bu görüşe göre hakem ya da hakem

⁶² Budak ve Karaaslan, *Medenî Usul*, 488; Budak, “Tahkim,” 50. Doktrinde bir görüş, hakemlerin yetkisiz olduklarına ilişkin karar vermeleri üzerine mahkemenin, hakemlerin bu kararıyla bağlı olduğunu ve tekrar uyuşmazlığın hakemde görülmesine karar veremeyeceğini ifade etmiştir (Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, 1227).

⁶³ Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, 379.

⁶⁴ Y. 15. HD, E. 2019/3156, K. 2020/2913, 05.11.2020, (KBİBB).

⁶⁵ Lew, Mistelis ve Kröll, *Commercial Arbitration*, 331; Mistelis ve Brekoulakis, *Arbitrability*, 9; Pierre A. Karrer ve Peter A. Straub, “Switzerland,” İçinde

kurulu, kendi yetki alanına getirilen, kamu düzeni ya da kamu yararına ilişkin sınırlamaları kendiliğinden dikkate almalıdır⁶⁶. Doktrindeki bir diğer görüş de tahkime elverişliliğin, hakemlerin tahkim yargılaması yapma yetkisine etki etmesi sebebiyle hakemler tarafından re'sen gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁷.

Bu konudaki kanaatimizi ifade etmeden önce şunu önemle belirtmek gerekir ki hakem kararları, mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil etmekte ve bu kararlar doğrudan icra edilebilmektedir⁶⁸. Bu nedenle, tahkim yargılamasını ve yargılama sonunda verilen kararı denetleyen usuller HMK'da düzenlenmiştir. HMK m. 422/1'de de hakemlere, kendi yetkileri hakkında karar verebilme imkânı tanınmıştır. Ancak hükmün düzenleniş şeklinden bu kararın, tarafların itirazı üzerine verilebileceği anlaşılmaktadır.

Aslında HMK m. 422/1'de düzenlenen hakemin yetkisine ilişkin itiraz, ileri sürülmesi ve incelenmesi bakımından HMK m. 116'da düzenlenen ilk itirazlara benzemektedir. Ancak ilk itirazlar, cevap dilekçesinde ileri sürülmedikleri zaman, daha sonra yargılamanın herhangi bir aşamasında dikkate alınmazlar. Hâlbuki, tahkime elverişsiz bir uyuşmazlıkla ilgili tahkimde dava açıldığında ve elverişsizliğe ilişkin itirazda bulunulmadığında daha sonra, HMK m. 439 hükmü gereğince elverişsizlik, iptal davasında ileri sürülebilecektir. Bu nedenle, HMK m. 422/1 hükmünün ifadesinden tahkime

Practitioners Handbook on International Commercial Arbitration, ed. Frank-Bernd Weigand (New York: Oxford University Press, 2009), 825; Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2645; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 729. Alman hukukunda da hakemlerin bu konuda kendiliğinden karar verebileceği kabul edilmektedir (bkz. Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, 377-378).

⁶⁶ Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2645.

⁶⁷ Peters, *Commercial Arbitration*, 83.

⁶⁸ Pekcanitez, Atalay ve Özeker, *Medenî Usûl*, 598. “*Hakem kararları da, mahkeme kararları gibi, tarafları bağlayıcı ve ‘kesin hüküm’ vasfı ve mahiyetindedir. Bilindiği üzere, kesin hükmün gayesi taraflar arasındaki uyuşmazlıkları bir daha ortaya atılmayacak bir şekilde halletmekten ibarettir. Mahkeme kararları için öngörülen ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 237 nci maddesinde yer alan ‘kesin hüküm’ şartları hakem kararları için de aynen caridir*” [YİBHKGK, E. 1972/2, K. 1972/12, 23.10.1972, (KBİBB)]. Doktrinde hakem kararlarının, ilam kavramı içinde yer alıp almadığı tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre hakem kararları ilam kavramı içinde yer alırken [Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 485], diğer görüşe göre hakem kararları, mahkeme tarafından verilen nihai kararlarla eş değerdir [Mustafa Serdar Özbek, “Yeni İcra ve İflâs Kanunu İçin Öneriler Işığında İlâmlı İcrada İcranın Ertelenmesi,” *TNBD*, S. 1 (2018): 67].

elverişsizlik, itiraz üzerine hakemlerce incelenecekmiş gibi yorumlansa da iptal davasında bu hususun gündeme gelme ihtimali gözetilerek, hakemlerin itiraz olmadan da elverişsizliği inceleyip bu konuda karar vermeleri, usul ekonomisi ilkesi açısından daha doğru olacaktır. Aksi durumda hakemler tahkime elverişsizliği re'sen gözetmezlerse ve yargılama sonucunda verilen hakem kararı iptal davasına da konu edilmezse⁶⁹, iptal davası sonucunda verilen karara karşı temyiz yoluna da başvurulamayacaktır (HMK m. 439/6). Böylelikle tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili verilen hakem kararı, mahkeme tarafından verilen kararlar gibi icra edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Çünkü örneğin, Finlandiya Tahkim Kanunu'nda⁷⁰ tahkime elverişli olmayan bir konuda verilen hakem kararları geçersiz kabul edilirken⁷¹, hukukumuzda böyle bir düzenleme yer almamaktadır.

Diğer taraftan, mahkeme kararlarında olduğu gibi HMK m. 443 hükmü gereğince hakem kararlarına karşı da yargılamanın iadesi yoluna başvurmak mümkündür. Nitekim HMK'nın 443. maddesinin 2. fıkrasında, yargılamanın iadesine ilişkin sebeplerden (HMK m. 375) hangilerinin tahkim hakkında uygulanacağı belirtilmiştir⁷². Ancak HMK m. 442/2'nin HMK'nın 375.

⁶⁹ Doktrindeki bir görüş tarafından, MTK'nın 15/B maddesi gereğince hakem kararlarının hemen icra edilemediği, bunun için asliye hukuk mahkemesinin icra edilebilirlik belgesi vermesi gerektiği ancak HMK'da böyle bir düzenleme olmadığı için hakem kararlarının verildikleri anda icra edilebilir olduğu ifade edilmiştir. Bu sebeple, iptal davası açılmayan hakem kararına konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının denetlenemediği, HMK'da hakem kararlarının derhal icra edilebilir durumda olmasının, bir denetimsizliği beraberinde getirdiği belirtilmiştir. Hakem kararının iptal davasına konu edilmemesi ya da iptal davası açma süresinin kaçırılmış olması sebebiyle, hakem kararları üzerinde herhangi bir denetimin yapılmasının mümkün olmayacağı vurgulanmıştır. Bu nedenle, HMK'da da MTK'daki sistemin kabul edilerek, hakem kararlarının icra edilebilmesi için icra edilebilirlik belgesinin alınmasının, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında verilen kararın icra edilememesi bakımından gerekli olduğu savunulmuştur (Özbek, "İcranın Ertelenmesi," 68-72. Ayrıca bkz. Okumuş, *Hakem Kararlarının İptali*, 221-222).

⁷⁰ Kanun metni için bkz. "Finnish Arbitration Act.," E.T. 30.03.2023, <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1992/en19920967.pdf>.

⁷¹ Mistelis ve Brekoulakis, *Arbitrability*, 115.

⁷² HMK m. 443/2 hükmünün, HMK m. 375/1'de düzenlenen yargılamanın iadesi sebeplerinden bazılarını atf yapmamış olması doktrinde eleştirilmiş ve bu durumun, mahkeme kararlarına karşı başvuru yargılamanın iadesi yolu ile hakem kararlarına karşı başvuru yargılamanın iadesi yolu arasında haksız bir farklılık yarattığı ve Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir (Budak, "Tahkim," 58-59).

maddesine yaptığı yollama gereğince tahkime elverişsizlik, yargılamanın iadesi sebepleri arasında yer almamaktadır. Şöyle ki, HMK m. 443/2'de, "Tahkimde, yargılamanın iadesi sebeplerinden sadece 375 inci maddenin birinci fıkrasının (b), (c), (e), (f), (g), (h), (ı) ve (i) bentleri uygulanır" denilmiş ancak sayılan bu bentlerden hiçbirinde tahkime elverişlilikle ilgili herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir.

Sonuç olarak, tahkime elverişsiz bir uyuşmazlık için tahkimde dava açılır ve bu husus yargılamada taraflarca ileri sürülmez ya da hakemlerce re'sen dikkate alınmaz ve iptal davasına da konu edilmezse artık bu karar⁷³, mahkeme kararları gibi icra edilecektir⁷⁴. Çünkü HMK'daki hükümler çerçevesinde, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili tahkimde dava açıldığında, taraflarca elverişsizlik ileri sürülmediği sürece, bunu re'sen dikkate alacak bir merci düzenlenmemiştir⁷⁵. Bu sebeple aslında tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında verilen hakem kararı hukuken varlığına devam edecektir⁷⁶. Hatta bu kararın yerine getirilmesi için cebri icraya dahi başvurulabilecektir⁷⁷. İcra prosedüründe, icra müdürünün de

⁷³ Böyle bir durumda, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında hakem kararı verildiğine ilişkin bir tespit davası açılabilir.

⁷⁴ Aynı yöndeki görüş için bkz. Okumuş, *Hakem Kararlarının İptali*, 209; Ceyda Süral, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası," *DEÜHFD* 16, Özel Sayı (2014): 1384. İptal davası dışında hâkimin, tahkime elverişliliği re'sen inceleyeceği başka bir aşama, HMK'ya tâbi tahkim yargılamasında mevcut değildir (Okumuş, *Hakem Kararlarının İptali*, 209, 222; Süral, "Hakem Kararlarının İcrası," 1382). Bu konuya ilişkin olarak doktrinde bir görüş tarafından, HMK m. 302/4 hükmü uyarınca mahkeme kararlarının kesinleştiğine ilişkin verilen şerhin, kıyasen hakem kararları için de uygulanmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir (Budak, "Tahkim," 57-58). Ancak karara kesinleşme şerhi verilirken, mahkeme sadece kanun yolu süresinin geçtiğini ya da kararın onandığını dikkate almakta, kararlar ilgili içerik denetimi yapmamaktadır. Hakem kararları için kıyasen HMK m. 302/4 hükmü kabul edilse bile mahkemenin, tahkime elverişliliği inceleme ve böyle bir durum söz konusu olduğunda kesinleşme şerhi vermeme gibi bir durum mümkün olmayacaktır (Süral, "Hakem Kararlarının İcrası," 1382).

⁷⁵ Aynı doğrultudaki görüş için bkz. Okumuş, *Hakem Kararlarının İptali*, 209, 222; Süral, "Hakem Kararlarının İcrası," 1382.

⁷⁶ Doktrinde bir görüş tarafından bu hususla ilgili olarak, tahkim yargılamasına konu edilemeyecek bir vakianın, hakem kararının kesin hüküm etkisi içinde değerlendirilemeyeceği ve tarafların söz konusu vakıya dayanarak devlet mahkemesinde tekrar dava açabilecekleri savunulmuştur (Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 753).

⁷⁷ Doktrindeki bir görüş, tahkime elverişli olmayan bir konuda verilen hakem kararının, icra takibinde şikâyete konu edilmesi durumunda bunun, şikâyet sebeplerine uygun

hakemler tarafından verilen kararın kanuna uygun olup olmadığını inceleme yetkisi yoktur⁷⁸. İşte böyle bir sorunun ortaya çıkmaması için her ne kadar HMK m. 422/1’de tarafların itirazı üzerine uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının hakemler tarafından inceleneceği düzenlenmişse de hem usul ekonomisi hem de hakemlerin tahkim yargılaması yapma yetkisine etki etmesi nedeniyle elverişliliğin, yargılamanın en başında hakemler tarafından re’sen dikkate alınması önem taşımaktadır⁷⁹. Böylelikle, hakemler tarafından verilen karar, iptal davasına konu edilmese bile uyuşmazlığın, en başta hakemler tarafından tahkime elverişliliğinin kontrolü yapılarak, daha sonra çıkabilecek bazı sorunların önüne geçilmiş olacaktır.

SONUÇ

Tahkim, uyuşmazlıkların çözümü için taraflarca başvuru olan bir yoldur. Ancak her uyuşmazlık tahkim yoluyla çözülememekte sadece tahkime elverişli olan uyuşmazlıklar tahkime konu edilebilmektedir. Tahkime elverişlilik kavramı, hangi tür uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğini ifade etmektedir. Objektif tahkime elverişlilik, uyuşmazlık konusunun, tahkimle çözümlenmesine uygun olmasını ifade ederken; sübjektif tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesine kimlerin taraf olabileceğine ilişkindir. Bu ikili ayrım dışında, tahkime tam ve kısmî elverişlilik, mutlak ve nispi elverişlilik ayrımları da yapılmaktadır.

olmadığı ancak kamu düzenine aykırılık gerekçesine dayanılarak süresiz şikâyet yoluna başvurulabileceğini ifade etmiştir (Süral, “Hakem Kararlarının İcrası,” 1383-1384. Aynı yöndeki görüş için bkz. Okumuş, *Hakem Kararlarının İptali*, 211. Ayrıca bkz. Özbek, “İcranın Ertelenmesi,” 70). Diğer taraftan, tahkime elverişsiz bir konuda verilen hakem kararının icrası yerine aynı uyuşmazlık hakkında bir dava açıldığında, hakem kararının yok hükmünde olup olmadığının, mahkeme tarafından tespit edileceği de ifade edilmiştir (Süral, “Hakem Kararlarının İcrası,” 1385. Ayrıca bkz. Özbek, “İcranın Ertelenmesi,” 70).

⁷⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 757; Süral, “Hakem Kararlarının İcrası,” 1384; Okumuş, *Hakem Kararlarının İptali*, 211.

⁷⁹ Doktrindeki bir görüşe göre hakemlerin, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı hakkında re’sen inceleme yapması, temel hukuk ve adalet ilkelerinin ihlali söz konusu olduğunda mecburidir. Ancak uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı incelenirken, sözleşme özgürlüğüne müdahale edecek ölçüde geniş yorum yapılmaması gerekir (Zeynep Feyza Eker Ayhan, *Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü: Karşılaştırmalı Bir Analiz* (İstanbul: Onikilevha, 2018), 81).

Hukukumuzda; Mecelle-i Ahkâmı Adliye’de, mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ve Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda tahkime elverişliliğe ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. HMK m. 408’de, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarla iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyeceği belirtilmiştir. HMK m. 422/1’de de hakemlerin, kendi yetkileri hakkında karar vermeleri düzenlenmiştir. Böylelikle, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında tahkimde dava açıldığında hakemler, kendi yetkileri hakkında karar verebileceklerdir. Ancak bu durum, HMK m. 422/1’deki düzenleme gereği tarafların itirazı üzerine mümkün olmakta, hakemler tahkime elverişsizliği re’sen dikkate alamamaktadır. Bu sebeple de tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında tahkime başvurulduğunda ve taraflar da tahkime elverişsizliğe itiraz etmediklerinde, hakemler yargılamaya devam edip bir karar vereceklerdir. Bu karar da tahkime elverişsizlik gerekçesiyle iptal davasına konu edilmediğinde kesinleşecektir. Kesinleşen hakem kararlarına karşı her ne kadar HMK’nın 443. maddesinin 2. fıkrasında, yargılamanın iadesine başvurulabileceği düzenlenmişse de yargılamanın iadesi sebepleri içerisinde (HMK m. 375) uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olmasına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bu durum da tahkime elverişsiz bir konuda verilen hakem kararının mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil etmesine ve icra edilmesine sebebiyet verecektir. Bu gibi sorunların ortaya çıkmaması için tahkime elverişlilik, tahkim yargılamasının yapılabilmesi için yargılamanın başında hakemlerce re’sen dikkate alınması gereken bir husus olarak değerlendirilmelidir. Böylece uyuşmazlık, yargılamanın daha en başında hakemlerin denetiminden geçerek, daha sonra ortaya çıkabilecek bazı sorunların önüne geçilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Aktepe Artık, Sezin. *Medeni Usûl Hukukunda Hakem Kararlarının İptali Sebepleri (HMK m. 439)*. İstanbul: Onikilevha, 2023.
- Alangoya, H. Yavuz. *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973.
- Alangoya, H. Yavuz, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. *Medenî Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta, 2011.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Yargılama Usulleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1960.
- Arslan, Ramazan ve Süha Tanrıver. *Yargı Örgütü Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2001.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Aydemir, Fatih. *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Bantekas, Ilias. *An Introduction To International Arbitration*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015.
- Bantekas, Ilias. "The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration." *Australian Year Book of International Law* 27, no. 1 (2008): 193-224.
- Bärtsch, Philippe ve Dorothee Schramm. *Arbitration Law of Switzerland: Practice and Procedure*. New York: JurisNet LLC, 2014.
- Bennett, Steven C. *Arbitration: Essential Concepts*. New York: ALM Media LLC, 2002.
- Bermann, George A. "The Gateway Problem in International Commercial Arbitration." *Yale Journal of International Law* 37, no. 1 (Winter 2012): 1-50.
- Bilge, Necip ve Ergun Önen. *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978.
- Born, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2012. (Law and Practice)
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

- Böckstiegel, Karl-Heinz. "Public Policy as a Limit to Arbitration and Its Enforcement." *Dispute Resolution International* 2, no. 1 (May 2008): 123-132.
- Budak, Ali Cem. "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri." *UTTDER* 1, S. 1 (2012): 31-60.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Adalet, 2021.
- Carbonneau, Thomas E. *Employment Arbitration*. New York: JurisNet LLC, 2006.
- Carbonneau, Thomas E. "The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreement." *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, no. 4 (October 2003): 1189-1232.
- Carbonneau, Thomas E. *The Law and Practice of Arbitration*. New York: JurisNet LLC, 2009.
- Carbonneau, Thomas E. ve Janson Francois. "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability." *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2, no. 1 (Spring 1994): 193-222.
- Carter, James H. ve John Fellas. *International Commercial Arbitration in New York*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Çelik, Nuri. "İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanamadıkça Geçerli Sayılması." *DEÜHFD* (Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan), Özel Sayı (2007): 17-30.
- Çelikel, Aysel ve B. Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 2017.
- Deren Yıldırım, Nevhis. *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*. İstanbul: Alkim, 2004.
- Dimolitsa, Antonias. "Separability and Kompetenz-Kompetenz." İçinde *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Editör: Albert Jan van den Berg, 217-256. Paris: ICCA Congress Series 9, 1998.
- Eker Ayhan, Zeynep Feyza. *Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü: Karşılaştırmalı Bir Analiz*. İstanbul: Onikilevha, 2018.
- Ekşi, Nuray. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*. İstanbul: Beta, 2019. (Tahkim)
- Ekşi, Nuray. *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*. İstanbul: Beta, 2000.
- Engelmann, Jan. *International Commercial Arbitration and the Commercial Agency Directive: A Perspective from Law and Economics*. Berlin: Springer, 2017.
- Erkan, Mustafa. "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi." *GÜHFD* 17, S. 1-2 (2013): 535-562.

- Eyüboğlu, Ceren. "Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği." *ABD*, S. 3 (2017): 227-241.
- Fortier, L. Yves. "Arbitrability of Disputes." İçinde *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Editörler: Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi ve Anne Marie Whitesell, 269-284. Paris: ICC Publishing, 2005.
- Gaillard, Emmanuel ve John Savage, ed. *On International Commercial Arbitration*. The Hague/Boston/London: Kluwer Law International, 1999.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin, 2009.
- Hanotiau, Bernard. "The Law Applicable to Arbitrability." İçinde *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Editör: Albert Jan van den Berg, 146-167. Paris: ICCA Congress Series 9, 1999.
- Hanotiau, Bernard ve Caprasse Olivier. "Arbitrability, Due Process, and Public Policy under Article V of the New York Convention-Belgian an French Perspectives." *Journal of International Arbitration* 25, no. 6 (December 2008): 721-742.
- Holtzmann, Howard M. ve Joseph E. Neuhaus. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2017.
- Huysal, Burak. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*. İstanbul: Vedat, 2010.
- İlhan, Hüseyin Afşın. *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*. Ankara: Adalet, 2016.
- Karafakih, İsmail Hakkı. *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1952.
- Karrer, Pierre A. ve Peter A. Straub. "Switzerland." İçinde *Practitioners Handbook on International Commercial Arbitration*, Editör: Frank-Bernd Weigand, 815-876. New York: Oxford University Press, 2009.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan, 2016.
- Kronke, Herbert, Patricia Nacimiento, Dirk Otto ve Nicola Christine Port. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.
- Kurkela, Matti S., Santtu Turunen ve Conflict Management Institute (COMI). *Due Process In International Commercial Arbitration*. New York: Oxford, 2010.

- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt VI*. İstanbul: Demir, 2001.
- Kuru, Baki. *Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt II*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Landolt, Phillip. "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz." *Journal of International Arbitration* 30, no. 5 (October 2013): 511-530.
- Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis ve Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Menon, Divyesh. "The Arbitrability of Consumer Disputes: Buyer Beware." *Bristol Law Review* 2013, (2013): 147-166.
- Mills, Alex. "Arbitral Jurisdiction." İçinde *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Editörler: Thomas Schultz ve Federico Ortino, 70-102. New York: Oxford University Press, 2020.
- Mistelis, Loukas A. ve Stavros L. Brekoulakis. *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.
- Mistelis, Loukas A. ve Julian D.M. Lew. *Pervasive Problems in International Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2006.
- Moses, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge, 2008.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. İstanbul: Vedat, 2015.
- Okumuş, Nagehan. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali*. İstanbul: Onikilevha, 2021.
- Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1979.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Tahkim Hukuku Cilt I*. Ankara: Yetkin, 2022. (Tahkim Hukuku)
- Özbek, Mustafa Serdar. "Yeni İcra ve İflâs Kanunu İçin Öneriler Işığında İlâmlı İcrada İcranın Ertelenmesi." *TNBD*, S. 1 (2018): 9-124. (İcranın Ertelenmesi)
- Park, William W. "Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration." *Brooklyn Journal of International Law* 12, no. 3 (1986): 629-674.
- Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: Onikilevha, 2017.

- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özeker. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Onikilevha, 2020.
- Pekcanitez, Hakan ve Ali Yeşilırmak. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Peters, Niek. *The Fundamentals of International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Maklu, 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat, 2015.
- Poudret, Jean-François ve Sébastien Besson. *Comparative Law of International Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Redfern, Alan ve Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2004.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2014.
- Rogers, Andrew. "Arbitrability." *Asia Pacific Law Review* 1, no. 2 (1992): 1-17.
- Sammartano, Mauro Rubino. *International Arbitration: Law and Practice*. New York: Juris, 2014.
- Sanders, Pieter. *Quo Vadis Arbitration?: Sixty Years of Arbitration Practice*. The Hague: Cambridge, 1999.
- Sarı, Mehmet. "Tahkime Elverişlilik." *THD*, S. 32 (Nisan 2009): 145-172.
- Selçuk, Seyhan. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Süral, Ceyda. "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası." *DEÜHFD* 16, Özel Sayı (2014): 1377-1411.
- Şanlı, Cemal. "Türkiye'de Tahkim ve ADR." *Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu Ankara*, (9-10 Ocak 2009): 167-176.
- Takavut, İbrahim Doğan. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar*. İstanbul: Onikilevha, 2018.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku Cilt II*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Taşkın, Âlim. *Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşması, Hakem Kurulu ve Tahkim Yargılaması*. Ankara: Yetkin, 2019.

- Taşpınar, Sema. *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin, 2001.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. “Bedensel Zararlarda Tahkim.” *İçinde Türkiye Barolar Birliği Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongresi*, Editörler: Necdet Basa ve Sema Uçakhan Güleç, 405-432. Kıbrıs: Türkiye Barolar Birliği, 2019.
- Uçum, Mehmet. “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar.” *İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı*, İstanbul: Legal, 2005.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Uzelac, Alan. “(In)arbitrability and Exclusive Jurisdiction.” *İçinde International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Editörler: Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis, Viscasillas P. Perales ve V. Rogers, 451-466. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1971.
- Yeşilova, Bilgehan. “Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine-Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak-Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1).” *DEÜHFD* (Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan) 11, Özel Sayı (2009): 739-818.
- Yücel, Müjgan. “Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakemin Kararlarının Kapsamı, İşe Başlatmama Halinde Tazminata Miktar Belirtmeden Karar Verilmesine İlişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı.” *MÜHFHAD* 14, S. 3 (2008): 75-287. (Fesih)
- Yücel, Müjgan. “İş Güvencesi Kapsamında ‘Özel Hakem Şartı’ (İş Kanunu Madde 20).” *LIHSGHD* 1, S. 4 (2004): 1346-1365. (Özel Hakem Şartı)

ÜRÜN GÜVENLİĞİ VE TEKNİK DÜZENLEMELER KANUNU'NDA YER ALAN ÜRÜN SORUMLULUĞU KURALLARI İLE ÜRÜN GÜVENLİĞİ KURALLARININ İLİŞKİSİ

*The Relationship Between Product Liability Rules and Product
Safety Rules Provided for in the Product Safety and
Technical Regulations Act*

Yasin Alperen KARAŞAHİN*

ÖZ

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, imalatçıları ve başka bazı iktisadî işletmecileri piyasada bulundurdukları tehlikeli ürünlerin kişiye ve eşyaya verdikleri zarardan kusur aramaksızın sorumlu tutmaktadır. Söz konusu kanun, ürün güvenliğine dair hükümler ile ürün sorumluluğuna dair hükümleri ortak kavramlara dayalı olarak ve iç içe geçmiş bir şekilde düzenlemiştir. Bu nedenle, ürün sorumluluğuna dair hükümler yorumlanırken ürün güvenliğine dair düzenlemelerin de dikkate alınması ve her iki hukuk alanına uygun olacak şekilde kanun hükümlerinin yorumlanması gereklidir. Ürün kavramının tanımında kullanılan “eşya” kelimesi “emtia” olarak anlaşılmalıdır. Ürün sorumluluğunun doğması için ürünün uygunsuz olması yerine tehlikeli olması (güvenli olmaması) şartı kabul edilmelidir. Ürün hem normal kullanımı hem de makul olarak öngörülebilir normal dışı kullanımı sırasında güvenli olmalıdır. Teknik düzenlemelere uygunluk sorumluluktan kurtuluş sebebi teşkil etmemektedir. Zarar gören, ürünün olağan veya makul olarak öngörülebilir olağandışı kullanımı sırasında zarara sebebiyet verdiğini ispat ederse, ürünün tehlikeli olduğu ve tehlike ile zarar arasında nedensellik bağı bulunduğu yönünde bir fiilî karine kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Ürün güvenliği, ürün sorumluluğu, tehlikeli ürün, güvenli olmayan ürün, ispat yükü.

Makalenin Geliş Tarihi: 17.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 11.10.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: yakarasahin@ku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3611-3627.

ABSTRACT

Product Safety and Technical Regulations Act holds manufacturers and certain other economic operators strictly liable for damage to a person or an item of property caused by dangerous products. In this act, product safety rules and product liability rules are based on the same concepts and intertwined with each other. Therefore, product safety rules must be considered when product liability rules are interpreted and a solution that is appropriate for both areas of law must be found when the provisions of the act are interpreted. In the legal definition of the concept “product”, the word “things” should be read as “goods”. In order to establish product liability, it should be required that the product should be dangerous (unsafe) instead of non-compliant. The product should be safe in the course of its ordinary as well as reasonably foreseeable conditions of use. Compliance with technical regulations is not a ground for exemption from liability. If the injured person proves that the product caused damage in the course of its ordinary or reasonably foreseeable use, there should be a factual presumption that the product is dangerous and that there is causal relationship between dangerousness of the product and damage.

Keywords: Product safety, product liability, dangerous product, unsafe product, burden of proof.

GİRİŞ

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu¹ (ÜGTDK veya Kanun), imalatçıları ve başka bazı iktisadî işletmecileri² piyasada bulundukları tehlikeli ürünlerin kişiye ve eşyaya verdikleri zarardan kusur aramaksızın sorumlu tutmaktadır. Ürün sorumluluğu olarak adlandırılan bu

¹ Kanun No: 7223, Kabul Tarihi: 05.03.2020 (RG, 12.03.2020, S. 31066).

² “İktisadî işletmeci: İmalatçı, yetkili temsilci, ithalatçı, dağıtıcı veya ilgili teknik düzenleme kapsamında ürünlerin imalatına, piyasada bulundurulmasına veya hizmete sunulmasına ilişkin sorumluluğu olan diğer gerçek veya tüzel kişileri [...] ifade eder” (ÜGTDK 3[f]). Kanun imalatçıların, ithalatçıların ve dağıtıcıların sorumluluğunu açıkça düzenlemiştir (ÜGTDK 6[1] ve 11[3]). Kanun’da açıkça öngörülme bile, imalatçının yetkili temsilcisi de sorumluluk altında kabul edilmelidir. Aksi takdirde, dağıtıcıların imalatçının yetkili temsilcisinin isim veya unvanı ile iletişim bilgilerini vererek sorumluluktan kurtulabilmesi (ÜGTDK 11[3]), zarar görenin tazminat talebini yöneltebileceği bir kişinin bulunmaması sonucunu doğuracaktır. Bu yönde M. Murat İnceoğlu, “Ürün Sorumluluğunda Sorumlular,” içinde *Ürün Sorumluluğu*, ed. Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 90-91.

kusursuz sorumluluk sebebi birçok incelemenin konusu olmuştur.³ Bu makalenin amacı, bu zamana kadar yapılan tespitleri ve eleştirileri tekrar etmek değildir. Kanunun ürün sorumluluğuna ve ürün güvenliğine dair hükümlerinin hem kendi içinde tutarlı hem de mümkün olan ölçüde bu alanların özelliklerine uygun olarak yorumlanması için bazı görüşler açıklanacak ve öneriler yapılacaktır.

I. ÜRÜN GÜVENLİĞİ VE ÜRÜN SORUMLULUĞU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

A. Ürün Güvenliği

1. Ürün Güvenliğinin Temel Yapısı

Ürün güvenliği (*product safety*), tehlikeli ürünlerin piyasada bulundurulmasına engel olmayı amaçlayan kamu hukuku⁴ dalıdır. Bu amaçla ürünlerin piyasaya arz edilmesinden önce devreye giren (ve ürünlerin piyasada bulunması süresince devrede kalan) bir denetim mekanizması oluşturulması gereklidir. Ancak, idarî makamların bütün ürünler hakkında ayrıntılı denetim ölçütleri belirlemesi ve piyasaya arz öncesinde bütün

³ Dursun Al, “7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Kapsamında Ürün Kavramı ve Üreticinin Sorumluluğu,” *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no. 169 (Eylül 2020): 1802-1814; Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal, ed., *Ürün Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022); Yeşim M. Atamer ve Gökçe Kurtulan Güner, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 2 (2021): 543-588; Seda Baş, “7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13, no. 52 (Ekim 2022): 349-382; Damla Özden Çelt, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu,” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (Ocak 2021): 73-114; Erhan Kanışlı, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, no. 3 (2020): 1413-1468; İlhan Kara, *İmalatçının Ürün Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021); Yıldırım Keser, *Ürün Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021); Pelin Oğuzer, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020); Cemre Polat, “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 4 (2021): 973-1041. Kanunun önceki tasarisına dair değerlendirmeler için bkz. Akın Ünal ve Arif Kalkan, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, no. 39 (Temmuz 2019): 45-82.

⁴ Kanışlı, “Ürün Güvenliği,” 1419; Keser, *Ürün Sorumluluğu*, 56; Ünal ve Kalkan, “Türk Hukukunda,” 56.

ürünleri bu ölçütlere uygunluk açısından denetlemesi mümkün gözükmemektedir. Bu sebeplerle, ürün güvenliği alanında basitleştirilmiş bir denetim usulü öngörülmüştür.

İdare, teknik düzenleme adı verilen düzenleyici işlemler ile ürünlerin uyması gereken temel gereklilikleri (*essential requirements*) belirlemektedir.⁵ İdare, bütün ürünleri bu temel gerekliliklere uygunluk açısından baştan değerlendirmemektedir. Ürünlerin tasarımının ve üretiminin ürün güvenliği kurallarına uygun olup olmadıkları özel kişiler tarafından kontrol ve teyit edilmektedir. Her ürün türüne mahsus teknik düzenlemede belirlenen denetim modülüne⁶ göre, ürünler imalatçının işletmesine dahil olan işletme içi akredite birim⁷ (*accredited in-house body*) veya imalatçı tarafından seçilen ve özel hukuk kişisi olan onaylanmış kuruluş⁸ (*notified body*) tarafından denetlenir. Denetim sonrasında üretimi ürün güvenliği kurallarına uygun bulunan ürünler için imalatçı AB uygunluk beyanı (*EU declaration of conformity*) düzenler ve ürünlerin üzerine CE işaretini koyar. CE işaretini taşıyan ürünler Avrupa piyasasına arz edilebilecektir. Ancak bu beyan ve işaret ürünün piyasaya arzının ön şartı olup ürünlerin idare tarafından denetlenmesine engel değildir (ÜGTDK 15 VI). İdare, Kanun'da belirlenen şekilde ürünleri denetleyebilir (ÜGTDK 16 I-II) ve teknik düzenlemede yer alan temel gerekliliklere uygun olmayan veya tehlikeli olan ürünler hakkında idarî tedbirler ve yaptırımlar uygulayabilir.

Teknik düzenlemede öngörülen temel gerekliliklere uygunluk, özel standardizasyon kuruluşları tarafından çıkarılan teknik standartlara uyma yoluyla sağlanabilir. Nitekim teknik standartlara uygunluk, ürün güvenliği kurallarına uygunluk karinesi doğurmaktadır.⁹ Dikkat edilmelidir ki, bu tür

⁵ Teknik düzenlemelere bir örnek için bkz. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği (RG, 02.06.2021, S. 31499 [Mükerrer]).

⁶ Denetim modülleri için bkz. Uygunluk Değerlendirme Yöntemleri Yönetmeliği (RG, 27.05.2021, S. 31493).

⁷ İşletme içi akredite birim hakkında düzenlemeler için bkz. Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği (RG, 27.05.2021, Sayı: 31493), m. 16.

⁸ Onaylanmış kuruluşlar, belli şartları yerine getiren ve idari bir kurum olan yetkili kuruluş (authorized body) tarafından AB Komisyonuna bildirilen uygunluk denetimi kuruluşlarıdır (conformity assessment body). Uygunluk değerlendirme kuruluşları ve onaylanmış kuruluşlar hakkında bilgi için bkz. Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği (RG, 27.05.2021, Sayı: 31493), m. 5 vd.

⁹ *The 'Blue Guide' on the implementation of EU products rules 2016* (Official Journal of the European Union [OJ], 26.07.2016, C272/1): 47. Türk mevzuatından örnek olarak bkz. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği 8(1) 1. cümle.

standartlara uyup uymama imalatçının tercihine kalmıştır. Ancak teknik standartlara uygun olmayan bir mamulün ürün güvenliği kurallarına uygun olduğunu ispat yükü imalatçıya aittir.¹⁰

2. AB Hukukunda Ürün Güvenliği Mevzuatı

Avrupa Birliği'nde ürün güvenliğine dair düzenlemelerin önemli bir kısmı sektöre özeldir. Bu tür düzenlemeler arasında kavram ve kural birliğini oluşturabilmek için, Yeni Yasama Çerçevesi (*New Legislative Framework*) adı verilen düzenlemeler¹¹ kabul edilmiştir.

Hakkında özel düzenleme olmayan ürünler ise, genel ürün güvenliği kurallarına tâbidir. Hâlihazırda 3 Aralık 2001 tarihli ve 2001/95/EC sayılı Genel Ürün Güvenliği Yönergesi yürürlüktedir. Ancak Avrupa Komisyonu 2021 yılında bir Taslak Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü yayınlamıştır.¹² Bu taslak kabul edilirse, 2001/95/EC sayılı Genel Ürün Güvenliği Yönergesi ilga edilecektir.

B. Ürün Sorumluluğu

1. Ürün Sorumluluğunun Amacı

Ürün güvenliği kuralları, tehlikeli ürünlerin piyasada bulunmasına kesin olarak engel olmaya elverişli değildir. Dolayısıyla tehlikeli bir ürünün piyasada bulunması ve kişilere zarar vermesi ile karşılaşılabilir.¹³ Bu durumda ürün sorumluluğu (*product liability*) devreye girmektedir. Ürün sorumluluğunun birincil işlevi, ortaya çıkan zararın telâfisidir. Bütün sorumluluk kuralları gibi, ürün sorumluluğuna dair kurallar da ikincil olarak

¹⁰ *The 'Blue Guide,'* 51.

¹¹ Yeni Yasama Çerçevesi üç düzenlemeden oluşmaktadır: Regulation (EC) No 765/2008 of 9 July 2008 setting out the requirements for accreditation and market surveillance relating to the marketing of products (OJ, 13.08.2008, L218/30); Decision No 768/2008/EC of 9 July 2008 on a common framework for the marketing of products (OJ, 13.08.2008, L218/82); Regulation (EU) 2019/1020 of 20 June 2019 on market surveillance and compliance of products (OJ, 25.06.2019, L 169/1).

¹² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on general product safety, 30.06.2021, COM (2021) 346 final.

¹³ Atamer ve Kurtulan Güner, "Ürün Güvenliği," 560; Pelin Oğuzer ve Başak Baysal, "Ürün Güvenliği ve Ürün Sorumluluğu Ekseninde Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri," içinde *Ürün Sorumluluğu*, ed. Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 127.

önleme işlevine¹⁴ sahiptir.¹⁵ Nitekim imalatçılar, ürünlerinden kaynaklanan tehlikeleri belirleyebilme ve engelleyebilme açısından idarî makamlara ve onaylanmış kuruluşlara nazaran daha iyi konumdadır. Üreticilerin ürünlerinin beklenen güvenlik düzeyine uygun olmaması nedeniyle zarar vermesi durumunda sorumlu olacaklarını bilmeleri, beklenen güvenlik düzeyine uygun ürün imal etmeleri için onları teşvik edici niteliktedir.

Avrupa Komisyonu'na göre ürün sorumluluğu bir "emniyet ağı" (*safety net*) teşkil etmektedir.¹⁶ Bu emniyet ağı sayesinde ürün güvenliği kurallarında basitleştirilmiş bir denetim mekanizması öngörülebilmektedir.¹⁷ Ürün sorumluluğunun bu işlevi, ürün sorumluluğu kurallarında ürün güvenliği kurallarına nazaran daha yüksek standartların kabulünü gerekli kılmaktadır.

2. AB Hukukunda Ürün Sorumluluğu Mevzuatı

AB hukukunda ürün sorumluluğu halihazırda 25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/374/EEC (AET) sayılı Ürün Sorumluluğu Yönergesi (ÜSY veya Yönerge) ile düzenlenmektedir. Ancak Avrupa Komisyonu, 28 Eylül 2022 tarihinde bir Taslak Ürün Sorumluluğu Yönergesi (Taslak Yönerge veya Taslak ÜSY) yayınlamıştır.¹⁸ Taslak Yönerge, Ürün Sorumluluğu Yönergesi'nin kabul yılı olan 1985'ten beri yaşanan gelişmeler nedeniyle ortaya çıkan yetersizlikleri giderme amacına hizmet etmektedir. Bu makale açısından önemli olan husus,

¹⁴ Sözleşme dışı sorumluluk hukukunun önleme işlevi hakkında genel açıklamalar için bkz. Heinz Rey ve Isabelle Wildhaber, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (Zürich, Basel ve Cenevre: Schulthess Juristische Medien, 2018), no. 14. Önleme işlevi özellikle kusura dayanan sorumluluk kurallarında ön plandadır. Ancak kusursuz sorumluluk kurallarının da bir ölçüde önleme işlevine sahip oldukları kabul edilmektedir. Rey ve Wildhaber, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, no. 15.

¹⁵ Norbert Reich, "Product Liability and Beyond: An Exercise in 'Gap-Filling'," *European Review of Private Law* 24, no. 3&4 (2016): 627; Gerhard Wagner, "Das neue Produktesicherheitsgesetz: Öffentlich-rechtliche Produktverantwortung und zivilrechtliche Folgen (Teil 1)," *Betriebsberater* 52, no. 49 (04.12.1997): 2492-2493.

¹⁶ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC), COM (2018) 246 final, 1 ve 8.

¹⁷ *The 'Blue Guide,'* 8.

¹⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products, 28.09.2022, COM (2022) 495 final.

Taslak Yönerge'nin ürün güvenliği mevzuatında kullanılan bazı kavramları ve tanımları¹⁹ ürün sorumluluğu alanına aktarmış olmasıdır.

II. ÜRÜN SORUMLULUĞU VE TEKNİK DÜZENLEMELER KANUNU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

ÜGTDK, Avrupa Birliğinin ürün güvenliğine ve ürün sorumluluğuna dair düzenlemelerini Türk hukukuna aktaran bir çerçeve kanun olma iddiasındadır.²⁰ Bu kanunun hazırlanmasının temel amacı, Avrupa Birliğinin Yeni Yasama Çerçevesi düzenlemelerini hukukumuzda aktarmaktır.²¹ Kanunda genel ürün güvenliğine sadece bir madde ayrılmıştır (ÜGTDK 5) ve bu alan bir yönetmelik²² ile düzenlenmiştir. Ürün sorumluluğuna dair kurallar ise, ürün güvenliğine dair kuralların arasına serpiştirilmiştir. Dolayısıyla, ürün güvenliğine dair hükümler ile ürün sorumluluğuna dair hükümler iç içe geçmiştir.²³ Bu nedenle, Kanun'un ürün sorumluluğuna dair hükümleri yorumlanırken, ürün güvenliği düzenlemelerinin de dikkate alınması zorunlu olmaktadır.

ÜGTDK, ürün güvenliğini ve ürün sorumluluğunu aynı kavramlarla düzenlemiş ve bu kavramlar için ortak tanımlar öngörmüştür (ÜGTDK 3). Bu durum, Taslak Ürün Sorumluluğu Yönergesi²⁴ ile kısmen uyumludur. Ancak, Taslak Yönerge'den farklı olarak, Kanun'da ürün güvenliğine dair düzenlemelerde kullanılan "uygunsuzluk" (*non-compliance*) kavramının ürün sorumluluğu alanında da esas alınması isabetli olmamıştır. Ayrıca, "ürün"

¹⁹ Bu kavramlar şöyle sıralanabilir: piyasaya arz (placing on the market), piyasada bulundurma (making available on the market), imalatçı (manufacturer), yetkili temsilci (authorized representative), ithalatçı (importer), dağıtıcı (distributor), iktisadi işletmeci (economic operator).

²⁰ Kanun teklifinin ilk imzacısı olan milletvekili tarafından meclis komisyonuna yapılan açıklamaya göre, "[t]eklifin öncelikle bir çerçeve yasa olarak göz önünde bulundurulması gerek[ir], çünkü asıl uygulama [...] bu yasaya göre çıkarılacak olan tebliğ ve yönetmeliklerle belirlenece[ktir]". İstanbul Milletvekili Hulusi Şentürk ile 95 Milletvekilinin Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Teklifi (2/2537) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 173, 22.

²¹ Kanun teklifinin genel gerekçesine göre, "Avrupa Birliği 2010 ve 2019 yıllarında yürürlüğe koyduğu yeni yatay mevzuat ile [ürün güvenliği alanında] önemli değişiklikler ve yenilikler yapmıştır" (İstanbul Milletvekili Hulusi Şentürk, 7). Burada kastedilen düzenlemeler Yeni Yasama Çerçevesi düzenlemeleridir. Yeni Yasama Çerçevesi düzenlemeleri için bkz. yukarıda dn. 11.

²² Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği (RG, 11.03.2021, S. 31420).

²³ Kanışlı, "Ürün Güvenliği," 1421.

²⁴ Bkz. yukarıda dn.18.

kavramı için verilen tanım da (hem ürün güvenliği hem de ürün sorumluluğu açısından) sorunludur. Bu meseleler ileride özel olarak ele alınacaktır.

ÜGTDK uyarınca ürün sorumluluğunu ele alan yazarlar, Kanun'un ürün sorumluluğuna dair hükümlerini Ürün Sorumluluğu Yönergesi ile uyumlu olacak şekilde yorumlamaya gayret etmektedir. Bu yöntem, kanun teklifinin gerekçesi ile kısmen desteklenebilir. Gerekçeye göre, ÜGTDK 6 hükmü "25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/374/AET sayılı Konsey Direktifi doğrultusunda hazırlanmaktadır".²⁵ Her ne kadar Kanun'un hükümleri gerekçede yer alan bu açıklamaya uygun olmasa da kanun koyucunun Ürün Sorumluluğu Yönergesi ile (de) uyum sağlama amacına sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle, Kanun'un ürün sorumluluğuna dair hükümlerinin Ürün Sorumluluğu Yönergesi ile uyumlu olacak şekilde yorumlanması, kanunun amacına – bir ölçüde – uygun düşmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki, Kanun AB hukukunun ürün güvenliği mevzuatı ile de uyum sağlama amacına sahiptir. Ürün güvenliği ile ürün sorumluluğunun ortak kavramlar ve kurallar ile düzenlenmesi nedeniyle, Kanun bu amaçların hepsine ulaşmaya elverişli değildir. Bir kuralın veya kavramın iki alanda da etkili olması durumunda, ürün güvenliği düzenlemelerine uygun şekilde yorum yapılması, Kanun'un genel yapısına ve temel amacına daha uygun olacaktır.

III. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

A. Genel Olarak

ÜGTDK 6 ve 23 II-III hükümlerine dayalı olarak ürün sorumluluğunun şartları şu şekilde belirlenebilmektedir:

- Bir ürün piyasaya arz edilmiş olmalıdır.
- Kanunun sözüne göre, ürün uygunsuz olmalıdır. Ancak bu şart öğretide ürünün hatalı olması olarak anlaşılmaktadır. Bu makalede savunulan görüşe göre ise, esas alınması gereken ölçüt ürünün tehlikeli olmasıdır.
- Kişiye veya tehlikeli ürün dışındaki bir eşyaya verilen zarar nedeniyle maddî veya manevî zarar doğmuş olmalıdır.²⁶
- Ürünün tehlikesi ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır.

²⁵ İstanbul Milletvekili Hulusi Şentürk, 10.

²⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. Erhan Kanışlı, "Ürün Sorumluluğunda Zarar," içinde *Ürün Sorumluluğu*, ed. Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 173 vd.

Açıklanan şartların ilk ikisi bu makalede daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

B. Ürünün Piyasaya Arz Edilmesi

Bu makalede özel olarak ele alınacak ilk şart, bir ürünün piyasaya arz edilmiş olmasıdır.

1. Ürün Kavramı

a. Genel Açıklamalar

ÜGTDK 3 (s) hükmüne göre ürün, “[h]er türlü madde, müstahzar veya eşyayı” ifade eder. Bu tanım, muhtemelen 765/2008 sayılı AB Tüzüğü’nün mülga²⁷ 15. maddesinin 4. fıkrasında yer alan tanımın bir kısmının hatalı bir tercümesidir. Sözü edilen hüküm, 765/2008 sayılı AB Tüzüğü’nün mülga 16. ila 26. maddelerinin uygulanması açısından ürün kavramını, belli ürünleri hariç bırakarak “bir imalat süreci sonucunda üretilen madde, [substance] müstahzar [preparation] veya emtia [good]” olarak tanımlamaktadır.

Tanımda geçen madde (*substance*) ve müstahzar (*preparation*) kavramları, Kimyasalların Kaydı, Değerlendirilmesi, Ruhsatlandırılması ve Sınırlandırılması Hakkındaki 1907/2006 sayılı AB Tüzüğü’nde²⁸ tanımlanmıştır.²⁹ 1907/2006 sayılı AB Tüzüğü’nün 3. maddesinin ilk bendine göre, “madde” (*substance*) “doğal hali ile veya imalat süreci sonunda elde edilen kimyasal elementler ve onların bileşimleri” anlamına gelir.³⁰ Bu tanım

²⁷ Kanunu hazırlayanların ürün kavramı tanımlanırken neden mülga bir hükmü esas aldıkları sorusu akla gelebilir. Bunun sebebi, Yeni Yasama Çerçevesi düzenlemelerinin yürürlükteki hükümlerinde ürün kavramının tanımlanmamasıdır. 765/2008 sayılı AB Tüzüğü’nün 15. ve devamı maddelerinde yer alan hükümler, Topluluk piyasasının denetlenmesinin çerçevesini ve Topluluk piyasasına giren ürünlerin kontrolünü düzenliyordu. Bu konu daha sonra 2019/1020 sayılı AB Tüzüğü ile düzenlenmiştir. 2019/1020 sayılı AB Tüzüğü, ürün kavramı için bir tanım vererek uygulama alanını belirlemek yerine, Ek I’de sayılan düzenlemelere konu olan ürünlere uygulandığını öngörmüştür.

²⁸ Regulation (EC) No 1907/2006 of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH) (OJ, 30.12.2016, L396/1).

²⁹ Thomas Klindt ve Carsten Schucht, “ProdSG § 2,” içinde *Produktesicherheitsgesetz*, ed. Thomas Klindt (Münih: Verlag Beck, 2021), no. 163.

³⁰ Tercüme, düzenlemenin İngilizce metni esas alınarak makalenin yazarı tarafından yapılmıştır.

dikkate alınarak “*substance*” kelimesinin “kimyasal madde” olarak tercümesi daha uygun olurdu. 1907/2006 sayılı AB Tüzüğü’nün 3. maddesinin 2. bendinin ilk hâline göre “müstahzar” (*preparation*) kavramı ise “*iki veya daha fazla kimyasal maddeden oluşan karışım veya çözelti*” anlamına gelmektedir.³¹ Dolayısıyla, “müstahzar” ile kastedilen kimyasal karışımlar ve çözeltilerdir. Bu nedenle, tercümenin “kimyasal müstahzar” şeklinde yapılması daha açıklayıcı olurdu.

İleride açıklanacağı üzere, doktrinde “madde” ve “müstahzar” kavramlarına farklı anlamlar yüklenebilmektedir. Ancak, kanun tasarısını hazırlayanlar muhtemelen doğrudan AB düzenlemelerini tercüme etmiştir. Gerçi kanun tasarısını hazırlayanların düşüncelerinin ne ölçüde kanun koyucunun iradesine yansıdığına ayrıca incelenmesi gerekir. Ayrıca, kanun koyucunun sübjektif iradesi – belirlenebilse bile – günümüzde kanunların yorumunda kullanılan tek araç değildir.³² Bu nedenle, kanun tasarısını hazırlayanların düşüncesinden ayrılan bir yorum yapılması elbette mümkündür. Ancak, ürün kavramının yorumunun sadece ürün sorumluluğu kurallarının değil, ürün güvenliği kurallarının da uygulama alanını etkilediğine dikkat edilmelidir. Ürün güvenliği kurallarının dikkate alınması, ürün kavramının mehzazına uygun olarak anlaşılması görüşünü desteklemektedir.

765/2008 sayılı AB Tüzüğü’nün mülga 15. maddesinin 4. fıkrasının İngilizce metninde kullanılan “*good*”, Almanca metninde kullanılan “*Ware*” ve Fransızca metninde kullanılan “*marchandise*” kelimeleri “*emtia*” anlamına gelmektedir.³³ ÜGTDK 3 (s) hükmünde ürün kavramı tanımlanırken “*emtia*” yerine “eşya” kelimesinin kullanılması ciddi bir hata teşkil etmektedir. Burada savunulan görüşe göre, Kanun yorumlanırken eşya kavramı yerine mehzazda kullanılan *emtia* kavramı esas alınmalıdır. Ürün kavramının ürün güvenliğine dair düzenlemelerde de kullanılması ve bu düzenlemelerin uygulama alanını da belirlemesi, bu şekilde yorum yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

³¹ Tercüme, düzenlemenin İngilizce metni esas alınarak makalenin yazarı tarafından yapılmıştır.

³² M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 25. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2019), n. 238 ve 256.

³³ Türk Hukuk Kurumu tarafından yayınlanan *Türk Hukuk Lûgatı*’nda “*emtia*” kelimesinin yabancı dillerdeki karşılıkları İngilizce “*goods, merchandise, ware, commodities*”, Almanca “*Ware*” ve Fransızca “*marchandise*” olarak verilmektedir. *Türk Hukuk Lûgatı* (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991), 85.

ÜGTDK 3 (s) hükmünde yer alan “ürün” tanımının (muhtemelen) mehzazını teşkil eden 765/2008 sayılı AB Tüzüğü’nün mülga 15. maddesinin 4. fıkrası, emtianın (*good*), kimyasal maddenin (*substance*) veya kimyasal müstahzarın (*preparation*) bir imalat süreci sonucunda üretilmiş olmasını aramaktadır. ÜGTDK 3 (s) ise böyle bir şart öngörmemiştir. Ancak, Kanun’da üretici yerine imalatçı kavramının kullanılmış olması, sadece imalat süreci sonucunda üretilen ürünlerin Kanun kapsamında olduğunu düşündürmektedir. Kanun tasarısını hazırlayanlar “imalatçı” kavramını bu şekilde bilinçli olarak kullanmamış olabilirler. Ancak, ürün güvenliği kurallarının sadece imal edilen ürünlere uygulanması söz konusu olduğundan,³⁴ ürün güvenliği kuralları açısından da önem taşıyan “ürün” kavramı, sadece imalat süreci sonunda üretilen ürünleri kapsar şekilde yorumlanmalıdır.³⁵ Doktrinde hâkim olan görüş ise aksi yöndedir.³⁶

b. Ürün Teşkil Edip Etmemesi Açısından Bazı Varlıkların İncelenmesi

Ürün kavramı için verilen tanımın mehzazının ortaya kon(a)maması,³⁷ doktrinde bu kavramın yorumuna dair birçok hususun tartışmalı olmasına yol açmıştır.

i. Taşınırlar ve Taşınmazlar

Ürün kavramı hakkındaki açıklamaların ve tartışmaların merkezinde eşya tabiri yer almaktadır. Kanun hükmünün sözüne göre yorum yapan ve eşya teriminin teknik anlamını esas alan yazarlar, taşınırların yanında taşınmazların da ürün sayılması görüşündedir.³⁸ Ancak, “eşya” kelimesinin mehzazına uygun

³⁴ Klindt ve Schucht, “ProdSG § 2,” no. 159.

³⁵ Bu yönde Keser, *Ürün Sorumluluğu*, 78.

³⁶ Al, “7223 Sayılı,” 1809; Çelt, “Ürün Sorumluluğunda,” 90; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer ve Markus Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), no. 1104; Kanışlı, “Ürün Güvenliği,” 1431 ve 1426 dn. 31.

³⁷ Kanun teklifinin 3. maddesinin gerekçesine göre “[t]anımlar [...] AB mevzuatı esas alınarak düzenlenmektedir” (İstanbul Milletvekili Hulusi Şentürk, 8). Ancak gerekçede hangi tanımın hangi AB mevzuatı esas alınarak yapıldığı açıklanmamaktadır.

³⁸ Keser, *Ürün Sorumluluğu*, 61; Kanışlı, “Ürün Güvenliği,” 1432 ve 1460; Esma Kıraç Adır, *Robotların Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 110; Tuğçe Oral, “Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararların Gideriminde Alternatif Bir Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün Sorumluluğu Kapsamında Tazmini,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72, no. 1 (2023): 128-129; Polat, “Türk ve Avrupa Birliği,” 984. Benzer yönde Sinan Okur, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Adalet Yayınları,

şekilde “emtia” olarak anlaşılması, ürün kavramının sadece taşınırları kapsadığının kabulünü gerektirmektedir. Nitekim Türk Hukuk Lûgatı’na göre, emtia “[t]icarette kullanılan bir terim olup, ticaretin mevzuunu teşkil eden her türlü menkul malları ifade eder”.³⁹

Aynı sonuç, farklı gerekçelere dayalı olarak başka yazarlar tarafından da savunulmuştur.⁴⁰ Çelt, kanun koyucunun “eşya” kelimesini teknik anlamı yerine günlük dildeki anlamı ile kullanmış olabileceğini belirtmiştir.⁴¹ Nitekim Türk Dil Kurumu’nun Güncel Türkçe Sözlüğü’nde⁴² eşya kelimesinin anlamı “[t]ürlü amaçlarla kullanılan, insan yapısı, taşınabilir cansız nesnelere” olarak verilmektedir. Al’a göre, Kanun’un hükümlerinde “ithalat” gibi kavramların kullanılması, kanun koyucunun ürün kavramını sadece taşınırları kapsayan bir anlamda kullandığını göstermektedir.⁴³

ii. Müstahzar (Kimyasal Karışım)

ÜGTDK 3 (s) bendinde geçen “müstahzar” kavramı, hükmün mehzazında “kimyasal karışım” anlamında kullanılmıştır. Mehzazın ortaya kon(a)maması nedeniyle, öğretide müstahzar kavramının anlamı mevzuatta ve sözlüklerde aranmıştır. İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu’nun 1. maddesine göre “[k]odekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir”. Türk Dil Kurumu tarafından yayınlanan Güncel Türkçe Sözlük⁴⁴ uyarınca ise, müstahzar kelimesinin anlamlarından biri “[ö]nceden hazırlanarak eczanede bulundurulmuş ticari ilaç”tır. Doktrinde müstahzar kavramı genellikle ilaç olarak anlamlandırılmıştır.⁴⁵

2021), 289. Yazar, ÜGTDK 3(s) hükmünde kullanılan eşya kavramına, eşya hukukunda verilen teknik anlamından daha da geniş bir anlam vermektedir. Yazara göre, ÜGTDK anlamında eşya, taşınır ve taşınmaz gibi maddî varlıkların yanında maddî olmayan varlıkları da kapsayan geniş bir anlama sahiptir. Okur, *Otonom Araçlarda*, 288-89.

³⁹ *Türk Hukuk Lûgatı*, 85.

⁴⁰ Bu yönde Atamer ve Kurtulan Güner, “Ürün Güvenliği,” 554.

⁴¹ Çelt, “Ürün Sorumluluğunda,” 89.

⁴² İnternet adresi: <sozluk.tdk.gov.tr>.

⁴³ Al, “7223 Sayılı,” 1808. Aynı yönde Çelt, “Ürün Sorumluluğunda,” 90.

⁴⁴ İnternet adresi: <https://sozluk.tdk.gov.tr/>.

⁴⁵ Çelt, “Ürün Sorumluluğunda,” 90; Keser, *Ürün Sorumluluğu*, 62 ve 85; Okur, *Otonom Araçlarda*, 291. Farklı bir görüş için bkz. Kanışlı, “Ürün Güvenliği,” 1432.

Bu makalede savunulan görüşe göre, müstahzar kavramına 1907/2006 sayılı AB Tüzüğü'nde tanımlanan şekilde "kimyasal karışım" (hükümün yürürlükteki haline göre "mixture", hükümün ilk haline göre "preparation") anlamı verilmelidir. Bu durumda müstahzar kavramı, emtia kavramına dahil olmaktadır. Bu nedenle, müstahzar kavramına emtia kavramının yanında neden yer verildiğinin sorulması söz konusu olabilir. 765/2008 sayılı Tüzük'ün ilk halinin 16. maddesinin 4. fıkrasında emtianın yanında müstahzar kavramına yer verilmesinin sebebi, AB hukukunda özel bir tüzük⁴⁶ ile düzenlenen kimyasal madde ve müstahzarlara (karışımlara) 765/2008 sayılı Tüzük'ün de uygulandığının açıklığa kavuşturulması olabilir.

iii. (Kimyasal) Madde

Doktrinde eşya kavramına teknik anlamını verenler, bu kavramın yanında ayrıca madde kavramına yer verilmesine anlam vermede zorluk yaşamıştır. Madde kavramına da sadece sözlük anlamı verilebilmiştir. Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'ne göre, madde "[d]uyularla algılanabilen nesne" anlamına gelmektedir. Bu konuda ileri sürülen bir görüş, hukuken eşya teşkil etmeyen nesnelere de madde olmaları nedeniyle ürün kavramına dahil edildikleri yönündedir.⁴⁷ Bu bağlamda sadece bütünleyici parçalar akla gelmiştir.⁴⁸ Nitekim, bütünleyici parçalar, hukuken ayrı birer eşya teşkil etmemelerine rağmen madde kelimesinin sözlük anlamına uymaktadır.

Önceki kısımlarda açıklanan gerekçelerle, bu makalede madde tabirine kimyasal madde anlamı verilmektedir. Bir taşınmazın veya başka bir taşınırın bütünleyici parçası hâline gelen ve bağımsızlıklarını yitiren taşınırın ürün sayılmaya devam etmesi ise, başka gerekçelere dayandırılmaktadır.⁴⁹

iv. Hammadde ve İşlenmemiş Tarım Ürünleri

Kanun'da verilen ürün tanımı, hammaddeyi ve işlenmemiş tarım ürünlerini de kapsayacak bir söze sahiptir. Ancak, ÜGTDK 6 I hükmünde sorumlu kişiler olarak imalatçının öngörülmesi, sadece imalat sürecinden geçen ürünler için sorumluluk olduğunu düşündürmektedir. Mehzada ürün kavramı tanımlanırken bir imalat süreci sonunda üretimin şart koşulması⁵⁰ da

⁴⁶ Bkz. yukarıda dn. 28.

⁴⁷ Keser, *Ürün Sorumluluğu*, 62; Polat, "Türk ve Avrupa Birliği," 985-986.

⁴⁸ Polat, "Türk ve Avrupa Birliği," 985-986.

⁴⁹ Bkz. aşağıda III, B, 1, b, v.

⁵⁰ Bkz. yukarıda III, B, 1, a.

bu görüşü desteklemektedir. Bu sonucun kabulü halinde, ÜGTDK 6 ile getirilen sorumluluk Ürün Sorumluluğu Yönergesi ile kabul edilen sorumluluktan daha dar bir uygulama alanına sahip olmaktadır. Ancak Kanun'un ürün sorumluluğuna dair düzenlemelerinin yanında ürün güvenliğine dair hükümlerinde de "ürün" kavramının kullanılması, bu kavramın dar yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde, hammaddelerin ve işlenmemiş tarım ürünlerinin ürün güvenliği kurallarına tabi olduğunun kabulü gerekirdi. Halbuki ürün güvenliği kurallarının bu tür taşınırlara uygulanması, bu kuralların niteliğine uygun düşmemektedir.

v. Taşınmazın Bütünleyici Parçası Hâline Gelen Taşınırlar

ÜGTDK ile düzenlenen ürün sorumluluğu açısından belirleyici olan, ürünün piyasaya arz anında emtia teşkil etmesi ve taşınır olmasıdır. Emtia, piyasaya arzından sonra bir taşınmazın (veya başka bir taşınırın) bütünleyici parçası hâline getirilse, dolayısıyla eşya hukuku açısından artık (ayrı bir) taşınır teşkil etmese bile, sorumluluk hukuku açısından ürün teşkil etmeye devam edecektir.⁵¹ Bu durum şaşırtmamalıdır. Sorumluluk kuralları, aynı haklara dair kurallardan farklı ölçütler kullanabilmektedir. Mesela bir taşınmazın eklentisi olması nedeniyle taşınmazdan ayrı aynı hak konusu olan bir taşınır, TBK 69 hükmüne göre sorumluluk belirlenirken yapının bir parçası olarak kabul edilebilmekte ve eklentinin maliki olmayan taşınmaz malikinin sorumlu olmasına yol açabilmektedir.⁵²

vi. Yazılımlar

Kanun'un sözünde geçen eşya tabirine teknik anlamının verilmesi durumunda, herhangi bir nesnede tecessüm etmeyen yazılımları ürün olarak

⁵¹ Al, "7223 Sayılı," 1808; Kanışlı, "Ürün Güvenliği," 1431.

⁵² Roland Brehm, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen* (Bern: Stämpfli Verlag, 2021), Art. 58 no. 44a; Walter Fellmann ve Andrea Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Cilt I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG* (Bern: Stämpfli Verlag, 2012), no. 924; Martin A. Kessler, "Art. 58," içinde *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand (Basel: Helbing Lichtenhanhn, 2015), no. 12; Karl Oftinger ve Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Cilt II/1: Besonderer Teil, Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung*, (Zürich: Schulthess, 1995), § 19 no. 42; Rey ve Wildhaber, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, no. 1225.

kabul etmemek gerekir.⁵³ Ancak Türk doktrininde ağır basan görüş, farklı gerekçelere dayandırılmakla birlikte, yazılımları ürün olarak kabul etme yönündedir.⁵⁴

Bu makalede eşya tabiri mehaza uygun şekilde emtia olarak anlaşılmaktadır. Emtia sadece cismanî (maddî) varlıklar için kullanılan bir kavramdır.⁵⁵ Bu nedenle, herhangi bir nesnede mündemiç olmayan (saf) yazılımlar ürün sayılmazlar.⁵⁶ Buna mukabil, bir nesnede mündemiç olan ve o nesnenin işlevini yerine getirmeye hizmet eden yazılımlar, o nesne ile beraber ürün teşkil ederler.⁵⁷

Herhangi bir nesnede mündemiç olmayan yazılımların ürün sayılmaması, hükmün mehazının yanında, ürün güvenliği kurallarının niteliklerinin sadece cismanî (maddî) varlıklara uygun düşmesi⁵⁸ ile de desteklenebilir. Zira ürün güvenliği kuralları sadece cismanî (maddî) varlıklara uygulanmaya uygun niteliktedir. Ayrıca, burada savunulan görüş, Ürün Sorumluluğu Yönergesi'nin sorumluluk düzenine de uygundur. Her ne kadar doktrinde

⁵³ Bu yönde Polat, "Türk ve Avrupa Birliği," 987-988.

⁵⁴ Atamer ve Kurtulan Güner, "Ürün Güvenliği," 556; Kanışlı, "Ürün Güvenliği," 1434; Okur, *Otonom Araçlarda*, 288-289. Açık olmamakla beraber muhtemelen bu yönde Kiraç Adır, *Robotların*, 122.

⁵⁵ Almanca "Ware" kavramı açısından aynı yönde Klindt ve Schucht, "ProdSG § 2," no. 150; Alexander Falk, "§ 2 ProdSG," içinde *Nomos Kommentar, Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht*, ed. Philipp Ehring ve Jürgen Taeger (Baden-Baden: Nomos, 2022), no. 139.

⁵⁶ Alman Ürün Güvenliği Kanunu'nun (Gesetz über die Bereitstellung von Produkten auf dem Markt) (Produktsicherheitsgesetz) (ProdSG) § 2 hükmünün 22. bendinde yer alan ürün tanımı açısından bu yönde Falk, "§ 2 ProdSG," no. 139; Klindt ve Schucht, "ProdSG § 2," no. 165.

⁵⁷ Günümüzde birçok ürün, işlevlerini yerine getirebilmek için bir yazılıma (embedded software) ihtiyaç duymaktadır. Bu tür ürünlerin yazılımı da ürün kavramına dahil olmaktadır. Alman Ürün Güvenliği Kanunu'nun (dn. 56) § 2 hükmünün 22. bendinde yer alan ürün tanımı açısından bu yönde Falk, "§ 2 ProdSG," no. 141; Klindt ve Schucht, "ProdSG § 2," no. 164a. Ürün Sorumluluğu Yönergesi açısından aynı yönde Tiago Sérgio Cabral, "Liability and artificial intelligence in the EU: Assessing the adequacy of the current Product Liability Directive," *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 27, no. 5 (2020): 619; Charlotte de Meeus, "The Product Liability Directive at the Age of the Digital Industrial Revolution: Fit for Innovation?" *Journal of European Consumer and Market Law* 8, no. 4 (2009): 150-151; Gerhard Wagner, "Liability Rules for the Digital Age," *Journal of European Tort Law* 13, no. 3 (2022): 201.

⁵⁸ Falk, "§ 2 ProdSG," no. 139.

olması gereken hukuk açısından sorgulansa da, yaygın kanaate göre, hâlen yürürlükte olan Yönerge anlamında ürün teşkil edebilmesi için yazılımın bir nesnede mündemiç olması şarttır.⁵⁹ Ancak bu vesileyle belirtilmelidir ki, 2022 yılında yayınlanan Taslak Ürün Sorumluluğu Yönergesi'nin⁶⁰ 4(1) hükmünde yazılımlar da, bir nesnede mündemiç olup olmadıkları açısından ayrı yapılmaksızın, açıkça ürün kavramına dahil edilmiştir.

2. Piyasaya Arz Kavramı

Ürün sorumluluğunun doğabilmesi için ürün piyasaya arz edilmiş olmalıdır. Kanun'a göre piyasaya arz “[ü]rünün piyasada ilk kez bulundurulmasını” ifade eder (ÜGTDK 3 [k]). Piyasada bulundurma ise, “[ü]rünün ticari faaliyet yoluyla, bedelli veya bedelsiz olarak dağıtım, tüketim veya kullanım için piyasaya sağlanması” anlamına gelmektedir (ÜGTDK 3 [i]). Piyasada bulundurmanın özel bir türü olan piyasaya arz, ürünün imalatçılar veya ithalatçılar tarafından piyasaya sağlanmasıdır.⁶¹ Bu kavramlar, ilk olarak ürün güvenliğine dair düzenlemelerde kullanılmıştır.⁶² Ancak Taslak Ürün Sorumluluğu Yönergesi de bu kavramları kullanmaktadır.

⁵⁹ Cabral, “Liability and artificial intelligence,” 619-620. Doktrinde yaygın olan görüşe göre, yazılımın cismanî bir taşıyıcı (mesela DVD) ile aktarılması durumunda yazılım ürün niteliğindedir. Gert Brüggemeier, *International Encyclopedia of Laws, Tort Law, European Union* (Wolters Kluwer, 2018), no. 394; Daily Wuyts, “The Product Liability Directive – More than two Decades of Defective Products in Europe,” *Journal of European Tort Law* 5, no. 1 (2014): 5-6. Bu görüşü kabul edenler, yazılımın nesnenin işlevini yerine getirmesine hizmet edip etmemesine göre bir ayırım yapmamaktadır. Ancak, Avrupa Birliği Adalet Divanının 10 Haziran 2021 tarihli VI v. *Krone Verlag Gesellschaft mbH & Co KG* kararı (ECLI:EU:C:2021:298) sonrasında bu görüşün savunulması güçtür. Wagner, “Liability Rules,” 200-201. Söz konusu karara göre, bir gazetede verilen yanlış bilgiler gazeteyi hatalı bir ürün haline getirmez. Bu kararın açıklanması için bkz. Piotr Machnikowski, “Product Liability for Information products?: The CJEU Judgment in VI/KRONE -Verlag Gesellschaft mbH & Co KG, 10 June 2021 [C-65/20],” *European Review of Private Law* 30, no. 1 (2022): 191 vd. Karardaki yaklaşım esas alınır, bir DVD ile aktarılan yazılım hatalar içerse bile, yazılımın üreticisi ve (ondan farklı ise) DVD'nin üreticisi sorumlu olmayacaktır. Wagner, “Liability Rules,” 200-201.

⁶⁰ Bkz. yukarıda dn. 18.

⁶¹ *The 'Blue Guide,'* 18.

⁶² Piyasaya arz (placing on the market) ve piyasada bulundurma (making available on the market) kavramları için bkz. Regulation (EU) 2019/1020 of 20 June 2019 on market surveillance and compliance of products, (OJ, 25.06.2019, L 169/1), m. 3 (1)-(2).

Avrupa Komisyonuna göre, ürünün imalat sürecinin bitmesinden sonra mülkiyetinin veya zilyetliğinin devri ya da bir sınırlı aynî hak konusu yapılması hususunda öneriye davet yapılması, ürünün piyasaya sağlanması anlamına gelmektedir. Mesela ürün hakkında reklam kampanyası yürütülmesi ürünün piyasaya sağlanması olarak kabul edilmektedir. Avrupa Komisyonuna göre ürünün teslimi şart değildir.⁶³ Ancak, Alman doktrininde bu görüş eleştirilmektedir⁶⁴ ve ürünün piyasaya sağlanması şartının yerine gelmesi için onun dolaysız zilyetliğinin devri gerekli görülmektedir.⁶⁵

Piyasaya sağlama, ürünün dağıtımı, kullanılması veya tüketilmesi için yapılmış olabilir. Sağlamanın hâkimiyet altında bulundurulmuş bir şirkete yapılması fark yaratmamaktadır. Dolayısıyla, imalatçı şirket ürünü dağıtıma sokulması için yavru şirketine teslim ederse, ürün piyasaya arz edilmiş olmaktadır.⁶⁶

C. Ürünün “Uygunsuz” (Hatalı veya Tehlikeli) Olması

1. “Uygunsuzluk” Şartının Söze Göre Yorumu

ÜGTDK 6 II, imalatçının ve ithalatçının sorumlu olması için ürünün uygunsuz olması aramaktadır. Kanun’da uygunsuzluk “[ü]rünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama halî” olarak tanımlanmıştır (ÜGTDK 3 [r]). Bu tanıma göre, bir ürün hakkında teknik düzenleme var ve ürün teknik düzenlemeye uygun ise, ürün uygunsuz olmayacaktır. Dolayısıyla, kanun hükümlerinin sözü esas alınır, böyle bir ürün zarara yol açsa bile ürün sorumluluğu doğmayacaktır.⁶⁷ Ancak, Kanun’un 21. maddesinin dikkate alınması, bu sonucun kabulüne engel olmaktadır. Buna göre, “[i]malatçı veya ithalatçı [...] [ü]ründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığını ispatladığı takdirde” (ÜGTDK 21 II [c]) “6[']ncı maddede belirtilen tazminat sorumluluğu ortadan kalkar” (ÜGTDK 21 III 1. cümle). Bir ürün hakkında teknik düzenleme varsa, ürünün

⁶³ *The ‘Blue Guide,’* 17-18. Rehber, öneri (offer) tabirini kullanmaktadır. Ancak, verilen örnekler, teknik anlamda öneri (icap) örnekleri olmayıp öneriye (icaba) davet teşkil etmektedir.

⁶⁴ Klindt ve Schucht, “ProdSG § 2,” no. 30a.

⁶⁵ Klindt ve Schucht, “ProdSG § 2,” no. 27; Julia Heuser, “ProdSG § 2,” içinde *Nomos Kommentar, Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht*, ed. Philipp Ehring ve Jürgen Taeger (Baden-Baden: Nomos, 2022), no. 26.

⁶⁶ Klindt ve Schucht, “ProdSG § 2,” no. 32; Heuser, “ProdSG § 2,” no. 26.

⁶⁷ Bu yönde Kıraç Adır, *Robotların*, 136-137; Oğuzer, *Avrupa Birliği*, 67-68 ve 84-85; Oğuzer ve Baysal, “Ürün Güvenliği,” 120-121 ve 127.

uygunsuz olması teknik düzenlemelere aykırı olması anlamına gelmektedir. Böyle bir ürünün teknik düzenlemelere uygun olarak üretilmesinden söz edilmesi çelişkilidir.⁶⁸ Bu çelişkinin bertaraf edilmesi için, ÜGTDK 6 ve 21 II hükümlerinde kullanılan “uygunsuzluk” ölçütünün başka bir ölçüt ile ikame edilmesi zorunludur. Ölçüt olarak “hata” veya “tehlikelilik” kavramlarının kullanılması gündeme gelebilir.

2. Hata Kavramı

Doktrinde hâkim görüşe göre, ÜGTDK 6 ve 21 II hükümlerinde kullanılan “uygunsuzluk” ibaresi Ürün Sorumluluğu Yönergesi'nin 6. maddesi anlamında “hata”⁶⁹ (*defect*) (*Fehler*) olarak anlaşılmalıdır.⁷⁰

Yönerge'nin 6. maddesinde hata şöyle tanımlanmaktadır:⁷¹

1. Bir ürün, bütün hâl ve şartlar, özellikle

(a) ürünün sunumu,

(b) ürünün makul olarak öngörülebilir kullanım şekli,

(c) ürünün dolaşıma sokulma anı

⁶⁸ Benzer yönde Polat, “Türk ve Avrupa Birliği,” 999.

⁶⁹ Doktrinde “hata” yerine “ayıp” terimini kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yönde Tuba Akçura Karaman, *Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 14-17 ve 189-193; Al, “7223 Sayılı,” 1804; Oğuz Sadık Aydos, *Ürün Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 148 vd.; Fulya Erlüle, “Yapımcının Sorumluluğu,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14, no. 4 (2008): 319; Çiğdem Kırcı, *Ürün Sorumluluğu* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007), 125-129; Emrah Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009), 35 vd.; Okur, *Otonom Araçlarda*, 377-380; Polat, “Türk ve Avrupa Birliği,” 989; Betül Tiryaki, “Avrupa Konseyi'nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi'ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, no. 2 (2006): 238. Akçura Karaman, ayıp kavramını “uygunluk ayıbı” ve “güvenlik ayıbı” olarak ikiye ayırmaktadır. Yazar bu ayrımı, Fransız hukukundaki “défaut de la conformité” (uygunluk ayıbı) ve “défaut de la sécurité” (güvenlik ayıbı) kavramlarına dayandırmaktadır. Bkz. Akçura Karaman, *Üreticinin*, 13 dn. 34.

⁷⁰ Atamer ve Kurtulan Güner, “Ürün Güvenliği,” 563-566; Çelt, “Ürün Sorumluluğunda,” 91-93; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 506-507; Kanışlı, “Ürün Güvenliği,” 1436.

⁷¹ Bu tercüme, Yönerge'nin İngilizce metni esas alınarak makalenin yazarı tarafından yapılmıştır.

dikkate alındığında, kişilerin beklemede haklı oldukları güvenliği sağlamıyorsa hatalıdır.

2. Bir ürün, sadece sonradan daha iyi bir ürünün dolaşıma sokulduğu gerekçesi ile hatalı kabul edilemez.⁷²

Haklı güvenlik beklentileri belirlenirken “bütün hâl ve şartlar” dikkate alınacaktır. Bu makale açısından özel önem taşıyan husus ürün güvenliği kurallarıdır. Kişilerin haklı beklentisi, piyasada bulunan ürünlerin ürün güvenliği kurallarına uygun olması yönündedir. Dolayısıyla, ürün güvenliği kurallarına uygun olmayan bir ürün, ürün sorumluluğu alanında hatalı bir ürün olarak kabul edilecektir.⁷³ Ancak, ürün güvenliği kuralları, haklı güvenlik beklentilerine üst sınır getirmemektedir. Aksine, ürün güvenliği kuralları sadece ürünün piyasada bulundurulabilmesi için uyulması gereken asgari güvenlik düzeyini belirlemektedir.⁷⁴ Dolayısıyla, ürün güvenliği kurallarına uygun bir ürün de hatalı bir ürün teşkil edebilir.

Bu makale açısından dikkate alınması gereken diğer bir husus, Yönerge’de ürünün sadece normal kullanım şeklinin değil, makul olarak öngörülebilir kullanım şeklinin de dikkate alınmasıdır. Dolayısıyla, bir ürün, normal olmayan, ancak üretici tarafından yine de makul olarak öngörülebilir kullanım şeklinde de haklı güvenlik beklentilerini karşılamalıdır.⁷⁵ Mesela bir oyuncağın normal kullanım şekli, onunla belli bir şekilde oynanmasıdır. Buna mukabil, oyuncakların çocuk tarafından ağza atılması ve yutulmaya çalışılması, yanlış olsa da üretici tarafından makul olarak öngörülebilir bir

⁷² Bu hükümde yer alan ölçütler hakkında Türkçe açıklamalar için özellikle bkz. Ayşe Havutçu, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2005), 71-76; Kırcı, *Ürün Sorumluluğu*, 134-145; Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu*, 43-50. Ayrıca bkz. Atamer ve Kurtulan Güner, “Ürün Güvenliği,” 564-565; Aydos, *Ürün Sorumluluğu*, 154-155; Kanişlı, “Ürün Güvenliği,” 1437-1438; Polat, “Türk ve Avrupa Birliği,” 991-992.

⁷³ Ancak Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesinin aksi yönde bir kararı vardır: *Tesco Stores Ltd v. Pollard*. Bu karar hakkında açıklamalar için bkz. Duncan Fairgrieve ve Geraint Howells, “Rethinking Product Liability: A Missing Element in the European Commission’s Third Review of the European Product Liability Directive,” *The Modern Law Review* 70, no. 6 (Kasım 2007): 973.

⁷⁴ Bütün paragraf için bkz. Wuyts, “Product Liability Directive,” 19. Açıklanan görüş doktrinde hâkim olsa da, AB üyesi devletlerin ulusal mahkemelerinin bu konuda farklı kararlar verebildikleri belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Fairgrieve ve Howells, “Rethinking Product Liability,” 973-974.

⁷⁵ Brüggemeier, *International Encyclopedia of Laws*, no. 402; Wuyts, “Product Liability Directive,” 20-21.

kullanım şeklidir.⁷⁶ Oyuncaklar, bu tür durumlarda da haklı güvenlik beklentilerini karşılamalıdır.⁷⁷

Ürünlerin hatası, üretim (fabrikasyon) hatası (*manufacturing defect*) (*Fabrikationsfehler*), tasarım hatası (*design defect*) (*Konstruktionsfehler*) ve bilgilendirme veya talimat hatası (*instruction/warning defect*) (*Instruktionsfehler*) olarak üçe ayrılabilir. ABD hukukunda bu ayrım kullanılmakta ve hatanın türüne göre sorumluluğun şartları farklı belirlenmektedir.⁷⁸ Yönerge'nin 6. maddesinde ise, hatanın türleri arasında bu tür bir ayrım yapılmamaktadır.⁷⁹ Buna rağmen, AB hukukuna dair yayınlarda da söz konusu üçlü ayrım kullanılabilir.⁸⁰ Söz konusu ayrımın açıklanması, hata kavramının anlaşılabilmesi ve hatanın örneklerinin görülmesi açısından faydalı olmaktadır.

Üretim hatası, seri üretim yoluyla imal edilen ürünlerden birinin veya bir kısmının serideki ürünlerin kalan kısmının güvenlik standardından düşük niteliklere sahip olması nedeniyle oluşan hatadır.⁸¹ Üretim sürecinde en üst düzeyde özen gösterilse bile, seri üretimde belli oranda ürünün özürlü olması

⁷⁶ Aydos, *Ürün Sorumluluğu*, 155; Polat, "Türk ve Avrupa Birliği," 991.

⁷⁷ Thomas Verheyen, "Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ," *European Review of Private Law* 26, no. 1 (2018): 122.

⁷⁸ Hans Claudius Taschner, "Product liability: basic problems in a comparative law perspective," içinde *Product Liability in Comparative Perspective*, ed. Dundan Fairgrieve (New York: Cambridge University Press, 2005), 157-158.

⁷⁹ Duncan Fairgrieve, Geraint Howells ve Marcus Pilgersdorfer, "The Product Liability Directive: Time to get Soft?" *Journal of European Tort Law* 4, no. 1. (2013): 6; Mathias Reimann, "Product Liability in a Global Context: the Hollow Victory of the European Model," *European Review of Private Law* 11, no. 2 (2003): 139; Mathias Reimann, "Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard," *American Journal of Comparative Law* 51, no. 4 (Güz 2003): 770; Marta Santos Silva, Duncan Fairgrieve, Piotr Machnikowski, Jean-Sébastien Borghetti, Anne L. M. Keirse, Pedro Del Olmo, Eleonora Rajneri, Christoph Schmon, Vibe Ulfbeck, Vera Vallone ve Robert Zech, "Relevance of Risk-benefit for Assessing Defectiveness of a Product: A Comparative Study of Thirteen European Legal Systems," *European Review of Private Law* 29, no. 1 (2021): 93.

⁸⁰ Fairgrieve ve Howells, "Rethinking Product Liability," 967; Santos Silva, Fairgrieve, Machnikowski, Borghetti, Keirse, Del Olmo, Rajneri, Schmon, Ulfbeck, Vallone ve Zech, "Relevance of Risk-benefit," 127.

⁸¹ Gerhard Wagner, "ProdHaftG 3," içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Cilt VII: Schuldrecht, Besonderer Teil IV, ed. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limpering (Münih: Verlag C. H. Beck, 2020), no. 42.

kaçınılmazdır.⁸² Bu durumda, hatalı ürün(ler) ürünün tasarımına uygun olarak imal edilmemiş olmaktadır. ABD hukukunda bir ürünün tasarımdan sapması başlı başına hata olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, ürünün tasarımı ve aynı serideki ürünlerin nitelikleri hatanın ölçütünü teşkil etmektedir. AB hukukunda ise, hatanın ölçütü haklı güvenlik beklentilerinin karşılanmamasıdır. Bir görüşe göre, kişiler bütün ürünlerin tasarımına uygun üretilmesi ve özürle olmaması yönünde haklı bir beklentiye sahiptir. Dolayısıyla, tasarımdan sapma – ABD hukukundaki gibi – başlı başına hata teşkil eder.⁸³ Buna mukabil, başka bir görüşe göre, kişilerin haklı güvenli beklentileri ürünün tasarımından daha düşük düzeyde olabilir. Dolayısıyla bir ürün tasarımına uygun olarak imal edilmese ve aynı serideki başka ürünlerden daha düşük niteliklere sahip olsa bile, kişilerin haklı güvenlik beklentilerini karşılayabilir ve bu durumda hatalı kabul edilmeyecektir.⁸⁴

Tasarım hatası, ürünün normal veya makul olarak öngörülebilir normal olmayan kullanımı sırasında kişilerin haklı güvenlik beklentilerini karşılamayacak bir tasarıma sahip olması durumunda söz konusu olur. Bu durumda, serideki ürünlerin hepsi hatalı olmaktadır. Mesela, bir oyuncak, dokununca veya ağza atılınca bulaşabilen zehirli bir boya ile üretilen şekilde tasarlandığıysa, bir tasarım hatası söz konusu olur.

Ürünün normal veya makul olarak öngörülebilir normal olmayan kullanımı sırasında oluşabilecek tehlikeleri ortadan kaldıracak veya azaltacak şekilde tasarlanması mümkün olmuyorsa⁸⁵ ve ürünün tehlikesine nazaran yararı onun üretilmesini uygun gösteriyorsa,⁸⁶ kullanıcıların ürünün – açık olmayan⁸⁷ – tehlikelerine karşı uyarılması lazımdır. Ürünün tehlikelerine karşı gereken bilgilendirmenin yapılmaması, bilgilendirme hatası teşkil etmektedir.⁸⁸

⁸² Bu tür bir hatası olan ürünler “üretim kaçağı” (one-off) (Ausreißer) olarak adlandırılmaktadır.

⁸³ Brüggemeier, *International Encyclopedia of Laws*, no. 410; Wagner, “ProdHaftG § 3,” no. 42.

⁸⁴ Wuyts, “Product Liability Directive,” 10-11.

⁸⁵ Eğer ürünün tehlikeyi ortadan kaldıracak veya azaltacak şekilde tasarlanması mümkünse, bu şekilde tasarlanmış olması başlı başına tasarım hatası teşkil eder. Bu durumda, ürünün tehlikelerine karşı kullanıcıların uyarılması, o ürünü hatasız hale getirmez. Wagner, “ProdHaftG § 3,” no. 49.

⁸⁶ Eğer ürünün tehlikesi onun yararına nazaran ölçüsüz derecede yüksek ise, söz konusu ürünün hiç üretilmemesi gerekir. Wagner, “§ 3 ProdHaftG,” no. 45.

⁸⁷ Wuyts, “Product Liability Directive,” 17-18.

⁸⁸ Wagner, “ProdHaftG § 3,” no. 46-47.

3. Tehlikelilik Kavramı

a. Ürünün Tehlikeli Olmasının (Güvenli Olmamasının) Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'na Dayanan Ürün Sorumluluğuna Temel Alınması

Ürün Sorumluluğu Yönergesi anlamında “hata” kavramı, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'na tamamen yabancıdır. Söz konusu kanun yorumlanırken ve kanunun boşlukları doldurulurken – mümkün olan ölçüde – adı geçen kanunda temel alınan kavramların kullanılması tercih edilmelidir. Ayrıca, ürün güvenliği kuralları ile ürün sorumluluğu kuralları iç içe geçmiş şekilde düzenlendiğinden iki alanı da ilgilendirebilecek hükümlerin yorumunda – mümkün olan ölçüde – iki alanın özelliklerine de uyan anlamın tercih edilmesi gerekir. ÜGTDK 21 II (c) hükmünde kullanılan (ve ÜGTDK 6 II ile aynı yönde yorumlanması gereken) “uygunsuzluk” ibaresi iki alanı da ilgilendirmektedir. Zira ÜGTDK 21 II hükmünde düzenlenen sorumluluktan kurtuluş sebepleri, iktisadî işletmecileri hem ürün güvenliğine dair idarî yaptırımlardan hem de ürün sorumluluğundan kurtarmaktadır.

Kanun'da kullanılan ve Genel Ürün Güvenliği Yönergesi kökenli olan “güvenli ürün” kavramı (ÜGTDK 3 [e]), Kanun'un ürün sorumluluğuna dair hükümlerinde de kullanıma elverişlidir. Nitekim, Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'nde kullanılan ve “güvenli ürün” kavramının karşıtını teşkil eden “tehlikeli ürün” kavramı, Ürün Sorumluluğu Yönergesi'nde kullanılan “hatalı ürün” kavramı üzerine inşa edilmiştir.⁸⁹ Dolayısıyla Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'nde kullanılan “tehlikeli ürün” kavramı ile Ürün Sorumluluğu Yönergesi'nde kullanılan “hatalı ürün” kavramı büyük ölçüde aynı doğrultudadır.⁹⁰ Öyle ki, Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'nde bir ürünün güvenli ürün teşkil edip etmediğini belirlemek için kullanılması öngörülen

⁸⁹ Willem H van Boom, “Statement from a Continental European Perspective,” içinde *Product Liability, Fundamental Questions in a Comparative Perspective*, ed. Helmut Koziol, Michael D Green, Mark Lunney, Ken Oliphant ve Yang Lixin (Berlin ve Boston: de Gruyter 2017), 581.

⁹⁰ Cees van Dam, *European Tort Law* (New York: Oxford University Press, 2006), 372. Alman Ürün Güvenliği Kanunu'nun (dn. 56) muadil hükmü açısından bu yönde Gerhard Wagner, “ProdHaftG 1,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Cilt VII: Schuldrecht, Besonderer Teil IV, ed. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limpering (Münih: Verlag C. H. Beck, 2020), no. 47. Ayrıca bkz. Okur, *Otonom Araçlarda*, 388.

ölçütler, Ürün Sorumluluğu Yönergesi anlamında hatanın belirlenmesinde dikkate alınan hâl ve şartların (bir kısmının) özeti gibidir.⁹¹

Bu makalede savunulan görüşe göre, ÜGTDK 6 II ve 21 II (c) hükümleri anlamında “uygunsuzluk”, “güvenli olmama” veya “tehlikelilik” olarak anlaşılmalıdır.⁹² “Güvenli olmayan ürün” ve “tehlikeli ürün” kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Nitekim, Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği’ne⁹³ (Yönetmelik) göre “[g]üvenli ürün tanımını karşılamayan ürün” “[t]ehlikeli ürün” olarak nitelendirilir (GÜGY 4 [g]).

Kanun teklifinin gerekçesinde ve komisyon raporunda “uygunsuzluk” ve “güvenli olmama” tabirlerinin eş anlamlı gibi kullanılması,⁹⁴ bu makalede savunulan görüşü desteklemektedir. Ayrıca, ÜGTDK 5 hükmünün dikkate alınması da bu görüşe destek teşkil etmektedir. Bu hükme göre, “[ü]rünün güvenli olması zorunludur” (ÜGTDK 5 I). “Teknik düzenlemenin insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerine uygun ürün, aksi ispatlanana kadar güvenli kabul edilir” (ÜGTDK 5 II). Dolayısıyla, teknik düzenlemelere uygunluk güvenli olma yönünde sadece bir karene yaratmaktadır. Bu karinenin aksi ispatlanabilir; yani bir ürün teknik düzenlemelere uygun olsa bile güvenli olmayabilir ve bu ürün hakkında idarî tedbirler uygulanabilir.⁹⁵ Tehlikeli bir ürün nedeniyle idarî tedbirler uygulanabilirken özel hukuk sorumluluğunun kabul edilmemesi çelişki teşkil ederdi. Bu nedenle, teknik düzenlemeye uygun olmasına rağmen güvenli olmayan (tehlikeli olan) ürünlerin de ürün sorumluluğuna yol açığının kabulü gerekir.

⁹¹ Söz konusu AB düzenlemelerini Alman hukukuna aktaran kanun hükümleri açısından bu yönde Wagner, “ProdHaftG § 1,” no 47.

⁹² Sonuç olarak aynı yönde Keser, *Ürün Sorumluluğu*, 65-66, 102-103. Doktrinde “hatalı ürün” veya “ayıplı ürün” kavramı yerine “tehlikeli ürün” kavramının kullanılması, kamu hukuku nitelikli ürün güvenliği düzenlemeleri ile özel hukuk nitelikli ürün sorumluluğu düzenlemeleri arasında karışıklık yaratabilecek olması nedeniyle eleştirilmiştir. Çelt, “Ürün Sorumluluğunda,” 92; Kırca, *Ürün Sorumluluğu*, 129; Ünal ve Kalkan, “Türk Hukukunda,” 67. Ancak ÜGTDK hükümlerine dayanan ürün sorumluluğunda “tehlikeli ürün” kavramının benimsenmesi, kanunun kendi içinde tutarlı olarak yorumu için zorunludur. Dolayısıyla, “tehlikeli ürün” kavramının ürün sorumluluğunda da kullanılması kanun koyucudan kaynaklanmaktadır.

⁹³ Bkz. yukarıda dn. 22.

⁹⁴ İstanbul Milletvekili Hulusi Şentürk, 17 ve 19-20.

⁹⁵ Tehlikeli ürünler hakkında uygulanabilecek idarî tedbirler için bkz. GÜGY 8(6).

b. AB Hukukunda “Güvenli Ürün” ve “Tehlikeli Ürün”

Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'nin 2. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde “güvenli ürün” ve “tehlikeli ürün” kavramları şöyle tanımlanmaktadır:⁹⁶

(b) ‘[G]üvenli ürün’, [ürünün kullanım]⁹⁷ süre[si] ve [ürünün niteliğine uygun düşmesi nedeniyle] uygulanabilir olduğu hâllerde [ürünün] hizmete sunulma[sı], kurulma[sı] ve bakım gereklilikleri dahil olmak üzere, normal ve makul olarak öngörülebilir kullanım şartları altında, özellikle de

(i) ürünün bileşimi, paketlenmesi, montajı ve [ürünün niteliğine uygun düşmesi nedeniyle] uygulanabilir olduğu hâllerde ürünün kurulumu ve bakımı da dahil olmak üzere ürünün nitelikleri,

(ii) ürünün başka ürünlerde birlikte kullanılacağına makul olarak öngörülebilir olduğu hâllerde, ürünün başka ürünler üzerindeki etkisi,

(iii) ürünün sunumu, etiketlenmesi, onun kullanımı ve imhasıyla ilgili her tür uyarı ve talimat ile ürün hakkında herhangi başka bir açıklama veya bilgi,

(iv) ürünü kullanırken risk altında olan tüketici kategorileri, özellikle de çocuklar ve yaşlılar,

dikkate alındığında hiçbir risk taşımayan veya sadece ürünün kullanımına uygun ve kişilerin güvenlik ve sağlıklarının yüksek düzeyde korunması ile uyumlu olan ölçüde risk taşıyan ürünleri ifade eder.

Daha yüksek güvenlik düzeylerinin erişilebilir olması veya daha düşük düzeyde risk arz eden başka ürünlerin mevcudiyeti, bir ürünün ‘tehlikeli’ ürün sayılması için sebep teşkil etmez.

(c) ‘[T]ehlikeli ürün’, (b) bendinde tanımlanan ‘güvenli ürün’ kavramına uymayan her tür ürünü ifade eder.

Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'nin 3. maddesinin ilk fıkrasına göre, üreticiler sadece güvenli ürünleri piyasada bulundurmakla yükümlüdür. Ürünlerin piyasaya arzının kolaylaştırılması ve üreticiler için – bir ölçüde – öngörülebilirlik temin edilmesi için, ürünlerin güvenli olmaları şartının yerine

⁹⁶ Bu tercüme, yönergenin İngilizce metni esas alınarak makalenin yazarı tarafından yapılmıştır.

⁹⁷ Köşeli parantez içindeki ibareler, Türkçe metnin daha anlaşılabilir olması amacıyla, İngilizce metinden tercüme sırasında makalenin yazarı tarafından ilave edilmiştir.

getirilmesi için kolaylaştırılmış bir usûl kabul edilmiştir. AB Resmî Gazetesi'nde referans numarası yayınlanan Avrupa standartlarını aktaran ulusal standartlara uymak, bir ürünün güvenli olduğuna karine teşkil etmektedir (Genel Ürün Güvenliği Yönergesi 3 II). Ancak, söz konusu standartlara uygun olan ürünlerin yine de tehlikeli ürün teşkil etmesi ve bu durumu ispat eden idarî makamların bu tür ürünler hakkında idarî tedbirler uygulaması mümkündür (Genel Ürün Güvenliği Yönergesi 3 IV).

AB Resmî Gazetesi'nde referans numarası yayınlanan Avrupa standartlarını aktaran ulusal standartların bulunmaması durumunda, ürünün güvenli olup olmadığı değerlendirilirken yararlanılabilecek ölçütler şöyle sayılmıştır (Genel Ürün Güvenliği Yönergesi 3 III):⁹⁸

İkinci fıkrada belirtilenlerin dışındaki hâllerde, bir ürünün genel ürün güvenliği şartına uyumu değerlendirilirken, mevcut olmaları durumunda, özellikle aşağıdaki unsurlar dikkate alınır:

- (a) İkinci fıkrada belirtilenlerin dışındaki Avrupa standartlarını aktaran ihtiyarî ulusal standartlar,*
- (b) Ürünün piyasaya sürülmüş olduğu Üye Devletteki standartlar,*
- (c) Ürün güvenliği hakkında rehber niteliğinde olan Komisyon tavsiyeleri,*
- (d) İlgili sektörde geçerli olan ürün güvenliğine dair iyi uygulama kodları,*
- (e) Bilim ve teknolojinin düzeyi,*
- (f) Tüketicilerin güvenlik ile ilgili makul beklentileri.*

AB Resmî Gazetesi'nde referans numarası yayınlanan Avrupa standartlarını aktaran ulusal standartlara uygun olan bir ürünün yine de tehlikeli bir ürün teşkil ettiğinin ispatı için Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'nin 3. maddesinin 3. fıkrasında yer alan bu ölçütlerden yararlanabilir. Gerçi hükmün sözüne göre, bu hükümde yer alan ölçütler AB Resmî Gazetesi'nde referans numarası yayınlanan Avrupa standartlarını aktaran ulusal standartların bulunmaması hâlinde uygulanacaktır. Ancak, bu tür standartların ürünün güvenli olmasını temin edip etmediği değerlendirilirken de söz konusu ölçütlerden yararlanılması düşünülebilir.

⁹⁸ Bu tercüme, yönergenin İngilizce metni esas alınarak makalenin yazarı tarafından yapılmıştır.

Özellikle de (e) ve (f) bentlerinde yer alan bilimin ve teknolojinin düzeyi ile tüketicilerin makul güvenlik beklentileri bu açıdan yol gösterici kabul edilebilir.⁹⁹ Bu ölçütler, Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'nin Ürün Sorumluluğu Yönergesi'nin 6. maddesinde kullanılan “hata” kavramı üzerine inşa edildiğini göstermektedir.¹⁰⁰

c. Türk Hukukunda “Güvenli Ürün” Kavramına Dair Özel Sorun

Türk hukukunda ÜGTDK 24 II (b) hükmüne dayanan Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği,¹⁰¹ büyük ölçüde AB Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'nin tercümesi niteliğinde hükümlerden oluşmaktadır. Bu nedenle, AB hukukuna dair önceki kısımda yapılan açıklamalar, Türk hukuku açısından da kural olarak geçerlidir. Ancak, Türk hukukunda “güvenli ürün” kavramına dair bir özel sorun ortaya çıkmaktadır.

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'na göre, güvenli ürün “[k]ullanım süresi, hizmete sunulması, kuruluşu, kullanımı, bakımı ve gözetimine ilişkin talimatlara uygun ve normal kullanım koşullarında kullanıldığında risk taşımayan veya sadece ürünün kullanımına özgü asgari risk taşıyan ve insan sağlığı ve güvenliği için gerekli düzeyde koruma sağlayan ürün[dür]” (ÜGTDK 3 [e]). Bu tanım, ürünün sadece normal kullanım koşullarını esas almaktadır. Halbuki Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'nde – Ürün Sorumluluğu Yönergesi'ndeki gibi¹⁰² – ürünün normal kullanımının yanında makul olarak öngörülebilir (normal olmayan) kullanım koşulları da dikkate alınmaktadır. Bu durum, üründen beklenen güvenlik düzeyini yükseltmektedir. Mesela ürün bir oyuncak ise, sadece onun ile oynanması (normal kullanım) değil, ürünün çocuk tarafından çiğnenmesi veya yutulmaya çalışılması gibi (normal olmayan; ama makul olarak öngörülebilir) kullanım da dikkate alınmalıdır ve ürün bu tür hâllerde de güvenli olmalıdır.

Kanun koyucunun makul olarak öngörülebilir kullanım koşullarını bilinçli olarak “güvenli ürün” kavramının tanımının dışında bıraktığını düşündürecek hiçbir husus yoktur. Aksine kanun koyucu, “ciddî risk taşıyan

⁹⁹ Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'nin büyük ölçüde tercümesi niteliğinde olan Taslak Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği açısından bu yönde Okur, *Otonom Araçlarda*, 387-388.

¹⁰⁰ Boom, “Statement,” 581.

¹⁰¹ Bkz. yukarıda dn. 22.

¹⁰² Bkz. yukarıda III, C, 2.

ürün” ve “risk taşıyan ürün” kavramlarını tanımlarken, ürünün öngörülebilir kullanımının da dikkate alınmasını açıkça öngörmüştür (ÜGTDK 3 [c]-[m]). Güvenli ürünün tanımında makul olarak öngörülebilir kullanım koşullarının belirtilmemesi muhtemel sehven olmuştur. Bu nedenle, Kanun’un güvenli ürün tanımı yorumlanırken, makul olarak öngörülebilir kullanım şekli de – normal kullanımın yanında – dikkate alınmalıdır.

Kanun hükmü bu şekilde yorumlanırsa, Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği’nde yer alan tanım Kanun ile uyumlu olmaktadır. Nitekim, Yönetmelik’in 4. maddesinin (g) bendinde “güvenli ürün” şöyle tanımlanmaktadır: “*Güvenli ürün: Kullanım süresi ve uygulanabilir olduğu durumlarda hizmete sunulması, kurulumu ve bakımına ilişkin gereklilikleri dahil olmak üzere, normal ve makul ölçüde öngörülebilir koşullarda [!] kullanımı risk taşımayan veya ürünün kullanımına özgü asgari risk taşıyan, [...] insan sağlığı ve güvenliği için yüksek düzeyde koruma sağladığı kabul edilen ürünü*” ifade eder. Bu tanım, AB Genel Ürün Güvenliği Yönergesi’nin 2. maddesinin (b) bendinde yapılan tanımın tercümesi niteliğindedir.

Teknik düzenlemelerin insan sağlığı ve güvenliğine dair hükümlerine uygunluk, ürünün güvenli olduğuna dair (sadece) bir karine yaratmaktadır (ÜGTDK 5 II ve GÜGY 5 II). Bu karine, ürünlerin piyasaya arz edilmesinin ölçüsüz olarak zorlaşmasına engel olmaktadır. Bu tür bir karine olmasaydı, imalatçıların her ürünün güvenli olduğunu ispatlamak için yarar/risk analizi yapmaları gerekirdi. Böyle bir gereklilik hem zaman kaybına hem de masraf artışına sebebiyet verirdi.

IV. SORUMLULUĞU ORTADAN KALDIRAN HÂLLER

A. Genel Olarak

ÜGTDK 21 II hükmünde, imalatçıyı ve ithalatçıyı idarî yaptırımlardan kurtaran hâller üç bent hâlinde sayılmıştır. ÜGTDK 21 III hükmünün ilk cümlesine göre, “[i]malatçı veya ithalatçı, ikinci fıkrada belirtilen şartlardan birini ispatladığı takdirde, 6[']ncı maddede belirtilen tazminat sorumluluğu kalkar”. Bu makalede, bahsi geçen hâllerden sadece biri özel olarak ele alınacaktır.

B. Tehlikeli Olmanın Teknik Düzenlemelere Uygunluktan Kaynaklanması

Kanun’a göre, imalatçı veya ithalatçı “[ü]ründeki uygunsuzluğun [tehlikenin], teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun

olarak üretilmesinden kaynaklandığını” ispatlarsa sorumluluktan kurtulur (ÜGTDK 21 II [c] ve ÜGTDK 21 III 1. cümle). Teknik düzenleme, “[i]dari hükümler de dâhil olmak üzere, [...] uyulması zorunlu mevzuatı” ifade etmektedir (ÜGTDK 3 [n]). Kanun teklifinin gerekçesinde belirtilmiş olduğu üzere, teknik düzenlemeler idarenin düzenleyici işlemleri ile yapılmaktadır.¹⁰³ Teknik düzenlemelere uygunluk, bir ürünün piyasaya arz edilmesi ve piyasada bulundurulması için zorunludur (ÜGTDK 4 I).

Ürünün teknik düzenlemeye uygun olması, bizatihi sorumluluktan kurtuluş sebebi teşkil etmemektedir. Teknik düzenlemelere uymanın ürünün tehlikeli olmasına sebep olması; yani imalatçının teknik düzenlemeyi ihlâl etmeden güvenli ürün imal edilememesi gerekir. Buna karşılık, teknik düzenleme ürünün farklı şekillerde üretilmesine imkân veriyor ve ürünün teknik düzenlemeye uyularak güvenli olacak şekilde üretilmesi mümkün ise, sorumluluktan kurtulma söz konusu olmayacaktır.¹⁰⁴ Teknik düzenlemelerin genellikle sadece ürünün sahip olması gereken temel gereklilikleri belirlemeleri ve imalat yöntemi hakkında düzenleme içermemeleri nedeniyle, burada ele alınan sorumsuzluk sebebi nadir uygulama alanı bulacaktır.

Son olarak belirtilmelidir ki, teknik düzenlemeler ile teknik standartlar karıştırılmamalıdır. ÜGTDK teknik standartlar hakkında bir düzenleme getirmemektedir. Ancak Kanun’a dayanan yönetmeliklerde teknik standartlar hakkında düzenlemeler yer almaktadır. Uygunluk Değerlendirme Yöntemleri Yönetmeliği’nin 4. maddesinin (g) bendine göre, “standart” “[t]anınmış bir standardizasyon kuruluşu tarafından tekrar eden veya devamlı kullanım için kabul edilen, uyum zorunluluğu olmayan aşağıdaki teknik gerekliliklerden birini;

- 1) Uluslararası bir standardizasyon kuruluşu tarafından kabul edilen uluslararası standartları,
- 2) Bir Avrupa standardizasyon kuruluşu tarafından kabul edilen Avrupa standartlarını,
- 3) AB uyum mevzuatının uygulanabilmesi için Komisyonun talebi üzerine kabul edilen Avrupa standartlarını,

¹⁰³ İstanbul Milletvekili Hulusi Şentürk, 8.

¹⁰⁴ Gümüş, *Borçlar Hukuku*, 509-10. Ayrıca bkz. Oral, “Kahramanmaraş Depremleri,” 134-135; Polat, “Türk ve Avrupa Birliği,” 1030.

4) *Ulusal standardizasyon kuruluşu tarafından kabul edilen ulusal standartları [...] ifade eder.*"¹⁰⁵

Teknik düzenlemelerin aksine, teknik standartlar uyulması ihtiyarî olan teknik şartlardır. Teknik standartlara uygunluk, ürünün piyasada bulundurulması için zorunlu değildir. Yine de teknik standartlara uyma, bir ürünü piyasaya arz etmek veya piyasada bulundurmaya isteyen iktisadî işletmeciler için yararlıdır. Zira teknik standartlara uygunluk, ürün güvenliği mevzuatına uygunluk karinesi doğurmakta ve böylece ürünün piyasada bulundurmaya kolaylaştırmaktadır. Ancak, teknik standartlara uyma imalatçıyı ve ithalatçıyı ürün sorumluluğundan kurtarmamaktadır.

V. İSPAT YÜKÜ

A. Genel Olarak

ÜGTDK 6 II uyarınca, “[i]malatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk [tehlikelilik] ile zarar arasındaki nedensellik bağımlı ispat etmesi zorunludur”. Bu makalede savunulan görüşe göre, kanunda belirtilmemiş olsa da, ürünün tehlikeli olduğunu ispat yükü de zarar görene aittir.

B. Ürünün Tehlikeli Olduğunu İspat Yükü

İspat yüküne ilişkin genel kurala göre (TMK 6 ve HMK 190 I), zarar görenin tehlikeyi ispat yükü altında olması gerekir. Ancak, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun ispat yükünü düzenleyen hükmü (ÜGTDK 6 II), ispat yükü zarar görene ait olan şartları sayarken ürünün tehlikeli (Kanun'un tabiri ile: uygunsuz) olması şartına yer vermemiştir. Bu durum, doktrinde bazı yazarlar tarafından bilinçli susma olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁶ Bu yazarlara göre, zarar görenin ürünün tehlikeli olduğunu iddia

¹⁰⁵ Aynı tanım, Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (1) bendinde ve CE İşareti Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (i) bendinde de yer almaktadır.

¹⁰⁶ Çelt, “Ürün Sorumluluğunda,” 98; Polat, “Türk ve Avrupa Birliği,” 1016-1017 ve 1018. Bu görüş, tarihî yorum aracı ile desteklenebilir. Nitekim önceki yasama döneminde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan ve kadük kalan 1/934 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı'nın 6. maddesinin 3. fıkrasına göre, “[i]malatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın ürünündeki uygunsuzluğu, uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağımlı ispat etmesi zorunludur.” Bu tasarıda uygunsuzluğu (tehlikeliliği) ispat yükü

etmesi (gerekli ve) yeterlidir.¹⁰⁷ Ürünün tehlikeli olmadığını ispat yükü imalatçı ve ithalatçıya aittir.

Bu makalede kabul edilen diğer görüşe göre ise, zarar gören ürünün tehlikeli olduğunu ispat yükü altındadır.¹⁰⁸ Piyasada bulunan bir ürünün zarara yol açması durumunda, zarar gören kişi zararı doğuran olaylar hakkında bilgi ve delil elde edebilme açısından imalatçıya ve ithalatçıya göre daha elverişli bir konumda bulunmaktadır. Bu nedenle, ürünün tehlikesini (ve tehlikelilik ile zarar arasındaki nedensellik bağı) ispat yükünün zarar görende olması uygundur.

Tehlikenin ispatı, ürünün olağan veya makul olarak öngörülebilir olağandışı kullanımı sırasında, kullanımına özgü olanı aşan bir risk taşıdığı ispatından ibarettir. Ürünü tehlikeli hâle getiren teknik sebebin zarar gören tarafından ispatı gerekli (ve birçok olayda mümkün) değildir. Ürünün olağan veya makul olarak öngörülebilecek olağandışı kullanımı sırasında zarara yol açtığı ispatı hâlinde, ürünün tehlikeli olduğuna dair bir fiilî karine kabul edilmelidir. Örnek olarak, elektrikli bir semaver çay hazırlamak ve onu sıcak tutmak için kullanılması sırasında yangın çıkarır ve zarar doğarsa, zarar gören kişi yangının semaverden kaynaklanmış olduğunu ispat yükü altındadır. Ancak zarar gören kişi, semaverin yangın çıkarmasına yol açan teknik sebebi (mesela termostatın bozuk olduğunu) iddia ve ispat yükü altında değildir. Bu durumda, imalatçı veya ithalatçı, sorumluluktan kurtulabilmek için semaverin yangına yol açmayacak şekilde tasarlanmış ve üretilmiş olduğunu ispat etmelidir.

ÜGTDK 5 II uyarınca, “[t]eknik düzenlemenin insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerine uygun ürün, aksi ispatlanana kadar güvenli kabul edilir”. Ayrıca Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği’ne göre, “[ü]rüne ilişkin bir teknik düzenlemenin bulunmadığı veya insan sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler içermediği veya belirli risklere yahut risk kategorilerine ilişkin hükümler içermediği durumlarda, referans numaraları Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde yayımlanan ürünün güvenliğine ilişkin Avrupa standartlarına karşılık gelen ulusal standartlara uygun ürün güvenli kabul edilir”

açıkça zarar görene yüklenmişti. Tasarının bu hükmünün sonraki yasama döneminde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan ve kanunlaşan 2/2537 sayılı kanun teklifinde değiştirilmiş olması, kanun koyucunun uygunsuzluğu (tehlikeliliği) ispat yükünü zarar görenin üzerinden aldığı yönünde yorum yapmaya elverişlidir.

¹⁰⁷ Çelt, “Ürün Sorumluluğunda,” 98. Ayrıca bkz. Polat, “Türk ve Avrupa Birliği,” 1019.

¹⁰⁸ Bu yönde Kanışlı, “Ürün Güvenliği,” 1422; Keser, *Ürün Sorumluluğu*, 154.

(GÜGY 5 V). Bu hükümlerde düzenlenen karineler, ürünlerin piyasaya arzını kolaylaştırmak için öngörülmüştür. Bütün ürünlerin piyasaya arz edilmeden önce güvenlikleri açısından en ince ayrıntısına kadar denetlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, teknik düzenlemelere veya teknik standartlara uygunluk bir güvenlik karinesi yaratmaktadır. Böylece ürünlerin piyasaya arzı büyük ölçüde kolaylaştırılmıştır. Ancak, güvenlik karineleri ürünlerin sadece piyasaya arzı aşamasında rol oynamalıdır.¹⁰⁹ Türk doktrininde aksi görüş hâkim olsa da,¹¹⁰ güvenlik karinesine dayalı olarak piyasaya arz edilmiş olan bir ürünün zarara yol açması durumunda, sorumlular bu karineye dayanamamalıdır.¹¹¹ Teknik düzenlemelere veya teknik standartlara uygun bir ürünün yine de güvenli olmadığını zarar gören tarafından ispatının beklenmesi zarar göreni aşırı bir yük altında bırakacak ve karinelere amaçlarının ötesinde bir sonuç bağlanması anlamına gelecektir.

Makalenin önceki kısımlarının aksine, burada ürün güvenliğine dair bir kuralın ürün sorumluluğuna etkisi sınırlanmaya çalışılmaktadır. Nitekim ÜGTDK 5 II hükmünün sadece ürün güvenliğine uygulanıp ürün sorumluluğuna etki etmemesi savunulmaktadır. Ürün sorumluluğunun önce ürünün güvenli olmaması (tehlikeli olması) şartına bağlanması,¹¹² sonra da ÜGTDK 5 II hükmünün ürün sorumluluğuna uygulanmamasını ilk bakışta çelişkili görünebilir. Yine de kanunun amacına uygun yorumu bu görüşün savunulmasını gerekli kılmaktadır. Kanun bir yandan ürünlerin piyasada bulundurulmasından önce oluşturulan güvenlik düzenlemelerinin ürünlerin piyasaya arzını ölçsüz olarak zorlaştırmamasını, öbür yandan da ürünlerin piyasaya arzı için öngörülen kolaylaştırılmış düzenlemeler nedeniyle piyasada bulundurulabilen tehlikeli ürünler tarafından verilen zararların tazminini temin etmeye çalışmaktadır. Bu şekilde kısmen farklı iki amacın güdülmesi, ÜGTDK 5 II hükmünün sadece ürün güvenliğine uygulanmasını, ürün sorumluluğuna ise etki etmemesini gerekli kılmaktadır. Bu yorum, kanunun sistematik yapısı ile de uyumsuz değildir. Zira ÜGTDK 5 hükmü, kenar başlığında belirtilmiş olduğu üzere sadece “[ü]rün güvenliği” konusunu düzenlerken ÜGTDK 6 hükmünde “[ü]rün sorumluluğu tazminatı” düzenlenmektedir.

¹⁰⁹ Polat, “Türk ve Avrupa Birliği,” 1017-1018.

¹¹⁰ Çelt, “Ürün Sorumluluğunda,” 99; Kanışlı, “Ürün Güvenliği,” 1445-1446; Keser, *Ürün Sorumluluğu*, 136 ve 154.

¹¹¹ Alman hukuku açısından benzer yönde Thomas Klindt, “ProdSG § 4,” içinde *Produktesicherheitsgesetz*, ed. Thomas Klindt (Münih: Verlag Beck, 2021), no. 30.

¹¹² Bkz. yukarıda III, C, 3.

Bu aşamada akla gelebilecek bir soru, ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu arasındaki amaç farklılığının neden başka hükümlerin yorumunda dikkate alın(a)madığıdır. Kanun'un ortak kavramlara dayanması buna engel olmaktadır. Mesela Kanun'da açıkça tanımlanan ürün kavramının ürün güvenliğine dair hükümlerde bir yönde ürün sorumluluğuna dair hükümlerde ise başka bir yönde yorumlanmasını kanunun kavram yapısını ve sistemini bozmadan yapmak mümkün olmamaktadır. Halbuki bir karinenin belli bir alanda uygulanıp başka bir alanda uygulanmaması kanunun yapısını bozmamaktadır.

C. Tehlikelilik ile Zarar Arasındaki Nedensellik Bağını İspat Yükü

Kanun'un açık hükmüne göre, tehlikelilik ile zarar arasındaki nedensellik bağını ispat yükü zarar görene aittir (ÜGTDK 6 II). Nedensellik bağının ispatı, zarar gören için aşılması güç bir engel teşkil edebilmektedir. Bu nedenle, fiilî karinelere ile ispatın kolaylaştırılması ürün sorumluluğuna dair düzenlemelerin amacına uygun olur. Burada savunulan görüşe göre, ürünün olağan kullanımı veya makul olarak öngörülebilir olağandışı kullanımı sırasında zarar doğuran olaya sebep olması halinde, tehlikelilik ile zarar arasında nedensellik bağı olduğuna dair bir fiilî karine kabul edilmelidir.

VI. SONUÇ

ÜGTDK, ürün güvenliğine dair hükümler ile ürün sorumluluğuna dair hükümleri iç içe geçmiş şekilde ve özensizce düzenlemiştir. Bu nedenle, ürün sorumluluğuna dair hükümlerin ürün güvenliğine dair düzenlemeler dikkate alınarak yorumlanması gerekmektedir.

Ciddî yorum sorunları yaratan bir düzenleme “ürün” kavramının tanımıdır. Kanun'a göre ürün, “[h]er türlü madde, müstahzar veya eşyayı” ifade eder (ÜGTDK 3 [s]). Hükümün mehzazına göre yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, ürün kavramının tanımında kullanılan “madde” kavramı kimyasal madde olarak; “müstahzar” kavramı ise, kimyasal karışım ve çözeltiler olarak anlaşılmalıdır. Tanımda geçen “eşya” kelimesi ise, teknik anlamda eşya yerine “emtia” anlamında kullanılmaktadır. Sadece imalat süreci sonucunda üretilen mamuller ürün kavramına dahil sayılmalıdır. Kanun'un sorumlu kişiyi belirlerken “imalatçı” kavramını kullanması ve – büyük ölçüde – ürün güvenliğine dair düzenlemeler getirmesi, bu yorumu desteklemektedir.

ÜGTDK 6 II uyarınca ürün sorumluluğunun doğması için ürünün uygunsuz olması şarttır. Ancak ÜGTDK 21 II hükmü dikkate alınırsa, “uygunsuzluk” kavramının kullanılması kanunun kendi içinde çelişkili olmasına yol açmaktadır. Bu nedenle, “uygunsuzluk” kavramının “güvenli olmama” veya “tehlikeli olma” kavramı ile ikamesi gereklidir. Kanunun sözünün aksine, güvenli olmama değerlendirilirken normal kullanım yanında makul olarak öngörülebilir normal olmayan kullanım hâlleri de dikkate alınmalıdır.

Zarar gören, ürünün tehlikeli olduğunu, zararı ve tehlikelilik ile zarar arasındaki nedensellik bağını ispat yükü altındadır. Ancak, ürünün normal veya makul olarak öngörülebilir normal dışı kullanımı sırasında zarara sebebiyet vermesi durumunda, tehlikelilik ve nedensellik bağı hakkında bir fiili karine kabul edilmelidir.

Ürünün teknik düzenlemelere ve teknik standartlara uygun imal edilmiş olması, Kanun’da sayılan kişilerin sorumlu olmasına engel değildir. Teknik düzenlemelere ve teknik standartlara uygunluk, ürün sorumluluğu düzenlemeleri açısından ürünün güvenli olduğuna dair bir karine dahi meydana getirmemektedir.

KAYNAKÇA

- Akçura Karaman, Tuba. *Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Al, Dursun. “7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Kapsamında Ürün Kavramı ve Üreticinin Sorumluluğu.” *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no. 169 (Eylül 2020): 1802-1814.
- Atamer, Yeşim M. ve Gökçe Kurtulan Güner. “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 2 (2021): 543-588.
- Aydos, Oğuz Sadık. *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Baş, Seda. “7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13, no. 52 (Ekim 2022): 349-382.
- Brehm, Roland. *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*. Bern: Stämpfli Verlag, 2021.
- Brüggemeier, Gert. *International Encyclopedia of Laws, Tort Law, European Union*. Wolters Kluwer, 2018.
- Cabral, Tiago Sérgio. “Liability and artificial intelligence in the EU: Assessing the adequacy of the current Product Liability Directive.” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 27, no. 5 (2020): 615-635.
- Çelt, Damla Özden. “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu.” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (Ocak 2021): 73-114.
- Çetiner, Bilgehan, Andreas Furrer ve Markus Müller-Chen. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- De Meeus, Charlotte. “The Product Liability Directive at the Age of the Digital Industrial Revolution: Fit for Innovation?” *Journal of European Consumer and Market Law* 8, no. 4 (2009): 149-154.
- Erlüle, Fulya. “Yapımcının Sorumluluğu.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14, no. 4 (2008): 303-340.
- Fairgrieve, Duncan ve Geraint Howells. “Rethinking Product Liability: A Missing Element in the European Commission's Third Review of the European Product Liability Directive.” *The Modern Law Review* 70, no. 6 (Kasım 2007): 962-978.
- Fairgrieve, Duncan, Geraint Howells ve Marcus Pilgersdorfer. “The Product Liability Directive: Time to get Soft?” *Journal of European Tort Law* 4, no. 1 (2013): 1-33.

- Falk, Alexander. "ProdSG § 2." İçinde *Nomos Kommentar, Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht*, editörler Philipp Ehrling ve Jürgen Taeger. Baden-Baden: Nomos, 2022.
- Fellmann, Walter ve Andrea Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Cilt I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG. Bern: Stämpfli Verlag, 2012.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Havutçu, Ayşe. *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2005.
- Heuser, Julia. "ProdSG § 2." İçinde *Nomos Kommentar, Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht*, editörler Philipp Ehrling ve Jürgen Taeger. Baden-Baden: Nomos, 2022.
- İnceoğlu, M. Murat. "Ürün Sorumluluğunda Sorumlular." İçinde *Ürün Sorumluluğu*, editörler Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal, 81-92. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Kanışlı, Erhan. "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu." *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, no. 3 (2020): 1413-1468.
- Kanışlı, Erhan. "Ürün Sorumluluğunda Zarar." İçinde *Ürün Sorumluluğu*, editörler Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal, 173-238. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- İlhan Kara. *İmalatçının Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Keser, Yıldırım. *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Kessler, Martin A. "Art. 58." İçinde *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, editörler Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2015.
- Kıraç Adır, Esmâ. *Robotların Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Kırca, Çiğdem. *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.
- Klindt, Thomas. "ProdSG § 4." İçinde *Produktesicherheitsgesetz*, editör Thomas Klindt. Münih: C. H. Beck, 2021.
- Klindt, Thomas ve Carsten Schucht. "ProdSG § 2." İçinde *Produktesicherheitsgesetz*, editör Thomas Klindt. Münih: C. H. Beck, 2021.

- Kulaklı, Emrah. *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009.
- Machnikowski, Piotr. “Product Liability for Information products?: The CJEU Judgment in VI/KRONE -Verlag Gesellschaft mbH & Co KG, 10 June 2021 [C-65/20].” *European Review of Private Law* 30, no. 1 (2022): 191-200.
- Oftinger, Karl ve Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Cilt II/1: Besonderer Teil, Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, (Zürih: Schulthess, 1995).
- Oğuzer, Pelin. *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Oğuzer, Pelin ve Başak Baysal. “Ürün Güvenliği ve Ürün Sorumluluğu Ekseninde Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri.” *İçinde Ürün Sorumluluğu*, editörler Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal, 111-172. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medenî Hukuk*. 25. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Okur, Sinan. *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Adalet Yayınları, 2021.
- Oral, Tuğçe. “Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararların Gideriminde Alternatif Bir Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün Sorumluluğu Kapsamında Tazmini.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72, no. 1 (2023): 121-142.
- Polat, Cemre. “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 4 (2021): 973-1041.
- Reich, Norbert. “Product Liability and Beyond: An Exercise in ‘Gap-Filling’.” *European Review of Private Law* 24, no. 3&4 (2016): 619-644.
- Reimann, Mathias. “Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard.” *American Journal of Comparative Law* 51, no. 4 (Güz 2003): 751-838.
- Reimann, Mathias. “Product Liability in a Global Context: the Hollow Victory of the European Model.” *European Review of Private Law* 11, no. 2 (2003): 128-154.
- Rey, Heinz ve Isabelle Wildhaber, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*. Zürich/Basel/Cenevre: Schulthess Juristische Medien, 2018.
- Santos Silva, Marta, Duncan Fairgrieve, Piotr Machnikowski, Jean-Sébastien Borghetti, Anne L. M. Keirse, Pedro Del Olmo, Eleonora Rajneri, Christoph Schmon, Vibe Ulfbeck, Vera Vallone ve Robert Zech. “Relevance of Risk-benefit for Assessing Defectiveness of a Product: A Comparative Study of

Thirteen European Legal Systems.” *European Review of Private Law* 29, no. 1 (2021): 91-132.

Taschner, Hans Claudius. “Product liability: basic problems in a comparative law perspective.” İçinde *Product Liability in Comparative Perspective*, editör Dundan Fairgrieve, 155-166. New York: Cambridge University Press, 2005.

Tiryaki, Betül. “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, no. 2 (2006): 239-248.

Türk Hukuk Lûgatı. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.

Ünal, Akın ve Arif Kalkan. “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, no. 39 (Temmuz 2019): 45-82.

Van Boom, Willem H. “Statement from a Continental European Perspective.” İçinde *Product Liability, Fundamental Questions in a Comparative Perspective*, editörler Helmut Koziol, Michael D Green, Mark Lunney, Ken Oliphant ve Yang Lixin, 574-592. Berlin ve Boston: de Gruyter, 2017.

Van Dam, Cees. *European Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2006.

Verheyen, Thomas. “Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ.” *European Review of Private Law* 26, no. 1 (2018): 119-140.

Wagner, Gerhard. “Das neue Produktesicherheitsgesetz: Öffentlich-rechtliche Produktverantwortung und zivilrechtliche Folgen (Teil 1).” *Betriebsberater* 52, no. 49 (04.12.1997): 2489-2498.

Wagner, Gerhard. “ProdHaftG 1.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Cilt VII: Schuldrecht, Besonderer Teil IV, editörler Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limpering. Münih: C. H. Beck, 2020.

Wagner, Gerhard. “ProdHaftG 3.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Cilt VII: Schuldrecht, Besonderer Teil IV, editörler Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limpering. Münih: C. H. Beck, 2020.

Wagner, Gerhard. “Liability Rules for the Digital Age.” *Journal of European Tort Law* 13, no. 3 (2022): 191-243.

Wuyts, Daily. “The Product Liability Directive – More than two Decades of Defective Products in Europe.” *Journal of European Tort Law* 5, no. 1 (2014): 1-34.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKKIN ŞERHİ

*Annotation of the Personal Right Arising from the Contract of
Construction of the Land Share*

Duygu KOÇAK DİKER*

Özet

İsimsiz bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hem arsa malikine hem yükleniciye finansal avantaj sağlamaktadır. Bu sözleşme sayesinde yüklenici arsa maliyetine katlamadan inşa ettiği yapıları veya alacak hakkını üçüncü kişilere ivazlı devrederek kâr sağlamakta, arsa maliki de arsasını değerlendirerek yapı sahibi olmaktadır. Ancak yapının inşası sırasında, arsa üzerindeki mülkiyet hakkının tamamının veya bir kısmının arsa malikinde kalması, yüklenicinin alacak hakkı bakımından risk oluşturmaktadır. Çünkü arsa malikinin tasarruf yetkisine dayalı olarak mülkiyet hakkını üçüncü kişilere devredebilme, taşınmazda sınırlı ayni haklar kurabilme veya taşınmaz üzerindeki kişisel hakların şerhini talep edilebilme imkânı devam etmekte veya malikin borçları nedeniyle taşınmazın cebri icra yolu ile satılması söz konusu olabilmektedir. Arsa malikinin yükleniciye olan mülkiyeti devir borcunun aynen ifasına engel olacak bu riskler şerh ile bertaraf edilmektedir. Yüklenici şerh edilmiş alacak hakkını, borç ilişkisine yabancı yeni malike, sınırlı ayni hak veya şerh edilmiş kişisel hak sahibine ya da malikin alacaklılarına karşı ileri sürebilmektedir (TMK m. 1009/I). Bu çalışmada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından taşıdığı önem göz önünde bulundurularak, yüklenicinin şerh ile korunma ihtiyacının olduğu durumların, şerhin etkisinin, hükümlerinin ve kapsamının incelenmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı, İnşaat, Şerh, Kişisel Hak, Yüklenici.

Makalenin Geliş Tarihi: 17.08.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 02.10.2023.

* Dr. Öğretim Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: kocak.duygu@kocaeli.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6915-5236.

Abstract

Contract of construction of the land share provides financial advantages to both the landowner and the contractor. The contractor makes a profit by constructing the building without incurring the cost of the land, and the landowner owns the building on the land without paying in cash. However, during the construction of the structure, the retention of all or part of the ownership rights on the land in favor of the landowner poses a risk for the contractor. This is because the landowner, based on their authority of disposal, can transfer the ownership to third parties, establish limited real rights on the property, request the annotation of other personal rights of third parties on the immovable property or the forced sale of the property may occur due to its debts. The contractor's ability to assert their claim against the new owner unrelated to the debt relationship, limited real right holders, or personal right holders becomes possible through the annotation of the right (TCC a. 1009/I). In this study, the necessity of annotation according to the time of debt performance of the landowner, the impact, provisions, and scope of the annotation have been examined.

Keywords: Land Share, Construction, Contractual Right, Annotation, Contractor.

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici bir yapının inşası ve teslimi karşılığında, arsa malikinden belirli arsa paylarının ya da bağımsız bölümlerin kendisine devrine yönelik alacak hakkı kazanır¹. Ancak

¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşitli tanımları için bkz. İsmail Atamulu, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 25; Zekeriya Kuşat, *İnşaat Sözleşmesi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 7; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 3. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018), 401; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 10. Bası (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), 1066-1067; Hasan Erman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı (İstanbul: Der Yayınları, 2010), 1-2; Hatice Polat, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Kişisel Hakların Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 15-16; Gürkan Coşkun, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 25-26; Ali Avcı, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 4, 8; İbrahim Kaplan, *İnşaat*

mülkiyetin ileride devredilmesine yönelik alacak hakkı, arsa malikinin mülkiyet hakkından doğan tasarruf yetkisini muhafaza etmesi sebebiyle risk altındadır. Bu riski öngören yasa koyucu, isimsiz bir sözleşme olmasına rağmen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilmesine imkân tanımıştır. Bir tapu sicili işlemi olan şerh, eşya hukukuna özgü bir kavramdır.

Doktrinde ağırlıklı olarak şerhe esas hakkın yüklenicinin alacak hakkı olduğu savunulmakla birlikte yüklenicinin korunma ihtiyacı arsa malikinin mülkiyeti devir borcunun ifa zamanına göre değişmektedir. Sözleşmede kararlaştırılan payların veya bağımsız bölümlerin henüz yükleniciye devredilmediği dönemde arsa maliki tarafından arsanın mülkiyetin üçüncü kişilere devredilmesi, arsa üzerinde sınırlı ayni hak kurulması veya kişisel hakkın şerhinin talep edilmesi ya da cebri icra sonucu arsanın paraya çevrilmesi riski devam etmektedir. Yüklenicinin alacak hakkının, arsa maliki dışındaki anılan kişilere karşı ileri sürülebilmesi şerh edilmesi ile mümkün hale gelmekte ve alacak hakkın etkisi güçlendirilmektedir. Böylece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şerh ile taraflarını aşan bir etkiye sahip olmaktadır.

Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 270; Etem Saba Özmen ve Tuba Akçura Karaman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları,” *İstanbul Barosu Dergisi* 87, no. 1 (Ocak-Şubat 2013): 47-48; Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (Güz-2017): 116; Suat Sarı, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 64, no. 2 (2006): 276; Derya G. Bütün Yılmaz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 38 (Nisan 2019): 109, 118; Güler Gümüşsoy Karakurt, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi,” Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ’a Armağan, C.I, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 Özel Sayı (Temmuz 2017): 722; Tarkan Erdal, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmesi ve Şerhin Etkisi,” Rona Aybay’a Armağan, C.I, *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı, (Aralık 2014): 846; Safa Reisoğlu, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24, no. 2 (Aralık 2007): 5; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 114; Gökhan Şahan, *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 57.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu² m. 1009 ile yasal temele kavuşan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhine ilişkin yürürlükteki düzenlemeler, şerhin usulüne ilişkin 15.1.2009 tarih ve 5831 sayılı Yasa m. 1 ile değişik 2644 sayılı TK³ m. 26/VIII ve 22.7.2013 tarih ve 2013/5150 No'lu Tapu Sicili Tüzüğü'nün⁴ “*Kişisel hakların şerhi için aranacak belgeler*” başlıklı m. 47/1-c hükmü ile son şeklini almıştır. Çalışmamızda yürürlükteki yasal düzenlemeler çerçevesinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi ile korunan hukuki menfaatin ve şerh ile koruma ihtiyacının ortaya çıktığı sözleşme türlerinin belirlenmesinin ardından doktrinde yoğun tartışmalara neden olan şerhin etkisi, kapsamı, tesisi ve süresi üzerinde durularak anılan başlıklara özgü görüşlerimize yer verilecektir.

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı

İnşaat sektöründeki kaynak sıkıntısına, konut ve işyeri arzındaki sorunlara çözüm arayışı sonucu ortaya çıkan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yasal bir tanıma sahip değildir. Bu sözleşmenin, kişisel hakların şerh edilmesine özgü TMK m. 1009/I, TK m. 26/VIII ve TST m. 47/1-c hükümlerinde yalnızca ismi anılmaktadır. En yaygın görünüm şeklinde kararlaştırılan asli edimler doğrultusunda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa malikinin, belirli arsa paylarını yükleniciye devretmeyi, yüklenicinin de arsa malikinin taşınmazı üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan ve bütünlük arz eden bir yapı inşa ederek bunu teslim etmeyi taahhüt ettiği bir sözleşme olarak ifade edilmektedir⁵.

² RG.24607, 8.12.2001.

³ RG.2892, 29.12.1934.

⁴ RG.28738, 17.08.2013. 2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin m. 139 hükmü ile Medeni Kanun'a göre çıkarılmış tüzük ifadesi, Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik olarak değiştirilmiş ve aynı KHK'nin geçici m. 1 hükmünde, değişiklik yapılan kanun ve KHK'lara dayalı olarak yürürlüğe girmiş tüzüklerin yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdüreceği ifade edilmiştir. RG.30471, 07.07.2018 (İkinci Mükerrer).

⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşitli tanımları için bkz. Atamulu, *Kat Karşılığı*, 25; Kurşat, *İnşaat*, 7; Gümüş, *Özel Hükümler*, 401; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1066-1067; Erman, *Arsa Payı*, 1-2; Polat, *Şerh*, 15-16; Coşkun, *Arsa Payı*, 25-26; Avcı, *Arsa Payı*, 4, 8; Kaplan, *İnşaat*, 270; Özmen ve Akçura Karaman, “Arsa Payı,” 47-48; Yavuz, “Önalım,” 116; Sarı, “Şerh,” 276; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 109, 118; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 722; Erdal, “Şerh,” 846; Reisoğlu, “Arsa Payı,” 5; Şahan, *Şerh*, 57; Gümüş, *Şerhler*, 114.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tanımlanırken uygulamada en sık karşılaşılan örneklerden hareket edilmekte ise de sözleşme özgürlüğü ilkesi sayesinde farklı içeriklerle kurulması söz konusu olabilmektedir. Teslimi taahhüt edilen bağımsız bölümlerin arsa malikinin taşınmazı üzerinde inşa edilmesi veya devredilecek arsa paylarının inşaatın yapıldığı taşınmaza ilişkin olması zorunlu değildir. Arsa malikine, yüklenicinin başka bir taşınmaz üzerinde inşa edeceği yapıda yer alan bağımsız bölümlerin devri, yükleniciye de inşaatın yapılacağı taşınmaz dışında başka bir taşınmazdaki payların devri kararlaştırılabilir⁶. Ayrıca bütünlük arz eden taşınmaz bir yapı inşası dışında, mevcut yapının onarımı, bakımı, değiştirilmesi gibi geniş anlamda inşaat işlerinin yapılması karşılığında yükleniciye bedel olarak pay devrinin taahhüt edilmesi de mümkündür⁷.

⁶ Özmen ve Akçura Karaman, “Arsa Payı,” 47-48; Avcı, *Arsa Payı*, 7; Ayşe Karakoç Karaibrahim, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sözleşmeden Hak Kazanan Üçüncü Kişilere Etkisi” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019), 5; Serkan Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2008), 30, dn. 43; Polat, *Şerh*, 18. Aynı yönde bkz. Y. HGK, E.2018/240, K.2020/43, 21.1.2020: “*Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri, inşaat sözleşmelerinin bir türüdür. Bu sözleşmelerde genel olarak, müteahhit (yüklenici) kendi malzemesi ile yapacağı inşaatın bir bölümünü arsa sahibine vermeyi yükümlenmesine karşılık, arsa sahibi de üzerinde inşaat yapılacak arsanın belli bir payını tapuda müteahhit adına intikal ettirmeyi taahhüt eder. Bu suretle, müteahhidin yapıyı teslim edeceği daireler ve bağımsız bölümlerin bedel olarak karşılığı, arsa üzerinden verilecek pay ile aynı olarak ödenmektedir. Bu tür sözleşmelerde, müteahhidin arsa sahibine vereceği bağımsız bölüm veya bölümler, arsa sahibince tahsis edilecek arsa üzerinde yapılacak inşaatın olabileceği gibi, müteahhidin (yüklenicinin) bir başka yerdeki inşaatından da olabilir. Sözleşme bu özelliğine göre, müteahhit (yüklenici) yönünden inşaat yapmak yükümlülüğü, arsa sahibi yönünden ise, tapuda pay geçirim taahhüdünü içerdiğinden, inşaat yapma ve satış vaadi olarak karmaşık, iki tipli bir nitelik taşımaktadır*”, erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2018-240-k-2020-43-t-21-1-2020>. Yüklenicinin, arsa sahibine karşı yükümlülüğünü farklı bir arsada inşa ettiği yapıdan vereceği bağımsız bölümler ile ifa ettiği durumlarda, arsa sahibine verilecek bağımsız bölümlerin belirlenebilir olduğu ölçüde trampa benzeri sui generis sözleşme söz konusu olacağı yönünde bkz. Gümüş, *Şerhler*, 118-119.

⁷ Karakoç Karaibrahim, “Arsa Payı,” 5; Avcı, *Arsa Payı*, 7; Polat, *Şerh*, 17; Seher Çingil, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu” (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2022), 4, dn. 5. Aynı yönde bkz. Y. HGK, E.2017/1765, K.2020/1033, 15.12.2020: “*Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin konusu, arsa sahibinin maliki olduğu arsa üzerine yapılacak bina*

Doktrinde üzerinde inşaat yapılacak taşınmazın tapuya kayıtlı olmasının aranıp aranmayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁸, taşınmazın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olabilmesi için tapuya kayıtlı olması gerekir. Diğer görüşe göre⁹ ise bu sözleşmenin konusu olan taşınmazda yapının inşası bakımından hukuki veya fiili bir engel bulunmaması yeterlidir, taşınmazın tapuya kayıtlı olması şart değildir. Bu tartışmanın çalışma açısından önemi, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olması halinde, sözleşmeden doğan hakkın şerh edilememesi noktasında kendini göstermektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsasını değerlendirmek isteyen ancak inşaatın yapımı konusunda uzmanlığı bulunmayan ve maliyetin karşılanması için yeterli ekonomik gücü olmayan arsa maliki, yüklenicinin edimine karşılık nakden ödeme yapmadan, arsa paylarını ona devrederek bağımsız bölümler elde etmektedir¹⁰. Yüklenici ise henüz inşaatı

inşaatıdır. İnşaat, maddi nitelikteki eseri ifade eder. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde ilk unsur, "yüklenicinin bir inşaat (bina) meydana getirme borcu altına girmesidir". Zira bu sözleşmelerde yüklenici, finansını sağlayarak, lüzumunda sanat, beceri ve emek sarfıyla bir bina (inşaat) meydana getirme borcu altına girer. Fakat inşaat yapım sözleşmelerinin konusunu, yeni bir yapı (bina) yapmak kadar, mevcut bir binaya ilâve inşaat veya değişiklik ya da yapıdaki onarım işi de oluşturabilir. Genel olarak eser sözleşmelerinde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde de "bedel" sözleşmenin unsurlarındandır. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, burada arsa sahibi, inşaat yapımına karşılık yükleniciye bedel olarak bir miktar para vererek değil, kararlaştırılan arsa payını devretmek suretiyle edimini yerine getirir" erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-1765-k-2020-1033-t-15-12-2020>.

⁸ Avcı, *Arsa Payı*, 5. Aynı yönde bkz. Y. HGK, E.2019/695, K.2022/909, 14.6.2022: "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, tapulu taşınmazın veya tapulu taşınmaz payının devrini içermesi nedeniyle tek taraflı irade beyanıyla feshedilemez; taraf iradelerinin fesih konusunda uyumu gerekir veya mahkeme kararı ile fesih mümkündür. Taraf iradeleri fesih konusunda uyumamış ise, mutlaka hâkim kararı gereklidir" erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2019-695-k-2022-909-1-14-6-2022>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye bırakılması öngörülen yerlerin yalnızca bağımsız mülkiyet hakkına konu olabilecek nitelikteki bağımsız bölümler olabileceği yönünde bkz. Reisoğlu, "Arsa Payı," 5. Arsanın imar planı açısından müsaadeli olması gerektiği yönünde bkz. Kaplan, *İnşaat*, 270.

⁹ Erman, *Arsa Payı*, 2; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1068; Karakoç Karaibrahim, "Arsa Payı," 5.

¹⁰ Erdal, "Arsa Payı," 845; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1064-1065; Yavuz, "Önalım," 115; Atamulu, *Kat Karşılığı*, 25; Kurşat, *İnşaat*, 7.

tamamlamadan sözleşmeden doğan hakkını alacağı devri veya arsa payını ya da kat irtifakı kurulmuş ise belirli bağımsız bölümleri, taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi yoluyla üçüncü kişilere devrederek finansman sağlamaktadır¹¹. Her iki tarafa da sağladığı bu avantajları nedeniyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulamada en sık karşılaşılan inşaat sözleşmelerindedir.

B. Hukuki Niteliği ve Şekli

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması için arsa maliki ile yüklenicinin, esaslı unsurlar üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekli ve yeterlidir (TBK¹² m. 1)¹³. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi rızaî sözleşmelerdendir. Tarafların edimleri, karşılıklılık (synallagma) ilişkisi içinde olduğundan bu sözleşme tam iki tarafa borç yükler¹⁴. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir görünümü olan sözleşmenin

¹¹ Arsa paylarının yükleniciye baştan devredildiği hallerde, yüklenici üçüncü kişilerle taşınmaz satış sözleşmesi yaparak mülkiyet onlara devredebilir. Pay devrinin henüz yapılmadığı dönemde ise tasarruf yetkisine sahip olamayan yüklenici, üçüncü kişilerle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabilir veya alacağını onlara devredebilir. Yüklenicinin, üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çingil, "Arsa Payı," 40 vd. Konu hakkında bkz. Y. HGK, E. 2017/1817 K. 2022/643, 17.5.2022: "*Kat karşılığı inşaat sözleşmesi; bir yönüyle arsa sahibinin koşullar gerçekleştiğinde sahibi olduğu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmını yükleniciye devretmesini öngörürken, diğer yönüyle de, yüklenicinin yapacağı inşaat bakımından arsa sahibine karşı yükümlülüklerini gösteren, tapulu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmının devrine ilişkin vaadi ve eser sözleşmesini içeren, iki tipli karma bir sözleşmedir. Başka bir anlatımla yüklenici yönünden inşaat yapma yükümlülüğünü, arsa sahibi yönünden ise tapuda pay intikal ettirme yükümlülüğünü içeren kat karşılığı inşaat sözleşmesi hem inşaat yapma hem de satış vaadi sözleşmesini bünyesinde birleştiren özel bir sözleşme türüdür. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu, arsa sahibinin maliki olduğu arsa üzerine yapılacak bina inşaatıdır. Yüklenici, finansmanını sağlayarak, lüzumunda sanat, beceri ve emek sarfıyla bir bina (inşaat) meydana getirmeyi üstlenirken, arsa sahibi de buna karşılık arsa payı devri suretiyle bir bedel ödemeyi borçlanmaktadır. Bu sözleşmede ücret (bedel) arsa sahibi tarafından ayın olarak ödenmektedir"* erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-1817-k-2022-643-t-17-5-2022>.

¹² RG.27836, 4.2.2011.

¹³ Kurşat, *İnşaat*, 52; Atamulu, *Kat Karşılığı*, 28; Polat, *Şerh*, 21-22.

¹⁴ Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1073; Erman, *Arsa Payı*, 2-3; Atamulu, *Kat Karşılığı*, 32; Sarı, "Şerh," 275; Polat, *Şerh*, 24.

içeriğini belirleme serbestisinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu sözleşme TBK veya özel yasalarda tanım ve objektif esaslı unsurları itibariyle düzenlenmediği için isimsiz sözleşmedir¹⁵. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, kişisel hakların şerh edilmesine özgü TMK m. 1009, TK m. 26/VIII ve TST m. 47/1-c hükümlerinde yalnızca ismen yer verilmesi, isimli sözleşmeler kategorisinde değerlendirilmesi için yeterli değildir¹⁶. Yüklenicinin inşaatı yapma ve teslim etme borcu, eser sözleşmesinin; arsa malikinin belirli arsa paylarını devretme borcu da taşınmaz satışı veya satış vaadi sözleşmesinin unsurlarını oluşturmaktadır (TBK m. 237, 470). Bu doğrultuda, isimsiz sözleşmeler başlığı altında, iki farklı sözleşme tipine ait edimlerin birbirleriyle mübadele ilişkisine girdiği çifte tipli bir karma sözleşme olduğu kabul edilmektedir¹⁷. Karma nitelikte olduklarından bu tür

¹⁵ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 32; Çingil, “Arsa Payı,” 13; Saba Özmen ve Müge Ürem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler,” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 1, (2016): 14; Özmen ve Akçura Karaman, “Arsa Payı,” 50; Sarı, “Şerh,” 275.

¹⁶ Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 4. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 128; Çingil, “Arsa Payı,” 13; Atamulu, *Kat Karşılığı*, 33; Özmen ve Ürem, “Arsa Payı,” 14; Ali Avcı, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları,” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2015): 43; Sarı, “Şerh,” 276.

¹⁷ Öz, *Mevzuat*, 7; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1071-1072; Karakoç Karaibrahim, “Arsa Payı,” 11-12; Erman, *Arsa Payı*, 4-5; Atamulu, *Kat Karşılığı*, 32-33; Sarı, “Şerh,” 275-276; Kaplan, *İnşaat*, 271; Polat, *Şerh*, 25; Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 2. Bası (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2013), 12, 161. Y. HGK., E.2014/718, K.2015/1433, 27.05.2015 tarihli kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu görüşündedir: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa karşılıklı borç yükleyen (synallagmatik) sözleşmelerden olup, bu sözleşme ile yüklenici, üzerinde taraflar arasında anlaşılmış bulunan vasıflarda ve imar mevzuatına uygun bir bina yapmayı üstlenirken arsa sahipleri de edim olarak, belirlenen arsa payının devrini gerçekleştirmeyi üstlenirler. Yapısı gereği bu sözleşme türü "götürü bedelli" olup, arsa maliklerinin arsa payı devretmekten başka borçları bulunmamaktadır. Bu anlamda sözleşmenin ifasından doğacak borçların tamamından yüklenici sorumludur. Öte yandan bu sözleşme kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olup arsa malikleri için ticari nitelikte değilken, yüklenici için ticari niteliktedir” erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2014-718-k-2015-1433-t-27-5-2015>. Buna karşılık günümüzde istikrar kazanan kararlarında Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin karma nitelikli olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Yrg. HGK., E.2019/303, K.2022/180, T. 22.2.2022: “Kat karşılığı inşaat sözleşmesi; bir yönüyle arsa sahibinin koşullar gerçekleştiğinde sahibi olduğu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmını yükleniciye devretmesini öngörürken, diğer yönüyle de yüklenicinin

sözleşmelere, eser veya taşınmaz satışına ilişkin hükümler doğrudan uygulanmaz¹⁸. Doktrinde hâkim görüş, karma sözleşmenin unsurlarının ait olduğu sözleşme tiplerine özgü hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunan kıyas teorisini benimsemektedir¹⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, ifa süresi bakımından sınıflandırılması konusunda, doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre²⁰, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimlidir. Çünkü yüklenicinin yapıyı tamamlamaya yönelik ifaya hazırlık hareketleri belirli bir zamana yayılsa da arsa malikinin menfaati teslim yapıldığı anda gerçekleşmektedir. Diğer bir görüşe göre²¹, yüklenicinin borcu, yalnızca yapının teslim edilmesini değil aynı zamanda teslim kadarki hazırlık faaliyetlerini de kapsar. Yüklenicinin edimi, teslim aşamasından önce de belirli bir zamana yayılarak bölümler halinde ifa edildiğinden sözleşme sürekli borç ilişkisi niteliği taşır. Katılmakta olduğumuz bir diğer görüş ise²² hem ani hem sürekli edimli sözleşme özelliği gösterdiği için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçici-sürekli edimli borç ilişkisi olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle kategorik bir yaklaşım yerine somut olayın özellikleri

yapacağı inşaat bakımından arsa sahibine karşı yükümlülüklerini gösteren, tapulu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmının devrine ilişkin vaadi ve eser sözleşmesini içeren, iki tipli-karma bir sözleşmedir. Eş söyleyişle yüklenici yönünden inşaat yapma yükümlülüğünü, arsa sahibi yönünden ise tapuda pay intikal ettirme yükümlülüğünü içeren kat karşılığı inşaat sözleşmesi hem inşaat yapma hem de satış vaadi sözleşmesini bünyesinde birleştiren özel bir sözleşme türüdür. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu, arsa sahibinin maliki olduğu arsa üzerine yapılacak bina inşaatıdır. Yüklenici, finansmanını sağlayarak, lüzumunda sanat, beceri ve emek sarfıyla bir bina (inşaat) meydana getirmeyi üstlenirken, arsa sahibi de buna karşılık arsa payı devri suretiyle bir bedel ödemeyi borçlanmaktadır. Bu sözleşmede ücret (bedel) arsa sahibi tarafından ayın olarak ödenmektedir” erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2019-303-k-2022-180-t-22-2-2022>.

¹⁸ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 41; Kurşat, *İnşaat*, 7.

¹⁹ Gümüş, *Özel Hükümler*, 405; Atamulu, *Kat Karşılığı*, 35; Erman, *Arsa Payı*, 7-8; Kurşat, *İnşaat*, 8; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 138 vd.

²⁰ Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1073-1074; Yavuz, “Önalım,” 117. Eser sözleşmesinin kural olarak ani edimli olduğunu ancak sürekli borç ilişkisi şeklinde de kurulabileceğini savunan görüş için bkz. Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, (İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret AŞ, 1989), 20.

²¹ Erman, *Arsa Payı*, 8-9. Yazar ayrıca, sözleşmenin sürekli-geçici karmaşığı borç ilişkisi olduğunu ifade etmektedir.

²² Atamulu, *Kat Karşılığı*, 36-37; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 166, 175-176.

değerlendirilerek, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır²³. Yargıtay da 1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında²⁴, yüklenicinin ediminin hazırlık aşamasının uzun bir zaman aralığına yayılmış olduğuna işaret ederek, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici-sürekli karmaşığı bir özellik taşıdığını kabul ederek bu son görüşü benimsemiştir²⁵.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 12/I hükmü uyarınca, sözleşmenin geçerlilik şekline tabi olması, bunun yasada açıkça düzenlenmesine bağlıdır. Başka ifadeyle yasada açıkça şekle tabi tutulmuş olmadıkça sözleşmeler bakımından şekil serbestisi söz konusudur. Farklı sözleşme tiplerine ait unsurların yasanın öngörmediği şekilde bir araya gelmesi ile oluşan karma sözleşmelerin geçerlilik şekline ilişkin yasal düzenleme bulunmaması doğaldır.

Karma sözleşmeleri oluşturan unsurların ait olduğu sözleşme tiplerinden birinin veya birkaçının şekle tabi olduğu durumlarda, karma sözleşmenin geçerli olabilmesi için uyulması gereken şeklin ve bu şeklin kapsamının belirlenmesi gerekir. Doktrinde ağırlıklı olarak, geçerlilik şekline tabi sözleşmelere ait unsurlar içeren karma sözleşmelerin geçerli olabilmesi için içerdiği unsurun şekline uygun yapılması gerektiği, şeklin kapsamına, geçerlilik şekline tabi olmayan unsurların da girdiği kabul edilmektedir²⁶. Bu bilgiler ışığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şeklinin değerlendirilmesi için onu oluşturan unsurlardan hareket etmek gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi ile taşınmaz satışı veya satış vaadi sözleşmelerine ait unsurlardan oluşmaktadır. Eser sözleşmesinin geçerliliği için yasal şekil şartı söz konusu değildir (TBK m. 470). Buna karşılık taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin taşınmaz satışı veya satış vaadi sözleşmelerinin geçerliliği resmî şekle bağlıdır (TMK m. 706, TBK m.237/I-II). Taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik geçerlilik şekli öngören anılan düzenlemeler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de kıyasen uygulanır. Buradan hareketle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin

²³ Kurşat, *İnşaat*, 58; Çingil, “Arsa Payı,” 19.

²⁴ YİBGK, E.1983/3, K.1984/1. RG.18325, 27.02.1984.

²⁵ Öz, *Dönme*, 19, dn. 83.

²⁶ Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 160-161; Atamulu, *Kat Karşılığı*, 43. Farklı yönde bkz. Hasan Erman, “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 50, no. 1-4, (1984): 511-514; Erman, *Arsa Payı*, 17-18.

de resmî şekilde yapılması zorunludur²⁷. Resmî şekil, kural olarak tapu sicil müdürü veya tapu sicil memuru önünde gerçekleştirilir (TK m. 26/I)²⁸. Ayrıca NK²⁹ m. 60/b.3 uyarınca, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri noterler tarafından da düzenlenebilir (NK m. 89)³⁰. Resmî şeklin kapsamına yüklenicinin karşı edimi olan taşınmaz üzerinde bağımsız bölümler inşa ederek bunları arsa malikine teslim etme borcu da dâhildir³¹.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKKIN ŞERHİ

A. Yasal Düzenleme

Kendine özgü nitelikleri gereği çeşitli yasal düzenlemelere dayanan şerhlerin tamamını kapsayan tek bir tanım yapılması güçtür³². Buna karşılık

²⁷ Avcı, *Arsa Payı*, 29; Atamulu, *Kat Karşılığı*, 42; Öz, *Mevzuat*, 7; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Gayrimenkul Devrine Yönelik İşlemlerde Noterlerin Rolü,” içinde *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı*, ed. Arzu Oğuz, Selin Özden Merhacı, Zehra Özkan ve Vehbi Umut Erkan (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2017), 390-391.

²⁸ Tapu sicili teşkilatının taşınmazlar üzerindeki aynı hak değişikliklerini amaçlayan borçlandırıcı işlemler ile tescili talep şeklindeki tasarruf işlemlerinin bir arada yapılmasını zorunlu kılan fiili uygulamaları nedeniyle tapuda yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile karşılaşmadığı yönünde bkz. Sarı, “Şerh,” 279-280. Aynı yönde bkz. Özmen ve Akçura Karaman, “Arsa Payı,” 55-56; Ozanoğlu, “Gayrimenkul Devrine Yönelik İşlemler,” 392.

²⁹ RG.14090, 05.02.1972.

³⁰ Bu sözleşmelerin tapu sicil müdürlüklerinde yapılabilecekken uygulamada, noterlere taşınmaz satış vaadi düzenleme yetkisi veren NK m. 60/b.3 hükmüne dayalı olarak tapu sicil müdürlüklerinde yapılmadığı, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin hem noterlerde hem tapu sicil müdürlüklerinde yapılabileceğinin günümüzde unutulduğu yönünde bkz. Özmen ve Akçura Karaman, “Arsa Payı,” 55-56.

³¹ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 43; Erman, *Arsa Payı*, 17-18; Çingil, “Arsa Payı,” 26. Bkz. Y. HGK. E. 2018/240 K. 2020/43 21.1.2020: “*Karma nitelik taşıyan arsa payı devri karşılığı9 inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi taşınmazdaki bir bölümün mülkiyetini yükleniciye geçirmek vaadinde bulunduğundan bu sözleşmenin resmî şekilde yapılması davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan ve somut uyumsuzluk bakımından dikkate alınması gereken 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun (BK) 213, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 706, Noterlik Kanunu'nun 60 ve 89., Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri gereğince geçerlilik koşuludur*” erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2018-240-k-2020-43-t-21-1-2020>.

³² Şerhlerin farklı yasal düzenlemelerde çeşitli hususlara ilişkin oldukları göz önüne alındığında genel bir tanım yapılmasının zor olduğu yönünde bkz. Şahan, *Şerh*, 29;

en öz haliyle şerhler, taşınmazlara ilişkin belirli hukuki durumların ve hakların, elektronik ortamda tutulmasını sağlayan geçici nitelikteki tapu sicili işlemleri olarak ifade edilebilir³³. Tapu sicili işlemlerinde sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerli olduğundan yasalarda öngörülmeleyen bir hak veya hukuki durumun şerh edilmesi mümkün değildir³⁴. Şerh ile üçüncü kişilere, şerhe konu hak ve hukuki durumları öğrenebilme imkânı sağlanmış olur³⁵

Gümüş, *Şerhler*, 3; Murat Doğan, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Sınırlanmasının Şerhi* (Ankara, Seçkin Yayınları, 2004), 12; Akın Ünal, *Tapu Sicilinde Geçici Tescil Şerhi* (Ankara: Adalet Yayınları, 2019), 20.

³³ Tapu sicili işlemlerinden olan şerhin yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Doktrinde yapılan şerh tanımları için bkz. Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), N. 467; Ünal, *Şerh*, 21; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 115; Şahan, *Şerh*, 29; Gümüş, *Şerhler*, 3-4; Doğan, *Şerh*, 12, 15. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 23.6.2015 tarih ve 2015/4 (1766) sayılı “*Haciz İşlemleri, Şerh ve Beyan Belirtmelerinin Tescili ile Veri Güvenliği*” Hakkında Genelgesi ile tapu kütüğünde yer alan şerhler sütununa ve beyanlar hanesine yapılan kayıtlara son verilerek, bunların 2.7.2015 tarihinden yalnızca elektronik ortamda tutulmasına başlanmıştır. Bilgi için bkz. Lale, A., Sirmen, *Eşya Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 223.

³⁴ Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 468; Ahmet Cahit İyilikli, “Şerhedilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Vaat Borçlusunun Cüz’i Halef ve Alacaklıları ile Taşınmaz Üzerindeki Diğer Takyidatlara Etkisi,” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (Temmuz 2021): 969; Avcı, *Arsa Payı*, 265; Avcı, “Şerh,” 51; İsmet Sungurbey, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi* (İstanbul: Sermet Matbaası, 1963), 4; Gümüş, *Şerhler*, 1-4; Sarı, “Şerh,” 273; Ünal, *Şerh*, 21; Doğan, *Şerh*, 12; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989), 378. Eşya Hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesi bulunmadığı için tapu sicilinde yasada bulunmayan işlemlerin yapılamayacağı yönünde bkz. Şahan, *Şerh*, 30; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2018), 315; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 223; Dieter Zobl, *Grundbuchrecht*, 2. Baskı (Zürich: Schulthess, 2004), N. 300; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar*, 23. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), N. 891; Jörg Schmid ve Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht*, 3. Baskı, (Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2009), N. 475; Jürg Schmid, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB/Art. 1-61 SchlT ZGB*, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser, 3. Baskı (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2006), Art. 959, N. 1 (Basler/Schmid); Bettina Deillon-Schegg, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641- 977 ZGB*, ed. Peter Breitschmid and Alexandra Jungo, 3. Baskı (Zürich: Schulthess, 2016), Art. 959, N. 1 (CHK-Deillon-Schegg).

³⁵ Şahan, *Şerh*, 29; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 782; Gümüş, *Şerhler*, 4; Schmid ve Hürlimann Kaup, *Sachenrecht*, N. 473.

(TMK m. 1020). Şerhlere ilişkin genel düzenlemeler, TMK m. 1009-1011 arasında yer almaktadır. Bunlar sırasıyla, kişisel hakların şerhi (TMK m. 1009), tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler (TMK m. 1010) ve geçici tescil şerhidir (TMK m. 1011)³⁶. TMK’de yer alan şerhler yanında TBK, TK, KMK gibi özel yasalarda düzenlenmiş şerhler de bulunmaktadır³⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi, kişisel hakların şerhine özgü TMK m. 1009/I hükmünde, “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir*” şeklinde düzenlenmiştir³⁸. Hükmün yürürlüğe girmesinden önce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şerhine ilişkin yasal bir düzenleme söz konusu değildi. Ancak uygulamada bu boşluğun eser ve taşınmaz satış vaadi unsurlarının bir arada bulunduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taşınmaz satış vaadinin şerhi ile doldurulduğu görülmekteydi³⁹.

³⁶ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 223; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 889 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 378 vd. İsviçre Medeni Kanununda da yalnızca yasada sayılan hakların şerh edilebileceği kabul edilmiş olup şerhler TMK’yle özdeş şekilde, kişisel hakların şerhi (Art. 959 ZGB), tasarruf sınırlamalarının şerhi (Art. 960 ZGB) ve geçici tescil şerhi (Art. 961 ZGB) olarak üç başlıkla düzenlenmiştir. Konu hakkında bkz. Zobl, *Grundbuchrecht*, N. 297, 300; Schmid ve Hürlimann Kaup, *Sachenrecht*, N. 468, 474. Ülkemize özgü bir sözleşme olarak ifade edebileceğimiz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi, doğal olarak yalnızca TMK’de düzenlenmiştir.

³⁷ Şerh edilebilen haklara, sözleşmeden doğan önalım hakkı (TMK m. 735), alım hakkı (TMK m. 736), geri alım hakkı (TMK m. 736), taşınmaz satış vaadinden doğan hak (TK m. 26/V), arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hak (TMK m. 1009/I), kira sözleşmesinden doğan hak (TMK m. 1009/I, TBK m. 312), malik ile üst hakkı sahibi arasındaki anlaşmaların şerhi (TMK m. 830), paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmelerin şerhi (TMK m. 698/II) örnek verilebilir. Konu hakkında bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 894 vd.; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 224-225; Şahan, *Şerh*, 50.

³⁸ Kişisel hakların şerhinin, gerçek ve teknik anlamda şerh olduğu yönünde bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 314.

³⁹ Öz, *Mevzuat*, 128; M. Turgut Öz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı,” içinde *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, ed. Emrehan İnal ve Başak Baysal (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 441; Şahan, *Şerh*, 62. Şerhin yapılabilmesi için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, kat karşılığı inşaat ve gayrimenkul satış vaadi şeklinde adlandırıldığı ve bu hatalı yaklaşımın bugün de sürdüğü yönünde bkz. Özmen ve Akçura Karaman, “Arsa Payı,” 48-49.

8.5.1994 tarih ve 94/5623 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Tapu Sicil Tüzüğü'nün⁴⁰, “*Kişisel Hakların Şerhi İçin Aranacak Belgeler*” başlıklı m. 55/c hükmünde, şerh için aranacak belgeler arasında kat karşılığı inşaat hakkı için noterde düzenlenen sözleşmenin de sayılması ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şerhine imkân tanınmıştı. Bu Tüzük'ün yürürlüğü sırasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan hakkın şerh edilebileceğine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamasına rağmen m. 55/c hükmü ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şerhinin mümkün kılınması, kişisel hakların şerhinde geçerli sınırlı sayı ilkesine (numerus clausus) aykırı olduğundan haklı olarak eleştirilmekteydi⁴¹. Eleştirileri göz önüne alan yasa koyucu, TMK m. 1009 hükmünün gerekçesinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şerhine ilişkin eTST m. 55/c düzenlemesinin yasal dayanağının bulunması gerektiğinden hareketle, şerh edilebilecek haklar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de yer almasının uygun görüldüğü ifadesine yer vermiştir⁴².

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 1009 ile yasal temele kavuşan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhine ilişkin yürürlükteki diğer düzenlemeler, şerhin usulüne ilişkin 15.1.2009 tarih ve 5831 sayılı Yasa m. 1 ile değişik TK m. 26/VIII ve 22.7.2013 tarih ve 2013/5150 No'lu Tapu Sicili Tüzüğü'nün “*Kişisel hakların şerhi için aranacak belgeler*” başlıklı m. 47/1-c hükmü ile son şeklini aldı⁴³.

B. Şerh ile Korunan Menfaatin Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Kişisel hakların şerhini düzenleyen ve kenar başlığı “*a. Kişisel haklarda*”⁴⁴ olan TMK m. 1009/I-II hükmü, “*Arsa payı karşılığı inşaat,*

⁴⁰ RG.21953, 07.06.1994. Bu Tüzük 17.08.2013 tarih ve 28738 sayılı RG'de yayımlanan Tapu Sicili Tüzüğü ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴¹ Sarı, *Şerh*, 274, dn. 3; Gümüüş, *Şerhler*, 113-114; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 117.

⁴² Sarı, *Şerh*, 287-288. Hükmün gerekçesi için bkz. <http://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m-2.htm>, erişim tarihi Ocak 21, 2023.

⁴³ 2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin m. 139 hükmü ile Medeni Kanun'a göre çıkarılmış tüzük ifadesi Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik olarak değiştirilmiştir. Bkz. dn.4.

⁴⁴ Hükmün başlığında kullanılan kişisel haklar, belirli kişi veya kişilere karşı ileri sürülebilen hakları ifade eder. Konu hakkında bkz. Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 16.

taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir. - Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir” şeklindedir. Hükümde sınırlı olarak sayılan sözleşmelerden doğan hakların şerh edilebileceği öngörülmekte ancak şerhin lehtarında açıklama yapılmamaktadır⁴⁵. Şerhin hangi tarafın lehine olduğunun belirlenebilmesi için yasa koyucunun kişisel hakların şerhi ile ulaşmak istediği amacın ortaya konulması gerekir⁴⁶. TMK m. 1009/I hükmünde sayılan arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi ve kira sözleşmesinden doğan haklar, alacak hakkı; alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ise yenilik doğuran hak niteliği taşımaktadır⁴⁷. Kira sözleşmesinden doğan hak⁴⁸ dışındaki haklarda, hakkın dayandığı sözleşmelerde belirlenen koşulların gerçekleşmesi veya yenilik doğuran hakkın kullanılması ile taşınmaz mülkiyetinin alacaklıya devri söz konusu olmakta ve aynı hakkın sahibi

Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), N. 988; Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri*, (TMK m. 1-7), 2. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 93; Kemal M. Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 22. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 161.

⁴⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhine ilişkin TMK m. 1009/I, TK m. 26/VI ve TST m. 47/c hükümlerinde yüklenicinin hakkından veya ona devredilecek mülkiyet payından söz edilmediği, TMK m.1009’da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar demek suretiyle çoğul bir ifade kullanıldığı, Tapu K. m.26/VI’da da sözleşmenin şerhinden söz edildiği dolayısıyla bu düzenlemelerden amacı sadece yüklenicinin sözleşmeden doğan belli bir hakkını güvenceye almaktan ibaret olmayan bir şerh bulunduğu izlenimi doğduğu yönünde bkz. Öz, “Şerh,” 444.

⁴⁶ Sarı, *Şerh*, 275 vd.

⁴⁷ Şahan, *Şerh*, 36, 39.

⁴⁸ Kira sözleşmesinden doğan hakkın şerhi, kiracının kiralananı kira süresi boyunca sözleşmeye uygun kullanabilmesini sağlamaktadır. Burada şerhe konu olan hak kiracının kişisel hakkına dayanan kullanma ve yararlanma yetkisidir. Söz konusu şerh imkânı hem TMK m. 1009/I’de hem TMK m. 312 hükmünde düzenlenmiştir. Kira sözleşmesinden doğan hakkın şerhi hakkında bkz. Şahan, *Şerh*, 117 vd.; Pınar Altınok Ormancı, “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: “Satım Kirayı Bozamaz” İlkesinin Sonuçları,” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 12, no. 24 (Güz 2013/2): 135 vd.; Meliha Şermin Paksoy, “Kira Sözleşmesinin Şerhinin Hüküm ve Sonuçları,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2019): 136 vd. Zayıf olan kiracının korunması için toplumsal düşünceler nedeniyle kira sözleşmesinin şerhinin düzenlendiği yönünde bkz. Sungurbey, *Şerh*, 7.

değişmektedir⁴⁹. Sözleşmenin kurulması ile aynı hak değişikliğine yönelik edimin ifasına kadar geçen süre içinde malikin taşınmaz üzerinde aynen ifayı engelleyebilecek tasarruf işlemleri yapma hakkı devam etmektedir⁵⁰. Taşınmaz mülkiyetinin devrini talep yetkisine sahip eş deyişle yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilecek kişisel hakkın sahibi olan alacaklının söz konusu tasarruf işlemlerinden etkilenmemesi ise hakkın şerhi ile mümkün olmaktadır⁵¹. Dolayısıyla şerhe konu olan hakların, ileride gerçekleştirilecek aynı hak değişikliğine yönelik olduğu ifade edilmektedir⁵². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise taşınmaz malikin inşaatın tamamlanarak teslim edilmesine esas olacak hakkı, aynı hak değişikliğine yönelik değildir⁵³. Taşınmaz mülkiyetinin devrine eş deyişle aynı hak değişikliğine esas kişisel hak, yüklenicinin alacak hakkıdır⁵⁴. Henüz malik olmayan yüklenici, ileride mülkiyet hakkının kendisine devrini talep edecek olan kişidir. Bu nedenle, TMK m. 1009/I hükmünde düzenlenen, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar ifadesi ile de kural olarak yüklenicinin alacak hakkının kastedildiği kabul edilmektedir⁵⁵.

2. Yüklenicinin Korunması İçin Şerhe İhtiyaç Duyulan Haller

Yüklenicinin şerh ile korunmaya ihtiyaç duyup duymadığı, arsa malikin borcunu ifa zamanına bağlı olarak değişmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim etme borcu karşılığında malik, taraflarca belirlenen payların veya bağımsız bölümlerin devrini vadetmektedir. Bu halde yüklenicinin ifa talebinde bulunması, inşaatı tamamlamasına bağlıdır (TBK m. 97, 479/I). Tarafların, inşaatı belirli seviyelere ayırarak her biri tamamlandığında yükleniciye payların devrini kararlaştırdıkları sözleşmelerde ise yüklenici

⁴⁹ Sarı, “Şerh,” 277; Sungurbey, *Şerh*, 41-42; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 118; Şahan, *Şerh*, 36.

⁵⁰ Şahan, *Şerh*, 30; Doğan, *Şerh*, 15.

⁵¹ Sarı, “Şerh,” 280-281; Sungurbey, *Şerh*, 7; Şahan, *Şerh*, 29-30; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 773; Avcı, “Şerh,” 50; Avcı, *Arsa Payı*, 267; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 118.

⁵² Avcı, *Arsa Payı*, 267; Sungurbey, *Şerh*, 6-7; Sarı, “Şerh,” 277-278, Şahan, *Şerh*, 62-63; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 773; Avcı, “Şerh,” 5; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 118.

⁵³ Sarı, “Şerh,” 278; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 773; Şahan, *Şerh*, 62-63; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 118.

⁵⁴ Sarı, “Şerh,” 278; Şahan, *Şerh*, 62-63; Avcı, “Şerh,” 50; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 773; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 118.

⁵⁵ Sarı, “Şerh,” 277-278; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 118; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 773; Avcı, “Şerh,” s. 50; Şahan, *Şerh*, 62-63; Avcı, *Arsa Payı*, 267; Öz, “Şerh,” 445.

teslimden önce kısım kısım payların maliki olmaktadır. Dolayısıyla ilk durumda inşaatın bütününe, ikinci durumda da kararlaştırılan son seviyenin tamamlanmasından önce yüklenicinin alacağını tam olarak elde etme imkânı bulunmamaktadır. İnşa sürecinde, arsanın tamamı veya belirli payları, arsa malikinin malvarlığının aktifinde kalmakta ve arsanın mülkiyetinin üçüncü kişilere devredilmesi, arsa üzerinde sınırlı aynı haklar kurulması, arsa üzerinde kişisel hakların şerh edilmesi ya da cebri icra sonucu paraya çevrilmesi riski devam etmektedir. Arsa malikinin avantajlı olduğu bu sözleşmelerde şerh, pay devirlerinin hiç yapılmadığı veya tamamlanmadığı dönemde gerçekleşebilecek risklerden yüklenicinin korunmasını sağlayacaktır⁵⁶.

Şerh, yüklenicinin alacak hakkının ileride ifasını teminat altına alan bir fonksiyon icra etse de genel olarak tercih edilmemektedir. Bunun yerine uygulamada, paylı mülkiyet ilişkisi olmaksızın kat irtifakı kurulamayacağından yükleniciye pay devri yapılarak taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulmaktadır⁵⁷ (KMK m. 14). Kat irtifakı ile bağımsız bölümler belirli hale gelmekte, yüklenicinin de aralarında bulunduğu paydaşlar, birbirlerine karşı inşaatın tamamlanmasını sağlama ve kat mülkiyetine geçme yükümlülüğü altına girmektedirler⁵⁸ (KMK m. 17/I, 26/I). Paya bağlı bir hak olan kat irtifakı sayesinde inşaatın tamamlanmasını sağlama ve kat mülkiyetine geçme yükümlülüğü ve bağımsız bölümlere ilişkin paylaşım düzeni, taşınmazdan pay devralan yeni malikler açısından da bağlayıcı hale gelmektedir (KMK. m.1/1- m.2/1/c, 3/III)⁵⁹. Yeni malikler, yükleniciye karşı inşaatın tamamlanmasını engellememe ve inşaat tamamlandığında kendisine düşen bağımsız bölümleri devretme yükümlülüğü altına girmekte,

⁵⁶ Şerhin, mülkiyetin arsa malikinde kaldığı durumlarda yarattığı etkinin değerlendirilmesi için bkz. Öz, “Şerh,” 456-462.

⁵⁷ Öz, *Mevzuat*, 125-126; 133; Etem Sabâ Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 5711 ile 5912 Sayılı Kanunlarla Değişik 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa ve 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanuna Göre Yenilenmiş 2. Bası (Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 121; Karakoç Karaibrahim, “Arsa Payı,” 18.

⁵⁸ Öz, *Mevzuat*, 133; Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 217 vd.

⁵⁹ Öz, *Mevzuat*, 133. Kat irtifakının hukuki niteliği hakkındaki farklı görüşler için bkz. Özmen ve Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 202 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 2155; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 516; Şafak N. Erel, *Eşyaya Bağlı Borç* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982), 247 vd.; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 219.

yükleniciden de inşaatın tamamlanmasını talep yetkisine sahip olmaktadır⁶⁰. Bu özelliği nedeniyle kat irtifakı, payın devri halinde yeni maliklerin arsa üzerinde yapıyı tamamlamakla yükümlü tutulmasını sağlayan bir kurumdur⁶¹. Yeni maliklerin inşaatın tamamlanmasına engel olmaları halinde, yüklenicinin de aralarında bulunduğu paydaşlar, borcun ifa edilmemesine bağlanan sonuçlardan yararlanmanın dışında KMK m. 26/II uyarınca, onların paylarının kendilerine devrini talep edebileceklerdir⁶².

Uygulamada karşılaşılan ve özellikle kat irtifakının kurulmadığı durumlarda tercih edilen diğer bir yöntem, inşaatın başlamasından önce arsanın tamamının yükleniciye devredilmesi ve yüklenicinin de inşaatı tamamlayarak eski malikin payına düşen bağımsız bölümleri ona devretmeyi vaadetmesidir⁶³. Kendisine yapılan devir ile alacak hakkı sona eren ve malik haline gelen yüklenicinin, bu durumda şerh ile korunma ihtiyacının söz konusu olmadığı açıktır⁶⁴. Bu yöntemin benimsendiği sözleşmelerde, arsayı devreden eski arsa maliki/malikleri lehine uygulamadaki ismiyle teminat ipoteği tesis edilmekte ve inşaatın ilerleme durumuna göre ipotek terkin edilmektedir⁶⁵. Arsa üzerinde ipotek tesis edilmesi tasarruf yetkisini sınırlamadığından yüklenicinin inşaatın devamı sırasında ihtiyaç duyduğu

⁶⁰ Bunun için resmî şekilde yapılan kat irtifakı sözleşmesinde, hangi paydaşın yüklenici sıfatıyla inşaatı yapacağını ve inşaat edimine ilişkin hükümlerin belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. Öz, *Mevzuat*, 126.

⁶¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 2150; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 25 vd.; Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 208.

⁶² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 2183; Öz, “Şerh,” 468; Polat, *Şerh*, 37. Seçimlik bir imkân getiren KMK m. 26/II hükmünün aynen ifa talebine engel olmadığı yönünde bkz. Öz, *Mevzuat*, 127.

⁶³ Çingil, “Arsa Payı,” 35; Ayan, *İnşaat*, 39, dn. 86; Polat, *Şerh*, 36-37; Karakoç Karaibrahim, “Arsa Payı,” 19-20; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 112, 118-119; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 773-774, Avcı, “Şerh,” 49-50; Sarı, “Şerh,” 283, 285; Gümüş, *Şerhler*, 115.

⁶⁴ Çingil, “Arsa Payı,” 35; Ayan, *İnşaat*, 39, dn. 86; Polat, *Şerh*, 36-37; Karakoç Karaibrahim, “Arsa Payı,” 19-20; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 112, 118-119; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 773-774, Avcı, “Şerh,” 49-50; Sarı, “Şerh,” 283, 285; Öz, *Mevzuat*, 128; Gümüş, *Şerhler*, 117.

⁶⁵ Bütün Yılmaz, “Şerh,” 112; Polat, *Şerh*, 36-37; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 773-774; Avcı, “Şerh,” 49-50; Sarı, “Şerh,” 283, 285; Öz, *Mevzuat*, 128; Gümüş, *Şerhler*, 117. İpotek bedelini ödemesi durumunda yüklenici, arsaya ipotek yükünden arı olarak sahip olacak ve arsa malikinin bu yolla korunması mümkün olmayacaktır. Konu hakkında bkz. Ayan, *İnşaat*, 39, dn. 86; Karakoç Karaibrahim, “Arsa Payı,” 20-21; Yavuz, Özen ve Acar, *Özel Hükümler*, 1074.

finansal kaynağa ulaşabilmesi için üçüncü kişilere pay devri yapması mümkündür. Yüklenicinin inşa ve devir borcunu yerine getirmemesi halinde arsa maliki, pay devralan üçüncü kişilerden ipotek bedeline ilişkin talepte bulunabilmekte ancak onları taşınmazı devre zorlayamamaktadır⁶⁶. Buradaki ipotek, esasen borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde yükleniciden talep edilebilecek olan tazminatın teminatı fonksiyonunu yerine getirmektedir⁶⁷. Dolayısıyla kişisel hakkı şerh edilen ve bu sayede taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin hakkını üçüncü kişilere yöneltebilen alacaklıyla kıyaslandığında lehine ipotek tesis edilen arsa malikinin elverişsiz durumda olduğu kolaylıkla görülebilir.

Bu tür sözleşmelerde, taşınmaz üzerindeki aynı hak değişikliklerine karşı korunmaya ihtiyaç duyan tarafın eski malik olduğu şüphesizdir. Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak inşaatın tamamlanmasını ve taşınmaz mülkiyetinin devrini talep edebilecek olan alacaklı taraf arsa malikidir. Böyle durumlarda şerhin arsa maliki bakımından koruyucu etkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüş, şerhin arsanın tamamının veya taahhüt edilen paylardan daha fazlasının baştan yükleniciye devredildiği durumlarda, arsa maliki bakımından koruma fonksiyonunun bulunmadığını savunmaktadır⁶⁸. Arsa malikinin yükleniciye yönelteceği kişisel hakkının şerh edilebilir haklardan olmadığını ve şerhin klasik etkilerinden yararlanamayacağını kabul eden ancak arsa malikinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığı durumlarda şerhin önem arz edeceğini ifade eden diğer bir görüşe göre ise dönme hakkının kullanılması ile yüklenici adına yapılan tescilin yolsuz hale geleceği, arsa malikinin şerh sayesinde yolsuz tescile dayanarak taşınmazı devralan üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadığını ileri sürebileceği ve TMK m. 1023 uyarınca mülkiyetin kazanılmasına engel olabileceği savunulmaktadır⁶⁹. Ayrıca bu görüşte, üçüncü kişinin, arsa malikinin sözleşmeden döndüğünü hiçbir şekilde bilecek durumda olmaması halinde şerhin varlığının iyi niyeti ortadan kaldırmayacağı vurgulanmaktadır⁷⁰. Şerhin dönme hakkının kullanıldığı durumlarda önemli

⁶⁶ Polat, *Şerh*, 74. Yüklenicinin arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesi ya da satışını vaad etmesi ve bunun tapuya şerh edilmesi halinde, yüklenicinin inşaatı yarım bırakması durumunda arsa malikinin haklarının zayıfladığı ve ipoteğin de koruma sağlayamadığı yönünde bkz. Erman, *Arsa Payı*, 13.

⁶⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 3396, dn. 254.

⁶⁸ Sarı, “Şerh,” 278; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 119.

⁶⁹ Polat, *Şerh*, 74-75; Erman, *Arsa Payı*, 10-11; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 774.

⁷⁰ Polat, *Şerh*, 75.

olduğu görüşünün aksini savunan yazarlarca, şerh ile arsa malikinin dönme hakkının yeni maliklere karşı güçlendirilmesinin değil sözleşmenin yeni paydaşlar açısından da bağlayıcı olmasının amaçlandığı ve bunun bağlayıcılık şerhi olduğu ifade edilmektedir⁷¹. Diğer bir görüşte ise mülkiyet baştan yükleniciye devredilse bile şerhin arsa malikini koruyucu etkisinin marjinal durumlarla sınırlı olduğu savunulmaktadır⁷². Doktrinde ayrıca şerhten arsa malikinin de yararlanabileceğinin kabul edilmesi ile yarım bırakılmış inşaatın tamamlanmasının üçüncü kişilerden istenebileceği ya da malikin inşaatı tamamlayıp masraflar için onlara rücu edebileceği de savunulmaktadır⁷³. Son olarak doktrinde, şerhin koruyucu etkisinin arsa maliki için de söz konusu olacağı ileri sürülmektedir⁷⁴.

Kanımızca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin genel işleyişinden ayrılarak irade serbestisi ilkesi çerçevesinde sözleşme yapılan yükleniciye henüz inşaatla başlamadan arsanın tamamının veya taahhüt edilenden fazla payın devredildiği durumlarda, edimin gereği gibi ifa edilmemesi riskini göze alan arsa malikinin, şerh ile korunması için yeterli sebep bulunmamaktadır. Arsa malikinin, teminat ipoteğiyle veya yükleniciye pay devri yapılarak kat irtifakı kurulduğu durumlarda korunması mümkündür. Yasa koyucunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhini düzenlemekteki amacı, malvarlığının aktifindeki mülkiyet hakkını devreden maliki aldığı riskten korumak değil; onun karşısındaki yüklenicinin kendisine taahhüt edilen mülkiyetin devrine ilişkin alacak hakkını teminat altına almaktır. Dolayısıyla arsa malikinin yarattığı riske katlanması gerekir. Aksinin kabulü, şerhlerde geçerli sınırlı sayı ilkesi ile bağdaşmayan sonuçlar doğuracaktır⁷⁵.

⁷¹ Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), N. 77-79.

⁷² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinde esasen asıl göz önüne alınan hususun yüklenicinin arsa payını talep hakkının korunması olduğu, şerhin iş sahibinin elden çıkardığı arsa payı üzerindeki menfaatini koruma fonksiyonunun hem marjinal hem de tartışmalı durumlarla sınırlı olduğu yönünde yapılan ayrıntılı açıklamalar için bkz. Öz, “Şerh,” 455.

⁷³ Polat, *Şerh*, 142.

⁷⁴ Nezih Sütçü, *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri İle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2010), 268-269.

⁷⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan tüm hakların şerh edilebileceğinin kabulünün, sınırlı sayıda olma ilkesinin geçerli olduğu şerhler açısından kapsamı oldukça genişleteceği ve sınırlı sayıda olma ilkesine ters düşeceği yönünde bkz. Bütün Yılmaz, “Şerh,” 118.

Ayrıca kişisel hakkın güçlendirilmesi için düzenlenmiş olan şerhe arsa malikinin dönme hakkını kullandığı durumlar bakımından üçüncü kişilerin iyi niyetini bertaraf etme fonksiyonu tanınmasına ihtiyaç yoktur. Dönme hakkının tasarruf işlemine etkisi bakımından bizim de katıldığımız yasal borç ilişkisi görüşü uyarınca, dönme beyanın muhataba ulaşması ile borçlandırıcı işlem geriye etkili olarak sona erecek ancak kurulduğu anda geçerli olan tasarruf işlemi sebebe bağlı olup olmadığına bakılmaksızın bundan etkilenmeyecektir⁷⁶. Sözleşme ortadan kalkmadan önce ifa edilmiş edimler sebepten yoksun hale gelmeyecek ve geçerliliklerini koruyacaklardır. Bu nedenle sözleşme ilişkisinin tasfiyesi bakımından klasik anlamda bir sebepsiz zenginleşme değil TBK m. 125/III hükmünden kaynaklanan yasal bir borç ilişkisi söz konusu olur⁷⁷. Hükümde ifa edilmiş edimlerin iadesinin nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, tasfiyeye sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanır⁷⁸. Taşınmazın mülkiyeti, tapuda yüklenici adına tescil edildikten sonra arsa malikinin tescilin hukuki sebebi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi halinde yükleniciye karşı nisbi nitelikli tescile zorlama davası açılabilecektir (TMK m. 77, 716)⁷⁹. Ancak yüklenicinin taşınmazı, üçüncü kişilere devretmiş olması halinde, dönme hakkını kullanan malikin üçüncü kişiye karşı iade talebini yöneltmesi mümkün olmayıp yükleniciye karşı bedelin iadesi yoluna gidilecektir⁸⁰.

Tapuda maddi anlamda gerçek hak sahibi olan yükleniciden taşınmazı veya payları devralan üçüncü kişilerin kazanımlarının korunması için iyiniyetli olmalarına da gerek yoktur. Çünkü TMK m. 1023 uyarınca iyiniyetli kazanımdan söz edilebilmesi için devir sırasında tapuda gerçek hak durumunu yansıtmayan yolsuz bir tescilin bulunması gerekir. Oysa devir anında, yüklenici adına tapuda yer alan tescil geçerli bir tescildir⁸¹. Yüklenicinin

⁷⁶ Özmen ve Ürem, “Avans Tapu,” 23 vd.; Gülşah Sinem Aydın, “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 141 (2019): 431 vd.; Hermann Becker, *Berner Kommentar, Bd. IV, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR*, 2. Baskı (Bern: Stämpfli, 1945), Art. 109, N. 4; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993) 967-968; Polat, *Şerh*, 130.

⁷⁷ Aydın, “Arsa Payı,” 429-430, 434-435; Polat, *Şerh*, 126, 131.

⁷⁸ Aydın, “Arsa Payı,” 429-430, 434-435; Polat, *Şerh*, 126, 131.

⁷⁹ Özmen ve Ürem, “Avans Tapu,” 24; Aydın, “Arsa Payı,” 435.

⁸⁰ Özmen ve Ürem, “Avans Tapu,” 27; Aydın, “Arsa Payı,” 435-436.

⁸¹ Polat, *Şerh*, 131.

taşınmazı veya payları henüz üçüncü kişilere devretmediği dönemde, dönme hakkını kullanması durumunda, yükleniciye karşı açılacak olan tescile zorlama davasında çekişmeli hakların korunmasına ilişkin şerhin tesisi talep edilebilir⁸² (TMK m. 716, 1011).

Yukarıda yapılan açıklamalar, Yargıtay'ın istikrar kazanmış ve fakat yoğun eleştirisi alan “*avans tapu*” kararlarının varlığı karşısında uygulamaya etkili değildir⁸³. Şöyle ki Yargıtay, inşaat tamamlanmadan yükleniciye devredilen arsa paylarının avans niteliğinde olduğunu ve yüklenici ile ondan pay devralan üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını kazanabilmesi için yüklenicinin edimini gereği gibi ifa etmesi gerektiğini, arsa malikinin dönme hakkını kullanması ile sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalktığını ve buna bağlı olarak yüklenici ve dolayısıyla üçüncü kişiler adına yapılan tescilin de baştan itibaren yolsuz hale geldiğini kabul etmektedir⁸⁴. Bu sonuç uyarınca,

⁸² Özmen ve Ürem, “Avans Tapu,” 30; Polat, *Şerh*, 126; Aydın, “Arsa Payı,” 437.

⁸³ Y. 23. HD. E. 2016/5983, K. 2019/1298, 10.4.2019: “Az yukarıda da açıklandığı üzere yükleniciden daire satın alan üçüncü kişiler, yüklenicinin edimini tam ve eksiksiz olarak yerine getirmesi hâlinde, yüklenicinin halefi olarak mülkiyete hak kazanabilecek olup, arsa sahiplerinin yapım aşamasında yükleniciye veya yüklenicinin göstereceği üçüncü kişilere pay devri, inşaatı finansman sağlayabilmesi için yükleniciye verilmiş avans niteliğindedir. Yükleniciye isabet eden bağımsız bölümleri satın alan kişilerin de inşaatın yapım aşamasında olduğunu, yüklenicinin edimini ifa etmesi hâlinde hak sahibi olacaklarını bildiklerinin kabulü gerekir. Sözleşme gereğince yükleniciye isabet eden bağımsız bölümleri arsa sahiplerinden satın alan üçüncü kişilerin hakları, sözleşme geriye etkili olarak feshedildiği için korunamayacak iken sözleşme gereği arsa sahiplerine isabet eden bağımsız bölümleri arsa sahiplerinden satın alan üçüncü kişilerin hakları ise muhafaza edilecektir” erişim tarihi Ağustos 24, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2021-194-k-2023-411-t-3-5-2023>.

⁸³ Sarı, “Şerh,” 291; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 782, Polat, *Şerh*, 50.

⁸⁴ Yargıtay'ın kabul ettiği görüşün eleştirisi için bkz. Özmen ve Ürem, “Avans Tapu,” 11 vd.; Aydın, “Arsa Payı,” 427 vd.; Zafer Kahraman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, içinde *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan* (İstanbul: Der Yayınları, 2015), 439 vd.; Polat, *Şerh*, 123 vd.; Özmen Sabâ, “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Ayni Etkili Dönme Görüşüne Ve Özellikle Yargıtay 15. HD.'nin Yerleşik Kararlarındaki “Avans Tapu” Nitelemesine İlişkin Eleştiriler),” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 135, (2018): 501 vd.

aynı hakkına dayanarak yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını her zaman açabilecek olan arsa malikinin şerh ile korunmaya ihtiyacı da kalmayacaktır⁸⁵.

C. Şerhin Hükümleri

1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici, belirli arsa paylarının ve bunlara bağlı olarak oluşacak bağımsız bölümlerin kendisine devrine; arsa maliki de inşaatın tamamlanması ve teslim edilmesine yönelik alacak hakkı kazanır⁸⁶. Ancak arsa maliki, henüz borcunu ifa etmediği dönemde tasarruf yetkisine sahip olduğu için mülkiyeti üçüncü kişilere devredebilir, taşınmazda sınırlı ayni hak kurabilir, üçüncü kişilerin taşınmaz üzerindeki kişisel haklarının şerhini talep edebilir veya malikin borçları nedeniyle taşınmazın cebri icra yolu ile satılması söz konusu olabilir. Yüklenicinin, borç ilişkisine yabancı yeni malike, sınırlı ayni hak veya kişisel hak sahiplerine ya da malikin alacaklılarına karşı alacak hakkını ileri sürmesi mümkün değildir⁸⁷.

⁸⁵ TMK m.1009 hükmündeki şerhin iş sahibi lehine bir fonksiyonu olmadığı şerhin sağlayacağı korumayı Yargıtay kararlarının fazlasıyla sağladığı yönünde bkz. Öz, “Şerh,” 451.

⁸⁶ Erman, *Arsa Payı*, 1-2; Gümüş, *Şerhler*, 114; Şahan, *Şerh*, 57; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 109, 118; Sarı, “Şerh,” 276; Atamulu, *Kat Karşılığı*, 25; Kurşat, *İnşaat*, 7; Gümüş, *Özel Hükümler*, 401; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1066-1067; Polat, *Şerh*, 15-16; Coşkun, *Arsa Payı*, 25-26; Avcı, *Arsa Payı*, 4, 8; Kaplan, *İnşaat*, 270; Özmen ve Akçura Karaman, “Arsa Payı,” 47-48; Yavuz, “Önalım,” 116; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 722; Erdal, “Şerh,” 846; Reisoğlu, “Arsa Payı,” 5.

⁸⁷ Polat, *Şerh*, 49-50; Özmen ve Akçura Karaman, “Arsa Payı,” 69; Sarı, “Şerh,” 278. Bu halde yüklenici, yalnızca kendi sözleşeni arsa malikine karşı borcun gereği gibi ifa edilmemesine dayalı tazminat talebini ileri sürebilecektir (TBK m. 112). Y. 15. HD., E.1998/1515, K.1998/2337, 02.06.1998: “*Dava, 34/709 arsa paylı 16 nolu mesken tapusunun, % 55'lik kısmı için istisna ve % 45'lik kısmı için de tapu dışı satışa dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Davacı hem istisna ve hem de satım sözleşmelerine dayanarak; başka bir anlatımla, şahsi haklara dayanarak, bu sözleşmelerin tarafı olmayan mülkiyet hakkı sahibi M.Ş.den ferağa icbar talebinde bulunamaz. Anılan şahsi haklar tapuya şerh verdirilmediği için ayni hak kuvvetini kazanmamış ve dolayısıyla eşyaya bağlı borç ilişkisi doğmamıştır. Davacı, bu son durumda, ancak kendi akidi olan davalı arsa sahibi ve satıcı H.G.aleyhine bedel talebinde bulunabilir*”, erişim tarihi Ağustos 24, 2023, legalbank.net/belge/y-15-hd-e-1998-1515-k-1998-2337-t-02-06-1998-sahsi-hak-niteliği/416680/Dava%2c+34_709+arsa+paylı+16+nolu+mesken+tapusunun%2c++55%27lik+kısmı+için+istisna+ve++45%27lik+kısmı+için+de+tapu+dışı+satışa+dayalı+tapu+iptali+ve+tescil+istemine+ilişkindir.

Yüklenicinin alacak hakkının, arsa maliki dışında nisbilik ilkesi aşılarak söz konusu kişilere karşı ileri sürülebilmesi şerh edilmesi ile mümkün hale gelir⁸⁸ (TMK m. 1009/II, TST m. 47/c, TK m. 26/VIII). Şerh, yüklenicinin alacak hakkının ileri sürülebileceği çevreyi genişleterek hakkın etkisini güçlendirmektedir⁸⁹. Alacak hakkının ileri sürülebileceği çevrenin genişlemesi, şerhten sonra taşınmazda hak kazanan kişilerle sınırlıdır⁹⁰. Bu sonuç, TMK m.1009/II'nin, "*Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir*" şeklindeki ifadesine dayanmaktadır⁹¹. Dolayısıyla şerh, alacak hakkının niteliğini değiştirip onu herkese karşı ileri sürülebilen aynı hakka dönüştürmez, kıdeme itibar ilkesi gereği hak sahibini şerh anından itibaren kendisinden sonra gelen ve hakkın sağladığı yetki ile bağdaşmayan tüm tasarruf işlemlerine karşı korur⁹². Örneğin taşınmazın haksız fiil sonucu hasara uğraması halinde şerh lehtarından doğan zararın tazmin edilmesini talep edemez. Çünkü bu yetki, mutlak hakkı ihlal edilerek malvarlığı azalan malike aittir (TBK m. 49)⁹³.

⁸⁸ Sarı, "Şerh," 291; Gümüşsoy Karakurt, "Şerh," 782, Polat, *Şerh*, 50; Schmid ve Hürlimann Kaup, *Sachenrecht*, Art. 470, 478; Basler/Schmid, *Zivilgesetzbuch*, Art. 959, N. 2.

⁸⁹ Sarı, "Şerh," 291. Şerhin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine aleniyet kazandırdığı yönünde bkz. Gümüşsoy Karakurt, "Şerh," 782; Polat, *Şerh*, 77; Şahan, *Şerh*, 29; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 321.

⁹⁰ Polat, *Şerh*, 50; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229.

⁹¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 383; Schmid ve Hürlimann Kaup, *Sachenrecht*, Art. 478.

⁹² İyilikli, "Şerh," 970; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 84-85; Polat, *Şerh*, 50; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 319. Şerhin tesis edilme anı şerh talebinin yevmiye defterine kaydının yapıldığı andır (TMK m. 1022/I-II kıyasen). Konu hakkında bkz. Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 473. Y. 14. HD., E. 2018/4129 K. 2019/4081 7.5.2019: "*Şerhin birinci etkisi ancak borcun doğumuna kadardır. Borcun doğumundan sonra rolü yoktur. Doğan borç, hangi malik zamanında doğarsa onun borcudur. Borç doğduktan sonra taşınmaz el değiştirirse borç yeni malike geçmez. İkinci yani munzam etki ise ancak borç doğduktan sonra söz konusu olur. Borç doğmadıkça bir rolü yoktur. Her iki etki bakımından da şerh kurucu bir nitelik taşır. Diğer bir ifade ile ancak şerhin yapılması ile kişisel hak sözü geçen etkileri kazanır (Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.: Eşya Hukuku, İstanbul 2014, s.247 vd.)*", erişim tarihi Ağustos 24, 2023, <https://legalbank.net/belge/y-14-hd-e-2018-4129-k-2019-4081-t-07-05>

2019/3563184/%C5%9Eerhin+birinci+etkisi+ancak+borcun+do%C4%9Fumuna+kadard%C4%B1r++Borcun+doğumundan+sonra+rolü+yoktur++Doğan+borç%2c+hangi+malik+zamanında+doğarsa+onun+borcudur.

⁹³ Şahan, *Şerh*, 156; Polat, *Şerh*, 50, dn. 126; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 383; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 319.

Ayrıca şerh, alacak hakkını güçlendirdiği için yükleniciden alacak hakkını devralan kişiler de şerhin etkisinden faydalanacaklardır⁹⁴ (TBK m. 189/I).

Doktrinde, inşaatın yapılacağı arsanın tamamının değil de belirli paylarının devredildiği veya belirli paylar üzerinde sınırlı ayni hak tesis edildiği ve geriye kalan kısmın gereği gibi ifa için yeterli olduğu durumlarda, yüklenicinin şerh edilmiş alacak hakkını üçüncü kişiye yöneltemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁵. Geride kalan arsa paylarının, borcun gereği gibi ifası için yeterli olmaması halinde üçüncü kişiye yönelik talebin söz konusu olması gerektiği, birden çok kişinin hak sahibi olduğu durumlarda ise sorumluluğun TMK m. 694 hükmünden faydalanılarak paylar oranında olacağı ifade edilmektedir⁹⁶.

2. Etkisi

Şerhin kişisel haklara etkisi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüş kişisel hakkın şerh edilmesi ile borç ilişkisinin taraflarının aynı kaldığını ancak kişisel hakkın ayni etki kazanarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale geldiğini savunmaktadır⁹⁷. Hâkim görüş ise kişisel haklarda şerhin eşyaya bağlı borç ilişkisi yarattığını ileri sürmektedir⁹⁸. Eşyaya bağlı borç ilişkisi görüşüne göre şerhin iki etkisi bulunmaktadır⁹⁹. Bunlardan ilki, kişisel hakka esas olan yükümlülüğü taşınmazın mülkiyetine bağlayarak borç ilişkisini eşyaya bağlı borç haline getirmesidir¹⁰⁰. Eşyaya

⁹⁴ Sarı, “Şerh,” 298; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 320; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1038; Polat, *Şerh*, 52; Öz, *Mevzuat*, 130.

⁹⁵ Öz, *Mevzuat*, 129; Polat, *Şerh*, 78; Sarı, “Şerh,” 298.

⁹⁶ Öz, *Mevzuat*, 129; Polat, *Şerh*, 78; Sarı, “Şerh,” 298.

⁹⁷ Sungurbey, *Şerh*, 102 vd.

⁹⁸ Rona Serozan, “Nisbî Hakların Güçlendirilmesi,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 40, no. 1-4 (1974): 474-476; Özmen ve Akçura, “Arsa Payı,” 69; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 319-320; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 385-388; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.; Schmid ve Hürliman Kaup, *Sachenrecht*, Art. 478; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 205-206; Basler/Schmid, *Zivilgesetzbuch*, Art. 959, N. 2, 5; Zobl, *Grundbuchrecht*, N. 306; CHK-Deillon-Schegg, *Sachenrecht*, Art.959, N. 6.

⁹⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 205-206; Sarı, “Şerh,” 293; Özmen ve Akçura, “Arsa Payı,” 69. Şerh ile kişisel hakkın niteliğinin değişmediği ancak taşınmazda sonradan ayni hak kazananlara karşı ileri sürülebilmesi bakımından kısmen ayni hak etkisine sahip olduğu yönünde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 384.

¹⁰⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.; Sarı, “Şerh,” 294; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 26, 228-229.

bağlı borç, bir kimseyi borçlanma iradesi aranmaksızın bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkı veya zilyetlik sebebiyle yükümlü kılan hukuki ilişkidir¹⁰¹. Alacak hakkına konu taşınmazın devri, şerh verilmiş kişisel hakkın borçlusunu değiştirmektedir. Bu etki, şerh edilmesine izin verilen her kişisel hak bakımından yasada özel olarak düzenlenmektedir¹⁰². Bu görüşte olan yazarlardan bir kısmı, şerh anından itibaren taşınmazı devralan her yeni malikin, mülkiyet hakkına sahip olduğu dönemde doğan borçtan sorumlu olacağını eş deyişle borcun doğumu anında taşınmaz malik olan kişinin aynı zamanda borcun yükümlüsü haline geleceğini ifade etmektedirler¹⁰³. Dolayısıyla taşınmaz, borcun doğumundan sonra devredilirse, borç yeni malike geçmeyecektir¹⁰⁴. Çünkü eşyaya bağlı borç etkisinin zamansal sınırı, borcun doğumu anına kadardır. Borç doğduktan sonra munzam etki söz konusu olabilir¹⁰⁵. Aksi yöndeki görüşe göre¹⁰⁶ kişisel hakkın şerhinden sonra taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı değişikliği olursa kişisel haktan doğan yükümlülük yeni malike geçecektir. Dolayısıyla eşyaya bağlı borç etkisinin borcun doğumundan sonra da söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Doktrinde diğer bir görüş ise taşınmaz mülkiyetinin devredildiği hallerde, her kişisel hakkın şerhinin etkisinin münferit uygulamalar kapsamında ele alınması gerektiğini, şerhten sonra taşınmaz üzerinde üçüncü kişiler tarafından kazanılan sınırlı aynı hakların veya şerh edilen kişisel hakların ise kişisel hak ile uyuşmadıkları ölçüde etkisizleşeceği yönündedir¹⁰⁷.

Farklı yöndeki görüşlerin varlığı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması ile borç doğduğu için bundan sonra malikin üçüncü kişilere pay devri yapması halinde, yüklenicinin şerhin hangi etkisi ile korunacağı konusunda tartışmalara yol açmıştır. Konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, şerhin eşyaya bağlı

¹⁰¹ Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 5, 39; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 29; Şahan, *Şerh*, 42.

¹⁰² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039; Sarı, “Şerh,” 294; Polat, *Şerh*, 79; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından şerhin eşyaya bağlı borç etkisi konusunda bir yasal düzenleme bulunmadığı yönünde bkz. Bütün Yılmaz, “Şerh,” 127.

¹⁰³ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039, 1041.

¹⁰⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1041; Sarı, “Şerh,” 294.

¹⁰⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1041; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229.

¹⁰⁶ Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 206.

¹⁰⁷ Gümüş, *Şerhler*, 103-104.

borç etkisi bulunmamaktadır¹⁰⁸. Şöyle ki rızai nitelikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kurulması ile tarafların borçları da doğduğundan eşyaya bağlı borç etkisinden söz etmek mümkün değildir. Başka ifadeyle sözleşme kurulduğu anda borç doğduğu için bu eşyaya bağlı borç etkisi de borcun doğumu ile sona ermekte ve taşınmaz mülkiyetini devir borcu, yeni malike geçmemektedir. Ancak üçüncü kişi olan yeni malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı, arsa malikinin borcunun ifasına engel olduğu için yüklenici şerhin munzam etkisi ile korunacaktır¹⁰⁹.

Katıldığımız diğer görüşe göre ise borç eski malik döneminde doğmuş olsa da şerh edilmiş kişisel hak sahibi borcun doğumundan sonra taşınmazı devralan yeni malike karşı şerhin eşyaya bağlı borç etkisinden faydalanabilecektir¹¹⁰. Kanımızca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, şerhin eşyaya bağlı borç etkisini, borcun doğumu anı ile sınırlamamak kişisel hak sahibine üçüncü kişiler karşısında daha etkin bir koruma sağlayacaktır. Taşınmazın devredilmesi ile yeni malik, -şerhin kapsamı ile sınırlı olmak kaydıyla- kişisel hak sahibine karşı eski malikin yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olacaktır. Alacak hakkı sahibi yüklenici de edimini gereği gibi ifa ettikten sonra doğrudan yeni malikten pay veya bağımsız bölümün devrini talep edebilecek; devrin yapılmaması halinde TMK m. 716 uyarınca tescile zorlama davası açabilecektir¹¹¹.

Doktrinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin etkisini yasal sözleşme devri ile açıklayan diğer bir görüş ise¹¹², yeni malikin taşınmazı devralması ile arsa maliki ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini de aynı şartlarla yasal olarak devraldığını ve bu yolla taraf haline geldiğini savunmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak sözleşmeden doğan borçlarla sorumlu olan yeni malike karşı TMK m. 716'ya dayalı olarak tescile zorlama davası açılabilir.

Kişisel hakların tapu kütüğüne şerhinin bir diğer sonucu ise munzam etkidir¹¹³. TMK m.1009/II hükmünün, “*Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz*

¹⁰⁸ Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 782; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1041; Sarı, “Şerh,” 294.

¹⁰⁹ Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 782; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1041; Sarı, “Şerh,” 294. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Gümüş, *Şerhler*, 106, dn. 26.

¹¹⁰ Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 206.

¹¹¹ Polat, *Şerh*, 82.

¹¹² Gümüş, *Şerhler*, 121.

¹¹³ Eşyaya bağlı borç ilişkisini savunan yazarlardan bir kısmı şerhten sonra taşınmazda hak kazananlardan doğmuş borcun ifasında kişisel hak sahibine zarar verenlerin bertaraf edilmesini munzam etki olarak isimlendirmektedir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve

üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir” şeklindeki ifadesinde yasal dayanağını bulan munzam etki, şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan doğmuş borcun ifasını engelleyenlere karşı yüklenicinin korunmasını sağlar¹¹⁴. Böylece, yüklenici alacak hakkını, taşınmaz üzerinde şerhten sonra kazanılan sınırlı aynı hak ve şerh edilmiş kişisel hak sahiplerine, haciz alacaklılarına veya iflas masasına karşı da ileri sürebilir¹¹⁵. Dolayısıyla şerhten sonra sözleşmenin konusu taşınmazda hak kazanan kişiler, yüklenicinin şerh edilmiş alacak hakkına katlanmak zorundadır¹¹⁶.

3. Kapsamı

Yasada açıkça belirtilmemiş olsa da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde şerhin, aynı hakkı talep yetkisine sahip alacaklı olan yükleniciyi koruduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle bu başlık altında, yüklenicinin şerh ile güçlendirilen alacak hakkının kapsamı değerlendirilecektir. Yüklenicinin alacak hakkının asli içeriğini, arsa malikinden kararlaştırılan oranda payın/payların veya belirli bağımsız bölümlerin devrini talep yetkisi oluşturur. Bu yetki, arsa maliki açısından asli edim yükümlülüğüdür. Yüklenicinin arsa malikinden taşınmazın devrini talep edebilmesi, kendi edimini gereği gibi ifa etmesine bağlıdır. Yüklenicinin edimini gereği gibi ifa edebilmesi ise arsa malikinin inşaatın başlaması ve devamı sırasında söz konusu olan bazı yan edimleri yerine getirmesine bağlıdır. Doktrinde arsa malikinin asli ediminin gereği gibi ifasına yardımcı olan bağlı yan borçların şerhin kapsamında olduğu; bağımsız olarak talep ve dava edilebilen yan borçların ise taşınmaza ilişkin olduğu ölçüde şerhin

Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Sarı, “Şerh,” 292; Özmen ve Akçura, “Arsa Payı,” 69. Şerhin genellikle eşyaya bağlı borç etkisi yarattığı ancak (TMK m. 1009/II’nin karşılığı) Art. 959/II ZGB uyarınca deyim yerindeyse aynı etkisinin de bulunduğu yönünde bkz. Schmid ve Hürlimannan Kaup, *Sachenrecht*, N. 478. Şerhin ayrıca aynı nitelikli bir yan hak sağladığı yönünde Basler/Schmid, *Zivilgesetzbuch*, Art. 959, N. 2; CHK-Deillon-Schegg, *Sachenrecht*, Art. 959, N. 6.

¹¹⁴ Bu etkinin taşınmazın yeni maliki için söz konusu olmadığı, taşınmaza sonradan malik olanlar için -borcun doğmuş olup olmamasından bağımsız şekilde- eşyaya bağlı borç, diğer hak sahipleri açısından da munzam etki söz konusu olduğu yönünde bkz. Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 206. Aynı yönde bkz. Şahan, *Şerh*, 167.

¹¹⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşyaya Hukuku*, N. 1043; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 230; Polat, *Şerh*, 81; Basler/Schmid, *Zivilgesetzbuch*, Art. 969, N. 6; CHK-Deillon-Schegg, *Sachenrecht*, Art. 959 N. 6.

¹¹⁶ Zobl, *Grundbuchrecht*, N. 298.

kapsamına dâhil edilebileceği savunulmaktadır¹¹⁷. Bu kapsamda arsa malikinin inşaat süresince sözleşme konusu arsayı yüklenicinin edimini gereği gibi ifa etmesine elverişli biçimde bulundurma yükümlülüğünün ve bunun bir yansıması olan arsa üzerinde inşa faaliyetlerine fiili engel oluşturan yapıların veya hukuki engellerin kaldırılması talebinin yeni malike karşı da ileri sürülebilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁸. İnşaatın başlaması ve devamı için arsa malikinin yerine getirmesi gereken yükümlülükleri, yüklenicinin asli edimini yerine getirmesini sağlayan fiil ve hukuki işlemlerden oluşur. Arsa malikinin mülkiyet hakkına bağlı olarak yerine getirmesi gereken yapı kullanma izni alma, inşaat ruhsatı izni alma ya da bunların üçüncü kişiler veya yüklenici tarafından yerine getirilebilmesi için temsil yetkisi uygulamadaki adıyla vekâletname verme, arsa üzerinde inşa fiiline başlamasına engel olan yapıların kaldırılması bunlara örnek olarak gösterilebilir¹¹⁹.

Anılan yan borçların tamamı, mülkiyet hakkından doğan yetkilere sahip malik tarafından yerine getirilebilecektir. Bunların malik tarafından yerine getirilmemesi halinde yüklenicinin inşa faaliyetine başlaması ve devam etmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanımızca inşa fiiline başlanabilmesi ve devam edilebilmesi için malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin kullanılması gereken durumların şerhin kapsamında olduğu sonucuna varılmalıdır (MK m. 683). Ayrıca eski arsa maliki ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılıp da iç ilişkiyi ilgilendiren ve yerine getirilmediğinde yapının inşasına başlanmasına ve devam ettirilmesine engel oluşturmayan yan borçların ise şerhin kapsamında olmadığı sonucuna varılmalıdır¹²⁰.

¹¹⁷ Sarı, “Şerh,” 278; Polat, *Şerh*, 71; Avcı, “Şerh,” 48.

¹¹⁸ Polat, *Şerh*, 71-72. Şerhin yükleniciye, yeni malikleri yapı kullanma izni almaya veya arsada inşa faaliyetlerinin başlanmasına ve sürdürülmesine izin vermeye zorlama hakkı vermediği, bu yetkileri yalnızca kat irtifakının verdiği yönünde bkz. Öz, *Mevzuat*, 134.

¹¹⁹ Örnekler için bkz. Polat, *Şerh*, 72-73; Sarı, “Şerh,” 278. Şerhin etkili olabilmesi için şerhine imkân tanınan hakkın doğduğu sözleşmenin geçerli olması gerekir. Konu hakkında bkz. Y. HGK., E. 2020/251, K. 2022/1348, 20.10.2022: “*Getirilen bu tapuya şerh olanağı ile kendine özgü yapısıyla şahsi hak niteliğinde olan satış vaadi sözleşmeleri güçlendirilmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin sağladığı şahsi hakkı aynı hakka dönüştürmemekle birlikte “aynî tesir” kazandıran bu şerhin geçerliliği de satış vaadi sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır. Geçersiz bir sözleşmeye dayanılarak tapuya işlenen şerhin geçerliliğinden ve koruyuculuğundan da söz edilemez*”, erişim tarihi Ağustos 24, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2020-251-k-2022-1348-t-20-10-2022>.

¹²⁰ Polat, *Şerh*, s. 71-72. İnşaat sözleşmesinde, iş sahibinin yükleniciye arsa payı yanında para veya malzeme verme gibi başka edimler verme taahhüdü altına girmesi

D. Şerhin Koşulları ve Süresi

Taşınmaz üzerindeki bir kişisel hakkın şerhi, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlamaz ancak daraltır¹²¹. Dolayısıyla malikin eşya üzerindeki hâkimiyetini hukuki işlemler bakımından kısıtlamaz, tapu sicilini kilitlemez. Ancak deyim yerindeyse taşınmazın ve dolayısıyla taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının ekonomik bakımdan değerini azaltır. Bu özelliği gereği şerh talebinin bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi gerekir. Çünkü tasarruf işlemleri, yapan kimsenin malvarlığını doğrudan etkileyerek aktifin ekonomik değerini azaltır¹²². Tasarruf işlemi olan şerhin aynı zamanda bir tapu sicili işlemi olması dolayısıyla sebebe bağlılık ilkesi gereği şerh anlaşması olarak isimlendirilen bir hukuki sebebin bulunması zorunludur. Bu anlaşmaya dayalı olarak şerh, tasarruf yetkisi sahibi malik veya yetkili temsilcisi tarafından yazılı olarak talep edilmelidir¹²³ (TST m. 16/I, 17/I, TMK m. 1023 kıyasen). Kural bu olmakla birlikte TK m. 26 hükmünde, 15/1/2009 tarihli ve 5831 sayılı Kanunun m. 1 ile yapılan değişiklik, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından ayrı bir durum yaratmış, şerh anlaşması ve buna dayalı olarak yapılacak şerh talebinden vazgeçilmiştir¹²⁴. Değişiklik sonrası TK m. 26/VII hükmünün, “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir*” şeklindeki ifadesi uyarınca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar

durumunda, bu yükümlülüklerin yeni malike geçmeyeceği yönünde bkz. Öz, *Mevzuat*, 129.

¹²¹ Şahan, *Şerh*, 30; Polat, *Şerh*, 51; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 318-319; Sungurbey, *Şerh*, 118; Doğan, *Şerh*, 15; İyilikli, “Şerh,” 985.

¹²² Tasarruf işlemi için bkz. Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, N. 1134. Taşınmaz maliki açısından şerhin bir tasarruf işlemi olduğu yönünde bkz. Sungurbey, *Şerh*, 56 vd.; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 382; Burak Özen, “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Şerhi ve Bu Şerhin Kaldırılması,” içinde *Makaleler-Tebliğler (2001-2020)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 669; Burak Özen, “Elbirliği ile Malik Olanlardan Biri Tarafından Yapılan Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerhi,” içinde *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. I: Eşya Hukuku (20 Ekim 2016)*, ed. Tufan Öğüz ve Baki İlkay Engin (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 134 vd.

¹²³ Sungurbey, *Şerh*, 56 vd.; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 382; Özen, “Satış Vaadi,” 669; Özen, “Şerh,” 134.

¹²⁴ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 227; Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 779; Bütün Yılmaz, “Şerh,” 122; Özmen ve Akçura Karaman, “Arsa Payı,” 71.

arasında yapılmış bir şerh anlaşmasının varlığı aranmaksızın malikin veya malik olmayan tarafın talebi üzerine şerhin yapılabileceği anlaşılmaktadır¹²⁵. Doktrinde eleştirilere neden olan bu ayırık durum esasen taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi olmayan yüklenici açısından anlam ifade etmektedir¹²⁶.

Kişisel hakkın şerhinin etkisi, yasada azami bir süre belirlenmemişse alacak hakkı mevcut olduğu sürece devam eder¹²⁷. Yüklenicinin alacak hakkının sona ermesiyle, şerhin etkisi de sona erecektir¹²⁸. Tarafların süreye ilişkin anlaşma yapmaları halinde, şerh, yasada belirlenen azami sınır aşılmamak kaydıyla etkisini gösterir¹²⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise yasada azami üst sınır 5 yıl olarak belirlenmiştir¹³⁰. Şöyle ki, TK m. 26/VII hükmüne, 15/1/2009 tarihli ve 5831 sayılı Kanunun m. 1 ile “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri*” ifadesinin eklenmesiyle, şerhin süresini düzenleyen TK m. 26/VIII hükmünün bu sözleşmeleri de kapsadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Katıldığımız görüş uyarınca, taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tarafların isteği ile şerh edilebileceğine ilişkin TK m. 26/VII’nin devamı niteliğindeki TK m. 26/VIII uyarınca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından da şerhin süresi 5 yıl olarak kabul edilmelidir¹³¹.

Doktrinde henüz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi devam ederken şerhin sona erdiği durumlarda, şerhin yeniden tesisi için taraflardan birinin talebinin yeterli olup olmayacağı konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş, şerhin yeniden tesisi için şerh anlaşması yapılması gerektiğini ve şerhin süresi için de 5 yıllık azami sürenin geçerli olacağını savunmaktadır¹³². Aksi yöndeki diğer görüş ise taraflarca şerh yapılmayacağına ilişkin ek bir anlaşma

¹²⁵ Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin şerhi ile ilgili olarak, kişisel hakların şerhi için aranan genel koşullardan farklı düzenleme yapılmış olmasını eleştiren görüşler için bkz. Özen, “Satış Vaadi,” 673 vd.; Özen, “Şerh,” 135 vd.

¹²⁶ Yasa koyucunun TK m. 26/VIII hükmü ile yüklenicinin tasarruf yetkisi eksikliğini gidermek istediği yönünde bkz. Polat, *Şerh*, 66.

¹²⁷ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 228; Polat, *Şerh*, 48.

¹²⁸ Sarı, “Şerh,” 298; Polat, *Şerh*, 48.

¹²⁹ Polat, *Şerh*, 48.

¹³⁰ Sürenin yetersiz olduğu yönünde bkz. Gümüşsoy-Karakurt, “Şerh,” 781; Özmen ve Akçura Karaman, “Arsa Payı,” 72; Polat, *Şerh*, 69.

¹³¹ Gümüşsoy-Karakurt, “Şerh,” 780; Özmen ve Akçura Karaman, “Arsa Payı,” 72; Polat, *Şerh*, 68. TK m. 26/VIII’in daha açık olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. Erdal, “Şerh,” 857-858. Aksi yönde bkz. Bütün Yılmaz, “Şerh,” 123-124.

¹³² Gümüşsoy Karakurt, “Şerh,” 781. Taşınmaz satış vaadi yönünden aynı doğrultuda bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1476.

yapılmadıysa ya da arsa maliki yasa gereği yükleniciye verdiği kabul edilen temsil yetkisini geri almadıysa sözleşmeyi ibraz eden yüklenicinin talebi ile şerhin yeniden tesis edilebileceğini savunmaktadır¹³³. Yapının inşa sürecinin, sözleşmede kararlaştırılan teslim vadesinden daha uzun sürmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde en sık karşılaşılan sorunlardan biridir. Teslimde gecikme, yükleniciden, arsa malikinden veya onların davranışları dışındaki sebeplerden kaynaklanabilir. Örneğin şerhin tesis edildiği an dikkate alındığında, yapının teslim vadesinin 5 yıldan az olduğu sözleşmelerde, gecikmenin yükleniciden kaynaklandığı ve temerrüdün şartlarının olduğu durumlar bakımından anlaşma olmaksızın şerhin yeniden tesisinin sağlanması adaletsiz sonuçlara neden olabilecektir. Bu örnekte olduğu gibi yapının inşası süresinde menfaatler dengesinin değişebileceğinden hareketle şerhin yeniden tesisi için kişisel hakların şerhindeki genel kuralın uygulanması ve şerh anlaşmasının aranması gerektiği yönündeki görüşün kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, arsa malikinin, inşaatın yapıldığı taşınmazdaki veya farklı bir taşınmazdaki belirli arsa paylarını devretmesi karşılığında yüklenicinin arsa malikinin taşınmazı veya başka bir taşınmaz üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan ve bütünlük arz eden bir yapı inşa ederek bunu teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşmeler olarak ifade edilebilir. Doktrinde, inşaat yapılacak taşınmazın, tapuya kayıtlı olmasının aranıp aranmayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu tartışmanın çalışma açısından önemi, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olması halinde, sözleşmeden doğan hakkın şerh edilememesi noktasında kendini göstermektedir. Bu sözleşmeler, rızai, sinallagmatik, çifte tipli karma sözleşme olup hâkim görüş uyarınca geçici sürekli karmaşığı borç ilişkisi yaratır. Resmî şekilde yapılmaları zorunludur. Resmî şeklin kapsamına, yüklenicinin karşı edimi olan taşınmaz üzerinde bağımsız bölümler inşa ederek bunları arsa malikine teslim etme borcu da dâhildir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın şerh edilebileceği TMK m. 1009/I hükmünde düzenlenmiş ancak hükümde şerhin lehtarında açıklama yapılmamıştır. Doktrinde hâkim görüş, TMK m.

¹³³ Polat, *Şerh*, 70-71.

1009/I hükmünde yer alan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar ifadesi ile yüklenicinin alacak hakkının kastedildiğini kabul etmektedir. Yüklenicinin şerh ile korunmaya ihtiyaç duyup duymadığı ise arsa malikinin borcunu ifa zamanına bağlı olarak değişmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim etme borcu karşılığında malik, taraflarca belirlenen oranda payın veya bağımsız bölümün devrini vadetmektedir. Bu halde yüklenicinin ifa talebinde bulunması, inşaatı tamamlamasına bağlıdır (TBK m. 97, 479/I). Tarafların, inşaatı belirli seviyelere ayırarak her birinin tamamlanması üzerine yükleniciye belli payların devrini kararlaştırdıkları sözleşmelerde ise yüklenici teslimden önce kısım kısım payların maliki olmaktadır. Dolayısıyla ilk durumda inşaatın bütünüünün, ikinci durumda da kararlaştırılan son seviyenin tamamlanmasından önce yüklenicinin alacağını tam olarak elde etme imkânı bulunmamaktadır. İnşa sürecinde, arsanın tamamı veya belirli payları, arsa malikinin malvarlığının aktifinde kalmakta ve arsanın mülkiyetinin üçüncü kişilere devredilmesi, arsa üzerinde sınırlı ayni hak kurulması veya kişisel hakkın şerh edilmesi ya da cebri icra sonucu arsanın paraya çevrilme riski devam etmektedir. Arsa malikinin avantajlı olduğu bu sözleşmelerde şerh, pay devirlerinin hiç yapılmadığı veya tamamlanmadığı dönemde gerçekleşebilecek risklerden yüklenicinin korunmasını sağlayacaktır.

Şerh yerine, uygulamada yükleniciye pay devri yapılarak taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulmaktadır (KMK m. 14). Paya bağlı bir hak olan kat irtifakı sayesinde inşaatın tamamlanmasını sağlama ve kat mülkiyetine geçme yükümlülüğü ve bağımsız bölümlere ilişkin paylaşım düzeni, taşınmazdan pay devralan yeni malikler açısından da bağlayıcı hale gelmektedir (KMK. m.1/1-m.2/1/c, 3/III). Yeni malikler, yükleniciye karşı inşaatın tamamlanmasını engellememe ve inşaat tamamlandığında kendisine düşen bağımsız bölümlerin devri yükümlülüğü altına girmekte, yükleniciden de inşaatın tamamlanmasını talep yetkisine sahip olmaktadır.

Uygulamada karşılaşılan ve özellikle kat irtifakının kurulmadığı durumlarda tercih edilen diğer bir yöntemde ise arsanın tamamı inşaatın başlamasından önce yükleniciye devredilmekte ve yüklenici de inşaatı tamamlayarak eski malikin payına düşen bağımsız bölümleri ona devretmeyi vadetmektedir. Kendisine yapılan devir ile alacak hakkı sona eren ve malik haline gelen yüklenicinin, bu durumda şerh ile korunma ihtiyacının söz konusu olmadığı açıktır. Bu yöntemin benimsendiği sözleşmelerde, arsayı devreden eski arsa maliki/malikleri lehine uygulamadaki ismiyle teminat

ipoteği tesis edilmekte ve inşaatın ilerleme durumuna göre ipotek terkin edilmektedir. Arsa üzerinde ipotek tesis edilmesi tasarruf yetkisini sınırlamadığından yüklenicinin inşaatın devamı sırasında ihtiyaç duyduğu finansal kaynağa ulaşabilmesi için üçüncü kişilere pay devri yapması mümkündür. Yüklenicinin inşa ve devir borcunu yerine getirmemesi halinde arsa maliki, pay devralan üçüncü kişilerden ipotek bedeline ilişkin talepte bulunabilecek ancak onları taşınmazı devretmeye zorlayamayacaktır.

Bu tür sözleşmelerde, taşınmaz üzerindeki aynı hak değişikliklerine karşı korunmaya ihtiyaç duyan tarafın eski malik ya da malikler olduğu şüphesizdir. Doktrinde, bu durumlarda şerhin etkisinden arsa malikinin yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Kanımızca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin genel işleyişinden ayrılarak irade serbestisi ilkesi çerçevesinde sözleşme yapılan yükleniciye henüz inşaat başlamadan arsanın tamamının veya belirli paylarının devredildiği durumlarda, edimin gereği gibi ifa edilmemesi riskini göze alan arsa malikinin, şerh ile korunması için yeterli sebep bulunmamaktadır. Yasa koyucunun muradı da malvarlığının aktifindeki mülkiyet hakkını devreden maliki aldığı riskten korumak değil; onun karşısındaki yükleniciye taahhüt edilen mülkiyetin devrini teminat altına almaktır. Aksi düşünce, şerhlerde geçerli sınırlı sayı ilkesi ile bağdaşmayan sonuçlar doğuracaktır. Bununla birlikte Yargıtay'ın istikrar kazanmış ve fakat yoğun eleştiri alan “*avans tapu*” kararlarının varlığı karşısında arsa malikinin üçüncü kişiler karşısında şerh ile korunmaya ihtiyacı kalmamıştır.

Şerhin alacak hakkına etkisi, doktrinde yoğun tartışmaların olduğu bir konudur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri özelinde tartışmalar, arsa malikinin üçüncü kişilere pay veya bağımsız bölüm devri yapması halinde, yüklenicinin şerhin hangi etkisi ile korunacağı noktasında toplanmaktadır. Katıldığımız görüşe göre, borç eski malik döneminde doğmuş olsa da şerh edilmiş kişisel hak sahibi, borcun doğumundan sonra taşınmazı devralan yeni malike karşı şerhin eşyaya bağlı borç etkisinden faydalanabilecektir. Kanımızca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, şerhin eşyaya bağlı borç etkisini, borcun doğumu anı ile sınırlamamak kişisel hak sahibine daha etkin bir koruma sağlayacaktır. Taşınmazın devredilmesi ile yeni malik, şerhin kapsamı ile sınırlı olmak kaydıyla- kişisel hak sahibine karşı eski malikin yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olacaktır. Alacak hakkı sahibi yüklenici de edimini gereği gibi ifa ettikten sonra doğrudan yeni malikten pay veya bağımsız bölümün devrini talep edebilecek; devrin yapılmaması halinde ise ona karşı TMK m. 716 uyarınca tescile zorlama davası açabilecektir. TMK

m.1009/II hükmünün, “*Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir*” şeklindeki ifadesinde yasal dayanağını bulan şerhin ikinci etkisi ise munzam etki olarak adlandırılmaktadır. Buna göre, şerhten sonra sözleşmenin konusu taşınmazda hak kazanan kişiler, yüklenicinin şerh edilmiş alacak hakkına katlanmak zorundadır. Bu etki sayesinde yüklenici alacak hakkını, taşınmaz üzerinde şerhten sonra kazanılan sınırlı aynı hak ve şerh edilmiş kişisel hak sahiplerine, haciz alacaklılarına veya iflas masasına karşı da ileri sürebilir.

Şerhin etkisinden yararlanabilen haklar ise şerhin kapsamını ifade etmektedir. Bu konuda üzerinde durulması gereken nokta, şerhin kapsamına giren yan borçlardır. Kanımızca inşa fiiline başlanabilmesi ve devam edilebilmesi için malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanması gereken durumlar şerhin kapsamındadır (MK m. 683). Ayrıca eski arsa maliki ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılıp da iç ilişkiyi ilgilendiren ve yerine getirilmediğinde yapının inşasına başlanmasına ve devam ettirilmesine engel oluşturmayan yan borçların ise şerhin kapsamında olmadığı sonucuna varılmalıdır.

2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26 hükmünde, 15/1/2009 tarihli ve 5831 sayılı Kanunun m. 1 hükmü ile yapılan değişiklik sonucu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, şerh anlaşması olmaksızın, taraflardan birinin talebiyle şerhin tesisi mümkün hale gelmiş ve şerhin azami süresi 5 yıl olarak düzenlenmiştir. Doktrinde henüz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi devam ederken şerhin sona erdiği durumlarda, şerhin yeniden tesisi için taraflardan birinin talebinin yeterli olup olmayacağı konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Yapının inşa sürecinin, sözleşmede kararlaştırılan teslim vadesinden daha uzun sürmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde en sık karşılaşılan sorunlardan biridir. Örneğin şerhin tesis edildiği an dikkate alındığında, yapının teslim vadesinin 5 yıldan az olduğu sözleşmelerde, gecikmenin yüklenicinin davranışlarından kaynaklandığı ve temerrüdün şartlarının oluştuğu durumlar bakımından anlaşma olmaksızın şerhin yeniden tesisinin sağlanması adaletsiz sonuçlara neden olabilecektir. Bu örnekte olduğu gibi yapının inşası süresinde menfaatler dengesinin değişebileceğinden hareketle şerhin yeniden tesisi için kişisel hakların şerhindeki genel kuralın uygulanması ve şerh anlaşmasının aranması gerektiği yönündeki görüşün kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Eşya Hukuku*. 2. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2018.
- Altaş, Hüseyin. *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, (TMK m. 1-7)*. 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Altınok Ormancı, Pınar. “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: “Satım Kirayı Bozmaz” İlkesinin Sonuçları.” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 12, no. 24 (Güz 2013/2): 125-141.
- Atamulu, İsmail. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebepiyle Sona Ermesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Avcı, Ali. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Avcı, Ali. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları.” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no.1 (2015): 41-66.
- Ayan, Serkan. *İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü*. Ankara: Seçkin Yayınları 2008.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Aydın, Gülşah Sinem. “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 141 (2019): 418-453.
- Becker, Hermann. *Berner Kommentar, Bd. IV, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR*. 2. Baskı. Bern: Stämpfli, 1945.
- Bütün Yılmaz, Derya G. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 38 (Nisan 2019): 107-129.
- Coşkun, Gürkan. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Çingil, Seher. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu.” Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2022.
- Deillon-Schegg, Bettina. *Sachenrecht, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641- 977 ZGB*, ed. Peter Breitschmid and Alexandra Jungo. 3. Baskı. Zürich: Schulthess, 2016 (CHK-Deillon-Schegg).
- Dieter, Zobl. *Grundbuchrecht*. 2. Baskı. Zürich: Schulthess, 2004.

- Doğan, Murat. *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Sınırlanmasının Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2004.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. 16. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Erdal, Tarkan. "Arsa Payı Karşılığı inşaat Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmesi ve Şerhin Etkisi." Rona Aybay'a Armağan, *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı, C.I, (Aralık 2014): 843-862.
- Erel, Şafak N.. *Eşyaya Bağlı Borç*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982.
- Erman, Hasan. "Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 50, no. 1-4 (1984): 505-517.
- Erman, Hasan. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. 3. Baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2010.
- Genç Arıdemir, Arzu. *Kat Mülkiyeti I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*. 3. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler*. Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Gümüşsoy Karakurt, Güler. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi." Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C. I, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no: 2, Özel Sayı (Temmuz 2017): 769-785.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- İyilikli, Ahmet Cahit. "Şerhedilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Vaat Borçlusunun Cüz'i Halef ve Alacaklıları ile Taşınmaz Üzerindeki Diğer Takyidatlara Etkisi." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2, (Temmuz 2021): 967-1003.
- Kahraman Zafer, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu." İçinde Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, 425-457. İstanbul: Der Yayınları, 2015.
- Kaplan, İbrahim. *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Karakoç Karaibrahim, Ayşe, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sözleşmeden Hak Kazanan Üçüncü Kişilere Etkisi." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019.

- Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit*. 2. Bası. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2013.
- Kurşat, Zekeriya. *İnşaat Sözleşmesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Oğuzman, Kemal M. ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*. 22. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar*. 23. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “Gayrimenkul Devrine Yönelik İşlemlerde Noterlerin Rolü.” İçinde *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı*, Editörler: Arzu Oğuz, Selin Özden Merhacı, Zehra Özkan ve Vehbi Umut Erkan, 389-398. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Öz, M. Turgut. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı.” İçinde *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, ed. Emrehan İnal, Başak Baysal, 441-469. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Öz, Turgut. *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*. 4. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Öz, Turgut. *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret AŞ, 1989.
- Özen, Burak. “Elbirliği ile Malik Olanlardan Biri Tarafından Yapılan Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerhi.” İçinde *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. I: Eşya Hukuku (20 Ekim 2016)*, ed. Tufan Öğüz, Baki İlkay Engin, 131-150. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- Özen, Burak. “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Şerhi ve Bu Şerhin Kaldırılması.” İçinde *Makaleler-Tebliğler (2001-2020)*, 669-694. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Özmen, Etem Saba ve Tuba Akçura Karaman. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları.” *İstanbul Barosu Dergisi* 87, no. 1 (Ocak-Şubat 2013): 47-74.
- Özmen, Etem Sabâ ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu. *Kat İrtifakı*. 5711 ile 5912 Sayılı Kanunlarla Değişik 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa ve 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanuna Göre Yenilenmiş 2. Bası. Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

- Özmen, Saba ve Müge Ürem. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler." *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 1, (2016): 13-31.
- Özmen, Sabâ. "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynı Etkili Dönme Görüşüne ve Özellikle Yargıtay 15. HD.'nin Yerleşik Kararlarındaki "Avans Tapu" Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 135 (2018): 491-516.
- Paksoy, Meliha Şermin. "Kira Sözleşmesinin Şerhinin Hüküm ve Sonuçları." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2019): 133-143.
- Polat, Hatice. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Reisoğlu, Safa. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24, no. 2, (Aralık 2007): 5-17.
- Sarı, Suat. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 64, no. 2, (2006): 273-299.
- Schmid, Jörg ve Bettina Hürlimann-Kaup. *Sachenrecht*. 3. Baskı. Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2009.
- Schmid, Jürg. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB/Art. 1-61 SchlT ZGB*, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser. 3. Baskı. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2006 (Basler/Schmid).
- Serozan, Rona. "Nisbî Hakların Güçlendirilmesi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 40, no. 1-4 (1974): 459-479.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. Gözden Geçirilmiş 2. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Sirmen, Lale, A. *Eşya Hukuku*. 10. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Sungurbey, İsmet. *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1963.
- Sütçü, Nezih. *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri İle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2010.
- Şahan, Gökhan. *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Ünal, Akın. *Tapu Sicilinde Geçici Tescil Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınları, 2019.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*. 10. Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.

Yavuz, Cevdet. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (Güz-2017): 109-131.

<http://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m-2.htm>. erişim tarihi: Ocak 1, 2023.

Y. HGK, E.2018/240, K.2020/43, 21.1.2020. erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2018-240-k-2020-43-t-21-1-2020>.

Y. HGK, E.2017/1765, K.2020/1033, 15.12.2020. erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-1765-k-2020-1033-t-15-12-2020>

Y. HGK, E.2019/695, K.2022/909, 14.6.2022. erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2019-695-k-2022-909-1-14-6-2022>.

Y. HGK, E. 2017/1817 K. 2022/643, 17.5.2022. erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-1817-k-2022-643-t-17-5-2022>.

Y. HGK, E.2014/718, K.2015/1433, 27.05.2015. erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2014-718-k-2015-1433-t-27-5-2015>.

Y. HGK., E.2019/303, K.2022/180, T. 22.2.2022. erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2019-303-k-2022-180-t-22-2-2022>.

Y. HGK. E. 2018/240 K. 2020/43 21.1.2020. erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2018-240-k-2020-43-t-21-1-2020>.

Y. 23. HD. E. 2016/5983, K. 2019/1298, 10.4.2019. erişim tarihi Ağustos 24, 2023, <https://lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2021-194-k-2023-411-t-3-5-2023>.

Y. 15. HD., E.1998/1515, K.1998/2337, 02.06.1998. erişim tarihi Ağustos 24, 2023, legalbank.net/belge/y-15-hd-e-1998-1515-k-1998-2337-t-02-06-1998-sahsi-hak

niteliği/416680/Dava%2c+34_709+arsa+paylı+16+nolu+mesken+tapusunun%2c++55%27lik+kısmı+için+istisna+ve++45%27lik+kısmı+için+de+tapu+dışı+satiş+dayalı+tapu+iptali+ve+tescil+istemine+ilişkindir.

- Y. 14. HD., E. 2018/4129 K. 2019/4081 7.5.2019. erişim tarihi Ağustos 24, 2023, <https://legalbank.net/belge/y-14-hd-e-2018-4129-k-2019-4081-t-07-05-2019/3563184/%C5%9Eerhin+birinci+etkisi+ancak+borcun+do%C4%9Fumu+na+kadard%C4%B1r++Borcun+doğumundan+sonra+rolü+yoktur++Doğan+bo rç%2c+hangi+malik+zamanında+doğarsa+onun+borcudur.>
- Y. HGK., E. 2020/251, K. 2022/1348, 20.10.2022. erişim tarihi Ağustos 24, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat//yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2020-251-k-2022-1348-t-20-10-2022.>

REKABET HUKUKU AÇISINDAN TANITIM FAALİYETLERİNE BAĞLANAN SONUÇLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Consequences of Advertising Activities in
Terms of Competition Law*

Semih Sırrı ÖZDEMİR*
Kemal KÜÇÜKKAVRUK**

ÖZET

Tanıtımın, reklam veren teşebbüs, müşteriler ve rakipler açısından doğurduğu sonuçlarla bağlantılı olarak, ilgili pazarı, pazardaki veya pazara girme hazırlığındaki olası rakipleri etkileme olasılığı da bulunmaktadır. Bu kapsamda, hâkim durumdaki bir teşebbüsün uzun zamandır yürütmekte olduğu yüksek bütçeli reklam kampanyaları, pazara girmeyi hedefleyenler açısından bir giriş engeli oluşturabilir. Ya da hâkim durumdaki teşebbüsün, kullandığı reklam yöntemleri veya dayattığı reklam sınırlamaları, ilgili pazarda hâkim durumun kötüye kullanılmasına neden olabilir. İlgili teşebbüsün sunduğu mal veya hizmete ilişkin markanın jenerik isim haline gelmesi, müşteri bağlılığına sahip olması veya ilgili pazardaki reklam yasakları dolayısıyla, rakiplerin tanıtım imkân bulamamaları gibi değişkenler de, bu sonuçlara varılmasında dikkate alınmaktadır. Bu çerçevede, reklamın rekabet hukuku ihlallerinin gerçekleştirilmesi bakımından bir araç vasfı taşıyabileceği açıktır. Çalışmanın amacı, rekabet hukuku teorisi açısından reklamın konumunun ve olası rekabet ihlallerinin oluşmasındaki işlevinin değerlendirilmesidir. Bu çerçevede çalışmanın alt başlıklarında, ilgili Rekabet Kurulu kararları incelenmekte ve Türk hukukunda reklama yönelik rekabet ihlali gerekçesine dayanan müdahaleler tasnif edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet İhlalleri Açısından Reklam, Rekabet Hukuku, Rekabet İhlalleri, Giriş Engeli, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması.

Makalenin Geliş Tarihi: 23.03.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.08.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: semihozdemir@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0467-1517.

** Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu, E-posta: kemalkucukkavruk@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8300-364X.

ABSTRACT

As to the consequences of advertising for the advertising undertaking, customers and competitors, there is also the possibility of affecting the relevant market and potential competitors or the ones preparing to enter the market. In this context, a dominant undertaking's long-standing high-budget advertising campaigns may constitute an entry barrier for potential market entrants. The dominant undertaking's advertising methods or advertising restrictions imposed by the dominant undertaking may lead to abuse of dominant position in the relevant market. Variables such as the fact that the brand name of the undertaking has become a generic name, that it has customer loyalty, or that competitors cannot find the opportunity to advertise due to advertising bans in the relevant market are also considered in reaching these conclusions. In this framework, advertising may be used as a tool for the realization of competition law violations. The aim of this study is to evaluate the position of advertising in terms of competition law theory and its function in the occurrence of possible competition violations. In this framework, the relevant Competition Board decisions are analyzed in the sub-headings of the study and the interventions based on the grounds of competition infringement in Turkish law are classified.

Keywords: Advertising in terms of Competition Violations, Competition Law, Competition Violations, Barrier to Entry, Abuse of Dominant Position.

GİRİŞ

Bir teşebbüsün tanıtım faaliyetlerine ilişkin olarak ayırdığı bütçe, kullandığı reklam yöntemleri ve reklamda yer verdiği beyanlar, tüketici tercihleri ve ilgili pazar üzerinde olduğu kadar, rakipler üzerinde de etki oluşturmaktadır. Teşebbüsün yüksek reklam harcamaları karşısında, oluşturduğu marka bilinirliği ve müşteri aidiyeti, pazara girmek isteyen olası rakiplerin de engellenmesine veya benzeri reklam harcamalarına katlanmaları zorunluluğunun oluşmasına neden olabilmektedir. Reklam mecralarının, yapılan sözleşmelerle rakiplerin erişimine kapatılması veya rakiplerin kendilerine yeterli yer bulamamalarının sağlanması da karşılaşılabilecek sorunlar arasındadır. Bunlara, reklam yöntemlerinin, teşebbüsün hâkim durumda bulunmasının da etkisiyle, rakipler üzerinde oluşturabileceği etkiler de eklenmelidir. Bu çerçevede, reklamın sadece reklama ilişkin mevzuat ile sınırlı kalmayan ve rekabet hukuku yönünden değerlendirilmesini gerekli kılan yapısı vurgulanmalıdır.

Belirtilen gereksinim karşısında, çalışmanın amacı bir tanıtım faaliyeti olarak reklamın, bu doğrultuda kullanılan beyan ve yöntemler açısından, rekabet hukuku teorisi çerçevesindeki yerinin incelenmesi; ilgili Rekabet Kurulu kararlarının öne çıkan yönlerinin irdelenmesi ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun dâhilinde Türk hukukunda reklama yönelik müdahalelerin ana esaslarının değerlendirilmesidir. Bu amaç doğrultusunda ve çalışmanın kapsamının makul sınırlar dâhilinde tutulabilmesi gayesiyle, özellikle gerekmedikçe, çalışmada reklam hukuku teorisine ilişkin tartışmalara temas edilmemiş; reklamın, rekabet hukuku teorisi yönünden işlevlerine yoğunlaşılması tercih edilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, bir tanıtım faaliyeti olarak reklamın ve reklam sayesinde oluşturulan müşteri bağlılığının pazara giriş engeli oluşturma vasfı ile hâkim durumun kötüye kullanılmasında reklamın olası etkileri incelenmektedir. İkinci bölümde, reklamın giriş engeli oluşturma vasfına, reklam yasaklarına ve marka bağlılığı ile hâkim durumun tespiti ve kötüye kullanılmasındaki işlevine dair Rekabet Kurulu kararları öne çıkan yönleriyle sunulmaktadır. Üçüncü bölümde, reklamın biçimine ve iktisadi amaçlarına yönelik Rekabet Kurulu müdahaleleri, örnek kararlarla birlikte incelenecek ve Türk hukukunda reklama, rekabet hukuku açısından bağlanan başlıca sonuçlar değerlendirilecektir.

I. REKABET HUKUKU TEORİSİ AÇISINDAN REKLAM

Bir tanıtım faaliyeti olarak reklam, teşebbüslerin kamuya veya hedef kitlesine yönelik irade açıklamalarının en önemli görünüm biçimlerinden birisidir. Bu sayede, teşebbüsün pazardaki konumu açısından, kendisini müşterileri ile mevcut ve muhtemel rakipleri karşısında nasıl konumlandığına ilişkin veri elde edilebilmektedir. Buna ek olarak, bu irade açıklaması pazarda doğrudan sonuçlar da doğurmaktadır. Bir pazarı rekabetçi hale getirmek, rekabetçi bir pazarı tekelleri bir pazara dönüştürmek, pazardaki bir teşebbüsün pazar gücünü artırmak, pazarda lider konumdaki firmanın gücünü azaltmak veya pazara girmeyi zorlaştırmak da dâhil olmak üzere, reklam iktisadi alanda birçok farklı sonuç oluşturabilmektedir. Pazarın mevcut durumu, reklam harcamasını hangi teşebbüsün yaptığı ve pazarın büyüklüğü gibi değişkenler, reklamın pazar üzerindeki etkisini farklılaştırmaktadır. Örneğin reklam kampanyaları, pazarı rekabetçi hale getirebileceği gibi, rekabeti bozucu sonuçlar da doğurabilir. Bu durum karşısında, iktisat temelli analizler yaparak, ekonomik anlamda tüketici refahını artırmayı hedefleyen rekabet hukuku¹, reklamın anılan etki ve işlevlerini de kapsam dışında

¹ John B. Kirkwood, Robert Lande, “The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency,” *Notre Dame Law Review* 84, no. 1, (2008): 191.

tutmamaktadır. Hâkim durum tespiti, hâkim durumun kötüye kullanılması ve pazarın yapısı gibi konulardaki değerlendirmeler açısından, teşebbüsler tarafından uygulanan reklam kampanyaları ve bunların hedef kitle üzerindeki etkileri özellikle dikkate alınmaktadır².

A. Bir Pazara Giriş Engeli Olarak Reklam

1. Giriş Engeli Kavramı

Giriş engeli kavramı, ilk kez 1887’de ortaya atılmış, 1940’lı yıllarda rekabeti azaltan yönü incelenmiş, 1950’lerde ise kavram bugünkü haliyle rekabet hukuku öğretisinde yerini almıştır.³ Uzun yıllar rekabet hukuku incelemelerinde hâkim durum ve birleşme devralma analizlerinde pazar payı en belirleyici unsur olarak kullanılırken, 1974 tarihli *General Dynamics*⁴ kararında ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) ilk kez giriş engelleri kavramını da kullanarak ilgili pazarı analiz etmiş ve pazarın geçmiş durumunu ve geleceğine dair öngörülerini de dikkate almıştır⁵. Günümüzde de rekabet otoriteleri, bir pazara ilişkin analiz yaparken, giriş engeli bulunup bulunmadığı hususunu ayrıca incelemektedir⁶.

² Federal Ticaret Komisyonu’nun (Federal Trade Commission – FTC) 25.06.2003 tarih ve C-4082 sayılı kararı.

³ Joe Staten Bain, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries* (Cambridge: Harvard University Press, 1956), 2.

⁴ US v. General Dynamics Corporation, Supreme Court’un 19 Mart 1974 tarih ve 72-402 sayılı kararı. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/239/>, (Erişim Tarihi: 11.08.2023).

⁵ Carl Christian von Weizsäcker, “A Welfare Analysis of Barriers to Entry,” *The Bell Journal of Economics* 11, no. 2, (Sonbahar 1980): 401 vd.

⁶ Daniel Lazaroff, “Entry Barriers and Contemporary Antitrust Litigation,” *UC Davis Business Law Journal* 7, no. 1, (Sonbahar 2006): 3-20. Ayrıca 07.07.2022 tarihli ve 22-32/506-203 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararında giriş engellerine ilişkin “*Türk rekabet hukuku uygulamasında da ilgili pazardaki rekabetin değerlendirilmesinde; ürüne özgü özellikler, sağlayıcı konumundaki teşebbüsün, rakiplerinin ve alıcıların pazardaki konumu, potansiyel rakiplerin varlığı ve giriş engellerinin düzeyi dikkate alınmaktadır.*” değerlendirmesi mevcuttur. Ayrıca giriş engelleriyle ilgili olarak 30.09.2021 tarih ve 21-46/667-332 sayılı Kurul kararında “...yüksek pazar payı, pazarda büyüme ve pazara giriş engellerinin yüksek olması ve alıcıların gücünün düşük olması gibi hususlar dikkate alındığında, Türk Telekom’un “toptan sabit genişbant internet erişim hizmetleri” pazarında hâkim durumda olduğu sonucuna ulaşılmıştır.” tespiti yer almaktadır. Aynı yöndeki Avrupa Komisyonu kararları için bkz. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 112 S. Ct. 2072, 1992; Hugin v Liptons 08.12.1977 OJ L 22 – 27.01.1978; Continental Can Company 09.12.1971 OJ L 7 – 8.01.1972.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan ‘Rekabet Değerlendirmesi Rehberi’ ise bu kavramı, pazara yeni bir teşebbüsün girmesini zorlaştıran veya imkânsız kılan engeller olarak açıklamaktadır.⁷ Bir girişimcinin pazara hızlı girişini engelleyen her türlü unsur, bu kapsamdadır.⁸ Giriş engeli, sadece pazara giriş yapmak isteyen firmanın katlanacağı bir maliyettir.⁹ Bu maliyetler, sektöre girmek isteyen bir teşebbüs tarafından yüklenilip; hâlihazırda sektördeki diğer işletmeler tarafından karşılanmadığından, sosyal açıdan kaynakların tahsisinde de bir bozulma yaratmaktadır¹⁰. Giriş engellerini aşabilmek ve pazarda kalıcı olabilmek maksadıyla kaynak ayrılması gerekliliği, bu kaynakların kullanılabilmesi daha verimli veya faydalı alternatifleri dışlamakta; bu nedenle de kaynak tahsisini olumsuz etkilemektedir¹¹.

Giriş engelleri kendiliğinden (*ipso facto*) bir rekabet ihlali doğurmamakla birlikte, hâkim durumdaki teşebbüsün giriş engellerinden de faydalanarak pazardan rakiplerini dışlaması ihlal oluşturabilmektedir¹². Öğretide giriş engelleri, “yapısal giriş engelleri” (*ekonomik giriş engelleri*) ve “stratejik giriş engelleri” (*davranışsal giriş engelleri*) olmak üzere iki ana başlık altında incelenmektedir¹³. Yapısal giriş engelleri¹⁴, üst düzey teknoloji, yüksek maliyet ve talep gibi pazarın kendi yapı ve özelliklerinden kaynaklanan

⁷ Rekabet Değerlendirmesi Rehberi, Kabul Tarihi: 20.08.2014 Karar Sayısı:14-29/609. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/rekabet-degerlendirmesi-rehberi1.pdf>, (Erişim Tarihi:02.02.2023).

⁸ Joe Staten Bain, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, 3.

⁹ Dennis Carlton and Jeffrey Perloff, *Modern Industrial Organization* (New York: Harper Collins Publishers, 1994), 76-77.

¹⁰ Carl Christian Von Weizsacker, “A Welfare Analysis of Barriers to Entry,” *The Bell Journal of Economics* 11, no. 2 (Sonbahar, 1980): 400.

¹¹ Richard Earl Caves and Michael Everett Porter, “From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition,” *The Quarterly Journal of Economics* 91, no. 2, (Mayıs, 1977): 249-255.

¹² Mehmet Yanık, *Rekabet Hukukunun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri*, (Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, 2001), 43 vd.

¹³ Richard Earl Caves and Michael Everett Porter, “From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition,” *The Quarterly Journal of Economics* 91, no. 2, (Mayıs, 1977): 251-255.

¹⁴ Clemens Lutz, Ron Kemp and Gerhard Dijkstra, “Perceptions Regarding Strategic and Structural Entry Barriers,” *Small Bus Economics* 35, no.1, (Temmuz, 2010): 19–22.

unsurlardır¹⁵. Stratejik giriş engelleri ise, pazarda hali hazırda faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışları sonucu ortaya çıkan giriş engelleridir¹⁶. Pazarda önemli sayılabilecek üretim kapasitesine sahip olan işletmenin, yeni bir teşebbüsün pazara girmesi halinde fiyat savaşına¹⁷ girişeceği yönünde bir tehdit uygulaması, stratejik giriş engeli¹⁸ olarak değerlendirilebilir¹⁹. Ayrıca lisanslama veya tekel hakkı tanınması gibi kamu tasarruflarıyla da pazara yasal giriş engeli yaratılabilir²⁰. Bu tür mevzuat kaynaklı zorunluklar da yapısal giriş engelleri kapsamında yer almaktadır.

2. Reklamın Giriş Engeli Oluşturma Vasfı

Reklamın bir giriş engeli olarak değerlendirilmesi, iki ayrı ihtimale dayanabilir. Bunlardan ilki reklam harcamalarının batık maliyet yaratması²¹; ikincisi ise, reklam yasaklarının pazara girmeyi zorlaştırmasıdır²². Bir pazarda faaliyet gösterebilmek için yapılan harcama, sektörden çıkarken tekrar nakde dönüştürülemez veya başka bir faaliyet alanına aktarılamaz nitelikte ise,

¹⁵ Fahri Karakaya and Michael Stahl, "Barriers to Entry In Industrial Markets," *Journal of Marketing* 53, no. 2 (Nisan 1989): 80.

¹⁶ Steven Salop, "Strategic Entry Deterrence," *The American Economic Review*, 69, no. 2, (Mayıs, 1979): 335 vd.

¹⁷ Kavram hakkında bkz. Oliver Heil and Kristiaan Helsen, "Toward an Understanding of Price Wars: their Nature And How They Erupt," *International Journal of Research in Marketing*, no. 18, (Haziran 2001): 85.

¹⁸ 20.12.2005 tarih ve 05-86/1188-340 sayılı Kurul kararında stratejik giriş engelleriyle ilgili olarak "yeni bir piyasaya giriş tehlikesinin bulunması halinde OYAK ve Sabancı Grupları ile YLOAÇ'ın diğer yakın coğrafi bölgelerdeki üretim tesislerinden nakliye sübvansiyonu ile söz konusu coğrafi pazara mal tedarik edebileceği ve bunun da "stratejik giriş engeli" olarak söz konusu teşebbüslerce kullanılabilmesi" ifadesi yer almaktadır.

¹⁹ Teşebbüs, mevcut müşterisini koruma ve yeni rakibin müşteri çekmesini engellemeye yönelik fiyat politikası belirleyebilir. Bu fiyat politikası uygulanmadan evvel, uygulanacağına işaret eden davranışlar sergilenmesi, yeni girecek teşebbüs için tehdit olarak algılanacaktır, (OECD, Horizontal Merger Acquisition Guide, 1990).

²⁰ Rekabet Değerlendirmesi Rehberi, Kabul Tarihi: 20.08.2014 Karar Sayısı: 14-29/609.

²¹ United Brands Kararı'nın 122. paragrafında batık maliyet engeli şu şekilde ifade edilmiştir: "Pazara giren rakiplerin girişindeki özel engeller, bir muz plantasyonunun kurulması ve işletilmesi için gereken oldukça büyük sermaye yatırımlarıdır... Ayrıca, yeterli bir ticari ağ kurmak, çok büyük ölçekli reklam kampanyaları düzenlemek gibi bir pazara girmek için yapılan tüm genel harcamalardan oluşan fiili giriş maliyeti; giriş demesi başarısız olursa kurtarılamaz." <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0027>, (Erişim Tarih:11.08.2023).

²² Bu konuda örnek olarak bkz. FTC'nin 06.08.1996 tarih ve 9259 sayılı California Dış Hekimleri Birliği kararı.

batık maliyet olarak nitelendirilir²³. Batık maliyetlerin giriş engeli olarak değerlendirilebilmesi için, toplam yatırım maliyeti içerisinde önemli bir yer tutması beklenmektedir²⁴. Reklamlar da yer verildiği mecra, gösterim sıklığı, hedeflenen kitle gibi değişkenlerle bağlantılı olarak, yüksek bir bütçe tahsisini gerektirebilir. Bu durum, reklam veren açısından bilinirliği artırma ve iletilmek istenilen mesajı daha geniş kitlelere ulaştırma olanağı sağlarken; aynı tanınırlığa erişmek isteyen mevcut ve olası rakipler açısından ise, benzeri büyüklükte bir reklam bütçesinin ayrılmasını gerekli kılabilmektedir.

Pazara yeni girişte yapılan reklam harcamalarının, bu işletmelerin ticari başarısına genellikle olumlu etki sunduğu kabul edilmektedir²⁵. Ancak, ürün veya hizmetin reklam harcamasıyla orantılı talep görmemesi veya rakip teşebbüslerin önceden gelen bilinirliği sayesinde daha az reklam harcaması yapıp, buradan elde ettiği avantajla fiyat savaşına girmesi ihtimalleri de mevcuttur. Dolayısıyla beklenen satış başarısı gelmez ve teşebbüs pazardan çıkmak durumunda kalırsa, reklam harcamaları batık maliyet oluşturmakta ve pazarı rekabete kapalı hale getirebilmektedir²⁶. Reklam için yapılan bu harcamaların, pazara girmek isteyen rakiplerin katlanamayacağı büyüklükte bir finansal güç gerektirmesi de giriş engellerine yol açacaktır²⁷. Teşebbüs pazardan çıkmaya dahi, yapılan reklamların satış açısından yeterli başarıyı sağlamaması nedeniyle farklı bir reklam kampanyası için yeni bütçe tahsis edilmesi veya reklama konu ürün veya hizmetlerin bazılarının satışından çekilmesi de bu duruma sebep olabilir. Platform ekonomileri²⁸ ile perakende²⁹,

²³ Richard Schmalensee, "Sunk Costs and Antitrust Barriers to Entry," *American Economic Review* 94, no. 2, (Mayıs 2004): 472.

²⁴ Luis Cabral and Thomas Ross, "Are Sunk Costs a Barrier to Entry?" *Journal of Economics & Management Strategy* 17, no. 1 (Bahar 2008): 111.

²⁵ Ioannis Kessides, "Advertising, Sunk Costs, and Barriers to Entry," *The Review of Economics and Statistics* 68, no. 1, (Şubat 1986): 84 vd.

²⁶ 29.03.2018 tarih ve 19-09/179-RM(1) sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz para. 108.

²⁷ Robert B. Ekelund and Davis S. Saurman, *Reklam ve Piyasa Süreci* (Ankara: Liberte Yayınları,1999), 35.

²⁸ Platformlar, iki veya daha fazla tarafın bir araya gelmesine aracılık eden; satılan ürün veya hizmete müdahil olmayan teşebbüslerdir. Platform ekonomileri, dijital bir ekosistemde yer alan veya bir ekosistem yaratan teknoloji teşebbüslerini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. Andrei Hagiu, "Merchant or Two-Sided Platform?," *Review of Network Economics* 6, no.2 (Haziran 2007): 123.

²⁹ 23.08.2017 tarih ve 07-67/836-314 sayılı Kurul kararında batık maliyetler ve reklam ilişkisine dair "Pazara yeni giriş gerçekleştirmek için katlanılması gereken batık maliyet niteliğindeki reklam harcamalarının yüksek olduğuna iyi bir örnek olarak

içecek ve konaklama gibi hizmetler, yoğun reklam harcamasından kaynaklı batık maliyetlerin olduğu sektörlerdir³⁰.

Pazarda hâlihazırda faaliyet göstermekte olan teşebbüsün marka bilinirliğine sahip olması ve giriş için gerekli yatırım maliyetine daha önce katlanmış olması, fiyat savaşına³¹ girme olanağını artırmaktadır. Ayrıca pazar payı yüksek teşebbüslerin ölçek ekonomilerinden³² faydalanarak maliyetlerini düşük tutabilmesi mümkünken; pazara yeni girmek isteyen teşebbüslerin, yüksek reklam harcaması gereksinimi nedeniyle fiyat rekabetinde bulunması zorlaşabilecektir. Yoğun reklam harcamalarının pazara girmek isteyen rakiplerin maliyetini artıran bir strateji olduğu kabul edilmekte; ancak, bunun dışlayıcı etki yaratması için, şu üç koşulun aynı anda bulunması gerektiği savunulmaktadır³³: Yoğun reklam harcamasının hâkim durumdaki teşebbüsün karlılığını artırması, rakiplerin zararına sebep olması ve tüketici refahını olumsuz etkilemesi. Yapılan deneysel çalışmalar da, reklamın batık maliyetler sebebiyle giriş engeline yol açtığına işaret etmektedir³⁴. Bu yöndeki

Kent'in 2006'da pazara sürdüğü Trident markası için yaptığı harcamalar gösterilebilir.” ifadesi yer almaktadır.

³⁰ 05.08.2021 tarih ve 21-37/540-263 sayılı Kurul kararında batık maliyetlerle ilgili olarak “Genel olarak, online pazarlara girişte iki tür batık maliyetin olduğu değerlendirilebilecektir. Bunlar; fiziksel kurulum maliyetleri ile müşteri sadakati oluşturma maliyetleridir.” tespiti mevcuttur.

³¹ Fiyat savaşı, rakip konumdaki teşebbüslerden birinin, rakiplerinden düşük fiyat belirleyerek diğer teşebbüslere meydan okumasıyla başlayan ve rakiplerden birinin pazarı terk etmesiyle sonuçlanabilecek bir süreçtir. Bunun rekabet açısından olumlu bir sonuç doğurması mümkün olmakla birlikte; hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, yıkıcı fiyatlama meydana getirebilmektedir. 20.04.2009 tarih ve 09-16/373-87 sayılı Kurul kararında “ADS'nin söz konusu savunmaları ve 2007 yılında Aymed'in ADS'den hem tutar hem de adet bazında daha yüksek satış yaptığı dikkate alınarak, ADS'nin fiyatlamasının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edecek bir niteliğinin olmayacağı, söz konusu uygulamaların iki teşebbüs arasında yaşanan fiyat savaşı olarak değerlendirilmesi gerektiği tespit edilmiştir.” değerlendirmesi yer almaktadır. Soruşturma tarafı teşebbüsün hâkim durumda olmaması nedeniyle uygulanan düşük fiyatlar, yıkıcı fiyatlama yerine fiyat savaşı olarak değerlendirilmiştir.

³² Kavram hakkında bkz. George J. Stigler, “The Economies of Scale,” *The Journal of Law and Economics* 1, (Kasım,1958): 54-56.

³³ Steven Salop and David Scheffman, “Raising Rivals, Costs,” *American Economic Review* 73, (1983):270.

³⁴ Kessides, 84-95.

harcamaların giriş engeli yarattığını tespit eden çok sayıda Kurul kararı da mevcuttur³⁵.

Reklamların giriş engeli olarak değerlendirilmesine sebep olabilecek diğer ihtimal ise, reklam yasaklarıdır. Bu tür yasakların gözlemlendiği başlıca alanlar tütün ve alkol ürünleri, sağlık hizmetleri, hukuki danışmanlık veya medikal ürünlerdir³⁶. Reklam yapılmaksızın, bu konudaki bilginin ürünü satın alan müşterilerin deneyimlerini diğerleri ile paylaşması ve benzer şekillerde dağılması da mümkün olmakla birlikte; bu yöntemde bilginin yayılım hızı, reklama göre daha yavaş ve maliyetlidir³⁷. Reklam yasağı olan bir sektöre giriş yapmayı hedefleyen bir teşebbüs, pazarda zaten yeterince tanınan rakiplerine karşı, reklama dayalı tanıtımdan mahrum kalmış olacaktır. Pazara yeni giriş yapan teşebbüsün, sunduğu ürünlerin rekabetçi niteliğinden bağımsız olarak, pazarda yeterince yer bulamaması ve işletme maliyetlerini karşılayacak düzeyde dahi satış yapamaması olasılıklar dahilindedir. Bu konuda yapılan çalışmalarda, reklamın kısıtlanması veya yasaklanmasının teşebbüslerin tüketicilere ulaşmasını zorlaştırdığı ve daha maliyetli hale getirdiği; bunun da pazarda mevcut bulunan teşebbüslerin pazarı daha kolay kontrol etmelerine olanak tanıdığı tespit edilmiştir³⁸. Örneğin, televizyon kanallarında tütün ürünlerine ilişkin reklamların yasaklanması, teşebbüs pazar paylarını daha durağan hale getirmekte ve rekabeti olumsuz yönde etkilemektedir³⁹.

³⁵ 23.01.2004 tarih ve 04-07/75-18 sayılı ve 18.03.2021 tarih ve 21-15/190-80 sayılı Kurul kararları. 15.5.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı Kurul kararında “*Dolayısıyla marka imajı ve bağımlılığı, bu bağımlılığı yaratmakta belirleyici etken olan reklâm harcamaları ve gerek tüketici talebinin oluşturulması gerekse satış noktalarına giriş açısından vazgeçilmez olan aktivitelerin yürütülmesi için gerekli finansal güç 1260 endüstriyel dondurma pazarındaki önemli giriş engelleri arasındadır.*” tespiti yer almaktadır.

³⁶ Bu konudaki düzenlemelere örnek olarak bkz. 20/1 maddesi “*Alkollü içkilerin her ne surette olursa olsun reklamı ve tüketicilere yönelik tanıtımı yapılamaz...*” (Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına Ve Sunumuna İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, m. 20/1); “*Sinema, radyo, müstahdemler veya sair yazılı ve sözlü vasıtalarla reklam yapılmasını önlemek.*”, (6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, m. 28/d)

³⁷ Anthony J. Dukes, “Advertising And Competition,” (California, Competition Law and Policy by American Bar Association, 2009): bölüm 20, 2.

³⁸ Ulrich Doraszelski and Sarit Markovich, “Advertising Dynamics and Competitive Advantage,” *RAND Journal of Economics* 38, no. 3, (Kasım 2007): 582.

³⁹ Edwin Woodrow Eckard, “Competition And The Cigarette Tv Advertising Ban,” *Economic Inquiry* 29, no. 1, (Şubat 1991): 132.

3. Reklamın Marka Bağlılığı Üzerindeki Etkisi ve Giriş Engeli Oluşturma Vasfı

Kalite⁴⁰, mağaza imajı⁴¹, müşteri memnuniyeti gibi unsurlar, müşterilerin marka bağlılığı geliştirmesinde etkili olmaktadır. Bu aidiyet, rekabet halindeki diğer marka tarafından yapılan pazarlama çalışmalarının, ilgili müşteriler üzerinde sonuçsuz kalmasına sebep olabilmekte⁴² ve bu durum da diğer teşebbüsler açısından ilgili pazara girişi zorlaştırmaktadır⁴³. Reklam çalışmaları da bu aidiyetin oluşturulmasında kullanılan araçlar arasındadır⁴⁴. Reklam, belirli bir markanın algılanan performansını ve kullanım deneyimini pekiştirmede önemli bir etkiye sahiptir⁴⁵. Olumlu bir mağaza imajı, müşteri memnuniyeti ve reklam harcamaları arasında önemli bir bağlantı bulunduğu iddia edilmektedir⁴⁶.

Reklam ve marka bağlılığı arasındaki ilişkiye dair öğretilere öne çıkan görüşlerden birisi, reklamcılığın marka sadakati oluşturmak için kullanılan “savunmacı” bir strateji ve fiyat indirimlerinin ise, rakip markanın sadık tüketicilerini çekmek için kullanılan “saldırgan” bir strateji olarak değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmektedir⁴⁷. Reklamın bir marka savunma

⁴⁰ Svein Ottar Olsen, “Comparative Evaluation and the Relationship Between Quality, Satisfaction, and Repurchase Loyalty,” *Journal of the Academy of Marketing Science* 30, no. 3, (Temmuz 2002): 247.

⁴¹ Josée Bloemer and Ko De Ruyter, “On The Relationship Between Store Image,” Store Satisfaction And Store Loyalty, *European Journal of Marketing* 32, no: 5/6, (Haziran 1998): 501.

⁴² Richard Olivier, “Whence Consumer Loyalty?,” *Journal of Marketing* 63, no. 4, (Kasım, 1999): 34.

⁴³ OECD, Barriers to Entry, 2005: 9. McAfee R. P., Mialon H. M., Williams M. A. : Economics and Antitrust Barriers to Entry, <https://www.mcafee.cc/Papers/PDF/Barriers2Entry.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.12.2022); Gene Grossman and Carl Shapiro, “Advertising As A Barrier To Entry,” *FTC Working Paper*, no.74 (Temmuz 1982): 6.

⁴⁴ Mihalj Bakator, Sladjana Boric and Mina Paunovic, “Influence Of Advertising On Consumer-Based Brand Loyalty,” *Journal Of Engineering Management And Competitiveness* 7, no. 2, (Ocak, 2017): 82.

⁴⁵ Sridhar Moorthy and Hao Zhao, “Advertising Spending And Perceived Quality,” *Marketing Letters* 11, no. 3, (Ağustos, 2000): 231.

⁴⁶ Valarie A. Zeitham, Leonard L. Berry, and A. Parasuraman, “The Behavioral Consequences Of Service Quality,” *Journal of Marketing* 60, (Nisan,1996): 43 vd.

⁴⁷ Deepak Agrawal, “Effect Of Brand Loyalty On Advertising And Trade Promotions: A Game Theoretic Analysis With Empirical Evidence,” *Marketing Science* 15, no. 1 (1996): 2.

aracı olduğunu öne süren bu görüşe göre güçlü marka, zayıf markaya göre reklama daha az yatırım yapar; çünkü, zayıf markanın müşterisini çekebilme ihtimali daha düşüktür⁴⁸. Reklam harcamaları ile marka bağlılığı arasında bu kadar doğrudan bir ilişki olmadığı görüşündekiler ise, anılan yaklaşımı eleştirmektedir⁴⁹. Öğretide dolaylı etkilere odaklanan görüşlerin daha çok yer tuttuğu tespit edilmekle birlikte, marka bağlılığı yaratmanın temel unsurlarından birinin reklam olduğu açık bir şekilde kabul görmektedir⁵⁰.

Birleşme ve devralma işlemlerinde de marka gücünün doğrudan pazar gücünün tespitinde dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁵¹. Eğer ürün “*must stock*”⁵² (bulundurulması zorunlu) olarak isimlendirilen bir marka bağlılığına sahipse, yalnızca birleşme devralmada değil, tüm rekabet hukuku değerlendirmelerinde bu etkisi dikkate alınacaktır. Bu açıdan, marka bağlılığı somut olayda geçiş maliyeti⁵³, giriş engeli veya bağımsız bir rekabet unsuru olarak değerlendirilebilmektedir.

Bazı sektörlerde marka gücünün, rekabet açısından diğer sektörlerde göre daha önemli olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, gelişmekte olan bir pazardaki yerli kozmetik ürünlerin marka sadakati hakkında yapılan

⁴⁸ Agrawal, 46 vd.

⁴⁹ Hong-Youl Ha and Joby John, “Swinder Janda and Siva Muthaly, The Effects Of Advertising Spending on Brand Loyalty in Services,” *European Journal of Marketing* 45, no. 4 (Nisan 2011): 675.

⁵⁰ Deven Desai and Spencer Waller, “Brands, Competition, and the Law,” *Brigham Young University Law Review* 2010, (Şubat, 2011): 1498.

⁵¹ Healey D., Chapter in D Zimmer (ed), *Goals of Competition Law*, (Edward Elgar, UK, 2011): 398 – 408.

⁵² 10.09.2007 tarih ve 07-70/863-326 Kurul kararında “*Yeni Rakı'nın ev kanalındaki satış noktalarının neredeyse tamamında bulunduğu, yerinde tüketim kanalında ise bulunurluk oranlarının %... 'in altına düşmediği görülmüştür. Bu bakımdan, Yeni Rakı içki satışı yapan satış noktaları için “bulundurulması zorunlu ürün” (must stock) niteliğindedir.*” şeklinde yer almaktadır.

⁵³ Rekabet terimleri sözlüğüne göre geçiş maliyeti, bir tüketicinin bir başka sağlayıcıya geçiş sürecinde karşılaştığı, malın ya da hizmetin fiyatı haricindeki her çeşit maliyettir. Örnek olarak, yeni ürünün sahip olunan donanıma uygun olması gerekliliği veya tecrübe edilmeyen bir markanın kalitesine ilişkin belirsizlikler verilebilir. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi>, (Erişim Tarihi: 24.02.2023). Ayrıca 09.08.2017 tarih ve 17-26/397-176 sayılı kararda geçiş maliyetlerine ilişkin olarak “*Bunun yanı sıra, yeni cihazın kurulumu, teknik personel tarafından cihazın kullanımının öğrenilmesi gibi maliyetler ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla belli bir marka cihazdan başka bir marka cihaza geçişte, müşteriler yüksek maliyetlerle karşılaşmaktadır.*” ifadelerine yer verilmiştir.

araştırmada, pazara giren yeni oyunculara karşı yerli markaların sahip olduğu marka bağlılığının, önemli bir rekabetçi güç oluşturduğu tespit edilmiştir.⁵⁴ Ayrıca, güçlü markaların bulunduğu sektörlerde yeni girişler için kullanılması gereken fiyatlama ve reklam stratejileri üzerine yapılan çalışmalarda, güçlü marka tarafından yönlendirilen pazara girişlerde, giriş yapan teşebbüsün reklam ve fiyatlama düzeyinin belirleyici olduğu ifade edilmektedir⁵⁵.

Sonuç olarak, marka bağlılığının rekabet hukukuna ilişkin değerlendirmeler açısından önem taşıdığı; bu bağlılığın oluşturulması için kullanılan reklam yöntem ve yoğunluğunun da anılan değerlendirmelerde dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

B. Reklamın Hâkim Durumun ve Bunun Kötüye Kullanıldığının Tespitindeki Yeri

1. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kavramı

Hâkim durumun kötüye kullanılması RKHK'nın 6. maddesi kapsamında yasaklanmış, 3. maddesinde ise hâkim durum kavramı tanımlanmıştır⁵⁶. Bu tanıma göre hâkim durumdaki teşebbüslerin, rekabetin temel unsurları olan arz, üretim miktarı, fiyat gibi unsurlarda rakiplerinden bağımsız biçimde karar vermesi veya pazarda belirleyici olması aranmaktadır⁵⁷.

⁵⁴ Kassam N. M., N. A. B. Jamaludin, Shaari Z. H., Investigating the Brand Loyalty of Domestic Cosmetic in an Emerging Market, *SHS Web Conf.* 124, 2021.

⁵⁵ Carpenter, G.S. ve Nakamoto K., "Competitive Strategies For Late Entry Into a Market with a Dominant Brand," *Management Science* 36, no.10 (Eylül, 1990): 1270 vd.

⁵⁶ RKHK madde 3'e göre hâkim durum "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak anlaşılmalıdır.

⁵⁷ 16.12.2009 tarih ve 09-59/1441-376 sayılı Kurul kararında hâkim durum değerlendirmesi şu yönde yapılmıştır: "Hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün sahip olduğu atıl kapasite sebebiyle miktar ve fiyatı rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olarak belirleme imkânının arttığı kabul edilmektedir. Alçı levha pazarında, yalnızca Knauf'un değil pazardaki tüm teşebbüslerin atıl kapasiteye sahip olduğu ve toplam kapasite içinde Knauf'un kapasitesinin payının düştüğü göz önüne alındığında, atıl kapasitenin Knauf'a belirgin bir avantaj sağlamayacağı anlaşılmıştır." Ayrıca 29.9.2022 tarih ve 22-44/652-281 sayılı Kurul kararında "Teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının anlaşılması için birçok faktörün değerlendirilmesi, pazarın ve teşebbüsün yapısının ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün pazardaki gücü, rakip

Rekabet hukuku analizlerinde, teşebbüsün sahip olduğu pazar gücünün tespitinde kullanılan temel kriter, incelenen teşebbüsün ve rakiplerinin pazar payıdır. Pazar payının yüksek olması hâkim durum tespiti için tek başına yetmemekle birlikte, belirli bir seviyeden yüksek pazar payının hâkim duruma işaret ettiği kabul edilmektedir⁵⁸. Konuya ilişkin içtihatla önemli bir yer tutan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) *Hoffman-La Roche* kararında, devamlılık arz eden yüksek pazar paylarının teşebbüsün hâkim durumunun varlığına işaret ettiği belirtilmiştir⁵⁹. ABAD, anılan kararında net biçimde ifade etmediği yüksek pazar payı ifadesini *AKZO* kararında somutlaştırmış olup; yüzde elli ve üzeri pazar paylarının, (başkaca bir kriterle aykırı değilse) teşebbüsün ilgili ürün pazarında hâkim durumuna işaret ettiğini belirtmiştir⁶⁰. *Hilti*⁶¹ kararında ise, teşebbüsün yüzde yetmiş ila seksen seviyesindeki pazar payının, teşebbüsün hâkim durumunu ispata yeterli olduğu kabul edilmektedir⁶².

İlgili kararlar bir arada değerlendirildiğinde çok yüksek pazar payının tek başına hâkim durum tespitine yetebileceği; %50 seviyelerindeki pazar payının ise hâkim durumu işaret etmekle birlikte, bir karara ulaşılabilmesi için diğer kriterlerin de ayrıca incelenmesini gerektirdiği⁶³; bundan daha düşük pazar payına sahip teşebbüslerin de somut olayın gereklerine göre hâkim durumda olduğuna karar verilebileceği anlaşılmaktadır.

teşebbüslerin pazara giriş veya genişlemeleri önündeki engellerin varlığı, alıcıların pazar gücü ve pazardaki rekabetin durumu gibi kriterler değerlendirilmelidir.”

⁵⁸ Gamze Öz Aşçıoğlu, “Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Pazarda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması ve Birleşme ve Devralmaların Kontrolü” Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu Tebliği (Ankara: Rekabet Kurumu Yayın No.30,1999), 111.

⁵⁹ Hoffman-La Roche 1979 ECR 461 para. 39-41.

⁶⁰ Kararda, yüzde elli pazar payının hâkim duruma işaret ettiği; ancak, tek başına hâkim durumun tespitine yetmeyeceği; giriş engelleri, rakiplerin pazar payları ve yoğunlaşma hususlarına da bakılması gerektiği belirtilmiştir. Buna ek olarak, yüksek pazar payının süreklilik arz etmesi gerektiği ifade edilmiştir, (Dava C-62/86, *AKZO Chemie BV v. Commission* [1991] ECR I-3359, paragraf 60).

⁶¹ Hilti CFI Dec. 12, 1991, 1991 ECR II-1439, para. 92.

⁶² Christian Ahlborn, David S. Evans and Jorge Padilla, “The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to per Se Illegality, Antitrust Bulletin,” *The Antitrust Bulletin* 49, no. 1-2, (Mart 2004): 287-341.

⁶³ 19.09.2018 tarih ve 18-33/555-273 sayılı Kurul kararı para 117-118.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'da⁶⁴ hâkim durumun tespitine ilişkin olarak teşebbüsün rakiplerinden bağımsız davranabilme becerisinin ölçüldüğü; bu durumun tespiti için de hâkim durumda olduğu düşünülen teşebbüsün ve ilgili pazardaki rakiplerinin pazardaki konumu, alıcıların pazarlık gücü, pazara giriş engelleri ve büyüme engelleri gibi unsurların inceleneceği belirtilmiştir⁶⁵. Kılavuz'da yüzde kırk pazar payı açıkça belirtilerek; bu oranın altında pazar payına sahip teşebbüslerin, hâkim durumda olma ihtimalinin düştüğü belirtilmektedir⁶⁶. Bununla birlikte, pazar payına ilişkin bu oran kesin bir karine olarak kabul edilmemiştir. Nitekim Kurul kararlarında⁶⁷ pazar payının yanı sıra rakiplerin sayısı, fikri mülkiyet haklarına sahip olunması⁶⁸ ve altyapının kontrolü gibi hususlar da göz önüne alınmaktadır. Teşebbüsün hâkim durumda olduğunun tespiti, hâkim durumun kötüye kullanılarak pazarda etkin rekabetin bozulduğunun tespit edilmesi sonucunu doğurmamakta ve tek başına bir ihlal teşkil etmemektedir⁶⁹.

⁶⁴ Kabul Tarihi: 29.1.2014 Karar Sayısı: 14-05/97-RM(1). <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/hakim-durumdaki-tesebbüslerin-dislayici-davranislarina-iliskin-kilavuz1.pdf>, (Erişim Tarihi:02.02.2023).

⁶⁵ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'un 10. paragrafı "*Hâkim durum değerlendirmesi yapılırken esasen, incelenen teşebbüsün rekabetçi baskılardan ne ölçüde bağımsız davranabildiği araştırılmaktadır. Bu değerlendirmede, her bir olayın kendine özgü koşulları göz önünde bulundurulmaktadır. Hâkim durum değerlendirmesinde göz önünde bulundurulmuş temel unsurlar; incelenen teşebbüsün ve rakiplerinin ilgili pazardaki konumu, pazara giriş ve pazarda büyüme engelleri, alıcıların pazarlık gücü olarak sınıflandırılabilir.*" şeklindedir.

⁶⁶ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, para 12.

⁶⁷ 8.7.2010 tarihli, 10-49/900-314 sayılı Kurul kararında "*Mey İçki'nin likör pazarındaki pazar payı, söz konusu pazar payındaki değişim ile rakiplerin pazar payları, fiyat seviyeleri, zam oranları ve Mey İçki'nin fiyat lideri olmadığı hususları dikkate alındığında teşebbüsün işlem öncesi pazarda lider olmakla birlikte rekabet hukuku bağlamında hâkim durumda olmadığı sonucuna varılmıştır. Nitekim Mey İçki'nin pazar payı aylık olarak önemli dalgalanmalar göstermektedir. Bu husus, diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde Mey İçki'nin hâkim durumda olmadığı tespitini pekiştirmekte, teşebbüsün pazar payını rakiplerine karşı koruyamadığını ve rakiplerin dönemsel olarak kendisinden önemli pazar payı alabildiğini göstermektedir.*"

⁶⁸ Case No COMP/M.6381 - Google/ Motorola Mobility Avrupa Komisyonu kararı.

⁶⁹ Birleşme ve devralma işlemlerinde açıkça hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun kuvvetlendirilmesinin önüne geçilmesi hedeflenmekte olup, bu

2. Reklam ve Hâkim Durum İlişkisi

Hâkim durumun kötüye kullanılması ise RKHK'nın 6. maddesinde örnekleme⁷⁰ yoluyla sayılmış olup, bu haller dışında da hâkim durumun kötüye kullanılması oluşturabilecek eylemler olabileceği anlaşılmaktadır. Reklamın da hâkim durumdaki teşebbüs tarafından, bu yönde bir araç olarak kullanılması olasıdır. Bu sonuç reklamın yönteminden, reklama ayrılan bütçeden veya reklam ile hedef kitleye yöneltilen mesajdan kaynaklanabilir. Reklam yönteminin, tüketici nezdinde oluşturmayı amaçladığı imaj neticesinde, tüketicinin rakip teşebbüsler tarafından sunulan ürün veya hizmetleri incelemeye gerek görmeyecek duruma getirilmesi⁷¹, buna örnek olarak verilebilir. Belirtilen reklamın etki düzeyi ile orantılı olarak, bu reklam yönteminin rakip teşebbüsün piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasına sebep olması olasıdır.

doğrultuda önleyici bir mekanizma mevcuttur. RKHK'nın 7/1. maddesinde bu husus “Bir ya da birden fazla teşebbüsün başta hâkim durum yaratılması ya da mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi olmak üzere ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁷⁰ “... Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır: a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırıcılık yapılması, c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi, d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler, e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.”

⁷¹ Örneğin, Booking kararında incelenen “en düşük fiyat garantisi” koşulu ve bunun platform tarafından vurgulanması tüketici nezdinde yarattığı imaj sebebiyle, diğer tatil satış platformlarının tüketici tarafından incelenmesi anlamsız hale gelmektedir. Konuya ilişkin karar incelenirken detaylı bilgi verilecektir.

Reklam bütçesi⁷² ve kapsayıcılığı neticesinde, rakiplerin hedef kitleye erişebileceği mecraların onlara kapalı hale getirilmesi veya bu mecraayı kullanma olanaklarının önemli düzeyde sınırlanması da benzeri bir sonuç doğurabilir⁷³. TV ve radyo gibi geleneksel mecraların yanı sıra, çevrimiçi veya açık hava mecralarında bunun gerçekleştirilmesi olasılığının nispeten düşük olduğu vurgulanmalıdır. Bunun temel gerekçesi, anılan mecraların sayıca fazlalığıdır. Özellikle geleneksel mecralar, tahsis edilen yüksek reklam bütçesi sayesinde, belirli bir zaman aralığı için hâkim durumdaki teşebbüsün reklamlarına ayrılmış ve diğer teşebbüslerin bu mecralara erişim imkânı ortadan kaldırılmış olsa dahi, anılan sınırlama takip eden dönemler için geçerli olmayacaktır. Bu açıdan, reklam bütçesi yönünden yürütülecek değerlendirmede, rakip teşebbüslerin hedef kitleye erişimde kullanabilecekleri mecraların çeşitliliği, erişemedikleri mecraanın yerini alabilecek başka mecraların mevcut bulunup bulunmadığı ve rakip teşebbüs reklamlarının hâkim durumdaki teşebbüsün reklamı ile aynı dönemde gerçekleştirilmesi gerekliliğinin bulunup bulunmadığı ayrıca incelenmelidir.

Reklam ile iletilen mesaj, doğrudan anılan maddede sayılan hâkim durumun kötüye kullanılması örnekleri ile örtüşebilir. Eşit durumdaki alıcılar açısından farklı şartların ileri sürülmesi nedeniyle ayrımcılık oluşturan reklam içerikleri, bu kapsamda sayılabilir. Bu husustaki değerlendirmede, reklamın içeriği ile hedef kitle ve piyasada oluşturduğu etki bir arada irdelenmelidir. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'da kötüye kullanma, bir davranışın ihlal teşkil edebilmesi için teşebbüsün mevcut pazar gücünün sağladığı avantajdan yararlanarak tüketici refahını azaltabilme potansiyeli taşıyan davranışlarda bulunması olarak tanımlanmıştır⁷⁴. Dolayısıyla hâkim durumdaki teşebbüsün reklamlarının hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilmesi için, doğrudan veya dolaylı biçimde tüketici zararına yol açması gerekmektedir⁷⁵. Tüketici zararı her bir vaka özelinde farklı biçimde somutlaşmaktadır. Tüketicinin seçeneklerinin azalması, ürüne ulaşmakta zorlanması, ürünün fiyatının artması veya pazara yeni ürünlerin girişinin zorlaşması gibi birçok ihtimal mevcuttur⁷⁶.

⁷² Alison Jones, Brenda Sufrin and Niamh Dunne,; *EC Competition Law Text, Cases, and Materials* (3. Baskı) (Londra: Oxford University Press, 2019), 21 vd.

⁷³ 05.11.2020 tarih ve 20-48/666-291 sayılı Kurul kararı, 67 ve 30.09.2021 tarih ve 21-46/669-334 sayılı Kurul kararı, para 21-26.

⁷⁴ Kılavuz para 22.

⁷⁵ John Vickers, "Abuse of Market Power," *The Economic Journal* 115, no. 504, (Haziran 2005): 244 vd.

⁷⁶ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz: 5.

Hâkim durumun kötüye kullanılması yoluyla rekabet ihlalleri kendi içerisinde sömürücü, dışlayıcı ve ayrımcı nitelikteki kötüye kullanmalar şeklinde üçlü bir tasnif çerçevesinde ele alınmaktadır⁷⁷. Ancak RKHK'nın 6. maddesinde bu yönde bir ayrıma gidilmemiş, yalnızca örnekleme yoluyla başlıca kötüye kullanma halleri sayılmıştır. Bu ayrım tasnif ve inceleme kolaylığı sağlasa da uygulamada ihlal ihtiva eden eylemler iç içe geçebilecek bir yapıdadır. Uygulamada ihlalin niteliği, tüketiciye verilen zarar, ispat standardı ve ihlalin makul biçimde sonlandırılması hususlarına da odaklanılması yerinde olacaktır⁷⁸.

II. REKABET KURUMU KARARLARINDA YER VERİLEN DEĞERLENDİRMELER AÇISINDAN REKLAM

A. GİRİŞ ENGELLERİ

1. Doğrudan Giriş Engeli Unsuruna Yönelik Değerlendirmeler

Rekabet hukuku kapsamında pazara giriş engelleri arasında sayılan batık maliyetlerin tipik örneklerinden biri reklam harcamalarıdır⁷⁹. *Arçelik*⁸⁰, *Vestel*⁸¹, *Rekor Gıda Pazarlama Sanayi ve Ticaret AŞ*⁸² kararlarında reklam harcamalarının çoğunlukla batık maliyet oluşturduğu tespiti yapılmıştır.

⁷⁷ Richard Wish and David Bailey, *Competition Law* (Londra, Oxford University Press: 2021).

⁷⁸ Gerekeçli Kurul kararları incelendiğinde zarar teorisi, ispat araçları, ihlalin teorisi ve niteliği ve nasıl sonlandırıldığı hususları detaylı biçimde açıklanmaktadır. Bu konuda örnek olarak bkz. 05.11.2020 tarih ve 20-48/666-291 sayılı Kurul kararı.

⁷⁹ Damien Geradin, Nicolas Petit, Mike Walker, Paul Hofer and Frédéric Louis, "The Concept of Dominance in EC Competition Law," *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC* (July 2005): 16.

⁸⁰ 18.10.2011 tarih ve 11-53/1353-479 sayılı Arçelik kararı.

⁸¹ 24.11.2016 tarih ve 16-41/666-299 sayılı Vestel Kararında şu tespit yer almaktadır: "Diğer taraftan tüketici elektroniği sektörlerinde güçlü bir markaya ve marka bilinirliğine sahip olma gerekliliği, bunun için katlanılması gereken ve çoğunlukla batık maliyet niteliğinde olan reklam harcamaları, ileri teknolojiye ve ar-ge yatırımlarına olan ihtiyaç bu pazarlara girişi zorlaştırıcı başlıca unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır."

⁸² "Pazara tüm ülke çapında girmek isteyen girişimcilerin karşılaştacağı en büyük engel, tüketiciler nezdinde marka bilinirliği çok yüksek ve yıllardan beri pazarda bulunan ürünlerin arasına kendi çıkaracağı ürünleri konumlandırabilmek ve bu ürünlerin tüketiciler tarafından kabul edilmesini sağlamaktır. Her ne kadar ilgili ürün pazarlarına yerel bazda girişler mümkünse de, Türkiye çapında piyasaya Ülker'in üzerinde rekabetçi baskı oluşturacak düzeyde etkin bir giriş yapılabilmesinin önündeki

Algida ürünlerini satan *Unilever* hakkında yürütülen soruşturma kapsamında, endüstriyel dondurma pazarında marka gücü ve reklama ayrılan bütçeler incelenmiş, bunların birer giriş engeli oluşturduğu açıkça belirtilmiştir⁸³. Bu gibi marka bilinirliğinin yüksek olduğu pazarlarda, bir markanın tutunabilmesi için reklam bütçesi ayrılması gerektiği ve bu harcamaların da genellikle batık maliyet yarattığı tespitleri yer almıştır⁸⁴.

Numil-2 kararında pazara girebilmek için marka bilinirliği yaratmak ve güven vermek gerektiği, bunun içinse yoğun reklam kampanyalarına ihtiyaç duyulduğu, reklam ve pazarlama faaliyetlerinin de batık maliyet olarak değerlendirildiği tespitleri yapılmıştır⁸⁵. *Luxottica Gözlük Endüstri ve Ticaret AŞ* hakkında RKHK'nın 6. maddesi kapsamında yürütülen incelemeye ilişkin kararda, güneş gözlüğü satışları özelinde reklamın çok önemli olduğu, rakip teşebbüsün reklam harcamaları nedeniyle rekabetin çok zor olduğu belirtilmiştir⁸⁶. İlgili kararda, reklamın etkisi ve gücü nedeniyle yüksek reklam maliyetlerine katlanmanın zorunlu olduğu ve bunun bir batık maliyet oluşturduğu belirtilmektedir.

en büyük engellerden biri, Ülker'in marka gücü ve yoğun reklam harcamalarıdır. Bu koşullar pazara yeni girecek bir firmanın pazara etkin giriş yapabilmesi için yüksek reklam giderlerine katlanmak durumunda olduğunu ortaya koymaktadır. Bu giderlerin batık maliyet niteliğinde olduğu açıktır.

⁸³ 18.03.2021 tarih ve 21-15/190-80 sayılı Kurul kararında “marka bilinirliğinin yüksek olduğu endüstriyel dondurma pazarında, pazara yeni giriş yapan bir teşebbüsün yoğun reklam harcamaları yapması gerekebilecektir.” ifadesine yer verilmektedir.

⁸⁴ Endüstriyel dondurma pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin satış noktaları ile münhasır anlaşmaları hakkında muafiyet taleplerine ilişkin 15.5.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı Kurul kararı.

⁸⁵ 27.11.2008 tarih ve 08-67/1089-423 sayılı *Numil Mama* hakkındaki Kurul kararında şu tespit yer almaktadır: “...piyasada kalıcı olabilmek için hedef tüketici grubunda ürün marka bilinirliği ve güvenilirliği yaratmanın son derece önemli olduğu incelemeye konu ürün pazarlarında *Numil*'in üzerinde rekabetçi baskı oluşturacak düzeyde etkin bir giriş yapılabilmesinin önündeki en büyük engellerden biri, *Numil*'in yukarıda bahsedilen kanallarla gerçekleştirdiği yoğun reklam, tanıtım ve pazarlama harcamaları sonucu elde ettiği yüksek marka gücü ve marka bilinirliğidir. Bu durum pazara yeni girecek bir firmanın pazara etkin giriş yapabilmesi için batık maliyet niteliğinde olacak olan yüksek pazarlama ve reklam giderlerine katlanmak durumunda olduğunu ortaya koymaktadır.”.

⁸⁶ “...Güneş gözlüğü satışlarında reklamın çok önemli olduğunu, *Ray-Ban*'ın sahip olduğu bilinirlik ve reklam harcamasıyla rekabet edemeyeceklerini...”23.02.2017 tarih ve 17-08/99-42 sayılı Kurul Kararı.

Frito Lay kararında ise bu markanın sürekli biçimde yürüttüğü reklam faaliyetlerinin, marka bilinirliğini arttırdığı ve bu nedenle giriş engeli oluşturduğu tespit edilmiştir⁸⁷. Kararda sektöre ilişkin değerlendirme, *Pringles*'in reklam harcamaları ve pazar payı arasındaki doğrudan ilişki üzerinden yapılmış ve reklama dayanarak kazanılan pazar payının, reklam harcamaları azaldığında düşmesinin pazarda giriş engellerinin varlığına işaret ettiği belirtilmiştir⁸⁸.

Yukarıda yer verilen kararlardan, ürünlerin birbirine benzer nitelikte olduğu sektörlerde ürün farklılaştırmasının zorlaştığı ve marka bağlılığını artırmak için daha fazla reklam harcamasına ihtiyaç duyulduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bu tür pazarlarda reklam harcamalarının pazara yeni giren bir teşebbüsün pazarda varlığını sürdürebilmesi için zaruri nitelikte olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir⁸⁹. Reklama ilişkin batık maliyetler ise, pazardan çıkmak isteyen teşebbüsler için rekabet hukuku kapsamında bir engel olarak değerlendirilmektedir⁹⁰.

2. Reklam Yasaklarına Yönelik Değerlendirmeler

Reklam, tanıtım ve sponsorlukların yasak olduğu pazarlar, Kurul tarafından “*karanlık pazar*” olarak tanımlanmış; bu pazarların bazı olumsuz koşullara sahip olduğu ve marka bilinirliği yüksek teşebbüslerin bu durumdan daha az etkileneceği belirtilmiştir⁹¹. Reklam yasaklarının ve tanınmış

⁸⁷ 06.04.2006 tarih ve 06-24/304-71 sayılı Kurul kararı.

⁸⁸ “...tanıtım programının etkisiyle pazar payı elde eden ancak bir süre sonra bu pazar payının çok büyük kısmını kaybeden bir teşebbüsün söz konusu olması pazarda giriş engeli olduğunu gösteren bir unsur olarak değerlendirilmelidir.”.

⁸⁹ 25.12.2014 tarih ve 14-54/932-420 sayılı Türk Hava Yolları kararında şu tespit yer almaktadır: “Örneğin, reklam maliyetleri genel itibarıyla batık maliyet olarak görülmekte ve kaçınılabılır maliyet olarak nitelendirilmemektedir.”.

⁹⁰ 26.04.2021 tarih ve 21-23/274-120 sayılı Türkiye Seyahat Acentaları Birliği kararında şu tespit yer almaktadır: “pazara yeni giriş yapacak acentelerin belli bir başlangıç maliyetine katlanması gerektiği, giriş ücretinin batık maliyet ve pazardan çıkış engeli teşkil ettiği”.

⁹¹ 11.01.2018 tarih ve 18-02/9-5 sayılı Rekabet Kurulu kararında şu tespit yer almaktadır: “... bira pazarında ürün reklam ve tanıtımının, sponsorluğunun vs. yasak olduğu karanlık pazar (dark market) koşullarına geçilmiştir. Karanlık pazar koşulları ile birlikte, bira pazarında soğuk ve kaliteli bulunurluğun önemi daha da artmış; güçlü, marka bilinirliği yüksek ve geniş portföye sahip olan teşebbüsler bu olumsuz koşullardan diğer teşebbüslere oranla daha az etkilenmiş; piyasaya yeni teşebbüslerin girmesi ve girenlerin de piyasada tutunması ise büyük ölçüde güçleşmiş; bir başka

markaların olduğu pazarlarda ise reklamın bu etkisi artmaktadır. *Anadolu Efes Biracılık ve Malt San. AŞ'nin (Efes), Mey Alkollü İçkiler San. ve Tic. AŞ'den "Tekel Birası Şekil"* markasını devralmasına ilişkin kararda, alkollü içkilerin kitlesel yayın organlarında reklamının yasak olmasının, marka bilinirliği yaratmaya engel olduğu ve yeni bir teşebbüsün pazara girmesini zorlaştıracığı tespiti yapılmıştır⁹².

Mesleki faaliyetlere ilişkin reklam yasakları da Kurul incelemesine konu edilmiştir⁹³. Türkiye Eczacılar Birliği'nin, platformlar üzerinden reklam yasağına aykırı davranan üyelerine idari yaptırım uygulamasının rekabet hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle Rekabet Kurumu'na başvuru yapılmıştır. Ancak Kurul kararında, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'da eczaneler hakkında reklam yasakları düzenlendiği ve konuya ilişkin özel kanun hükmü bulunması nedeniyle RKHK kapsamında yapılacak bir müdahale bulunmadığı ifade edilmiştir⁹⁴. İstanbul Gümrük Müşavirleri Derneği'nin, kendi üyelerinin tüm reklam ve tanıtım faaliyetlerini yasaklaması konulu dosyada, reklam yasaklarının giriş engeli oluşturduğu belirtilmiştir⁹⁵. Pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler açısından reklam yasaklarının, gümrük müşavirlerinin daha iyi hizmeti daha iyi fiyatla sunma isteğini düşürebileceği; ayrıca, müşterilerin asimetrik bilgiye maruz kalmasına ve daha iyi hizmete erişim imkânlarının azalmasına neden

ifadeyle, karanlık pazar koşulları piyasadaki mevcut giriş engellerini pekiştirmiştir. Zira pazarda karanlık pazar döneminden önce mevcut olan bira üreticileri tüketiciler nezdinde tanındığından, karanlık pazar döneminde piyasaya girmek isteyen teşebbüslerin -herhangi bir reklam veya tanıtım yapmaksızın- mevcut bira üreticileri ile rekabet ederek tüketicilere ulaşması çok zor bir hale gelmiştir."

⁹² 25.08.2019 tarih ve 09-38/925-218 sayılı Rekabet Kurulu kararında şu tespit yer almaktadır: "*Bira pazarında faaliyet gösterebilmek için marka bilinirliği yaratmaya ve yaygın dağıtımına olan ihtiyaç, mevcut yasal düzenlemeler gereği kitlesel yayın organlarındaki reklam yasağı, nihai satış noktalarında bulunurluk konusunda yaşanan sorunlar ve Efes'in pazardaki mevcut konumu ve ünü, bu pazarda potansiyel rekabet baskısı yaratılmasını engeller niteliktedir."* Karşı oy kullanan iki Rekabet Kurulu üyesinin gerekçesinde ise: "*Efes'in pazardaki mevcut konumu ve gücünün, özellikle reklam yasakları nedeniyle marka bilinirliği yaratmadaki zorluklar, yaygın bir dağıtım ağı kurma gerekliliği vb. giriş engeli/zorluğu yaratabilecek..."*

⁹³ 07.01.2021 tarih ve 21-01/19-9 sayılı Kurul kararı.

⁹⁴ "... *TEB ve bağlı ecza odaları tarafından kimi eczaneler hakkında sosyal medya hesapları üzerinden reklam yapılması ve internet aracılığıyla yapılan satışlara aracılık edilmesi gibi gerekçelerle verilen kararlar hakkında 4054 sayılı Kanun kapsamında işlem tesis edilemeyeceği değerlendirilmektedir."*

⁹⁵ 20.06.2019 tarih ve 19-22/352-158 sayılı Kurul kararı.

olabileceği değerlendirilmeleri yapılmıştır⁹⁶. Piyasanın hali hazırda faaliyet gösteren gümrük müşavirleri tarafından paylaşıldığı ve reklam faaliyetinin durdurulmasının yeni girişleri zorlaştıracağı da vurgulanmıştır⁹⁷.

Tütün ürünleri ve alkol içeren ürünlere ilişkin reklam yasakları sıklıkla rekabet hukuku kararlarına konu olmuştur⁹⁸. Kararların genelinde reklam yasaklarının pazarı rekabete daha kapalı hale getirdiği, erken giren teşebbüslerin marka bağlılığı oluşturabildiği, bu tür pazarlarda marka bilinirliğini kazanan teşebbüsün daha avantajlı olduğu, satış noktalarında münhasır bayilik uygulamanın pazar payı düşük olan teşebbüsler için dışlayıcı etki doğurabileceği ifade edilmiştir. *Philip Morris*⁹⁹ ile *Maxi Market*¹⁰⁰ arasında imzalanan tütün ürünlerinin satışına ilişkin sözleşmeye menfi tespit/muafiyet tanınmasına ilişkin kararda tütün mamullerine ilişkin reklam yasaklarının pazara etkileri incelenmiştir. Reklam yasağı olan sektörlerde teşebbüslerin ürünlerin dağıtımını ve sergilenmesi konusunda daha hassas davrandıkları, ürünlerini daha görünür kılmak için dolap veya raf benzeri ünitelerinde sergilenmesine önem verdikleri tespitleri yapılmıştır¹⁰¹. Kararda, satış noktalarında fiili münhasır çalışmanın halihazırda kısıtlı olan reklam ve tanıtım olanağını teşebbüslerin elinden alacağı, pazar payı düşük olan teşebbüslerin satış noktalarına girememesi nedeniyle pazar paylarının daha da azalabileceği ve bu durumun pazara giriş engeli olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir.

Numil-1 kararında bebek mamaları; başlangıç biberon mamaları, devam biberon mamaları ve diğer bebek mamaları olmak üzere üç kategoriye ayrılarak incelenmiş ve başlangıç biberon mamaları için reklam ve promosyonun yasaklanması nedeniyle rekabetçi koşullar açısından pazarın farklılaştığı tespiti yapılmıştır¹⁰².

⁹⁶ Para. 66.

⁹⁷ Para. 75.

⁹⁸ 26.11.2020 tarih ve 20-51/701-310 sayılı, 23.01.2020 tarih ve 20-06/52-29 sayılı, 20.06.2019 tarih ve 19-22/335-152 sayılı, 21.10.2021 tarih 21-51/708-351 sayılı, 12.6.2003 tarih ve 03-42/464-203 sayılı Kurul kararları.

⁹⁹ Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış AŞ.

¹⁰⁰ Tüketim Malları Pazarlama ve Ticaret AŞ.

¹⁰¹ 12.6.2003 tarih ve 03-42/464-203 sayılı Kurul kararı, 5.

¹⁰² 14.08.2003 tarih ve 03-56/651-299 sayılı Kurul kararında "...çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemeler çerçevesinde başlangıç biberon mamaları için geçerli promosyon ve reklam yasağı gibi uygulamalar başlangıç biberon mamalarını hem

Bu çerçevede, reklam yasağı olan sektörlere girişin diğer sektörlerle oranla daha zor olduğu ve marka bilinirliği yaratmanın zorlaştığı; buna bağlı olarak da marka gücünün etkisinin daha fazla hissedildiği reklam yasaklarının rekabet açısından bazı olumsuz sonuçlar doğurduğu tespitleri Kurul kararlarında açıkça yer almaktadır. *Efes* kararında¹⁰³ reklam yasağı bulunan sektörler karanlık pazar olarak tanımlanmış ve reklam yasaklarının pazara girmek isteyen teşebbüsler açısından olumsuz etkileri olduğu net biçimde ifade edilmiştir.

Bununla birlikte Kurul, kararlarında reklam yasaklarına ilişkin olumsuz kanaatlerinden bahsetmiş ancak mevzuattan kaynaklanan reklam yasakları karşısında mevzuat hakkında görüş verme yetkisi bulunmasına rağmen görüş vermemeyi tercih etmiştir¹⁰⁴. Diğer taraftan, *İstanbul Gümrük Müşavirleri Derneği* kararında, herhangi bir yasal dayanak olmaksızın getirilen reklam yasağının mevzuata aykırı olduğu tespit edilmiş ve idari para cezası uygulanmıştır¹⁰⁵.

3. Marka Bilinirliğine Yönelik Değerlendirmeler

Markalaşmanın önemli olduğu pazarlarda, marka bilinirliği taşıyan teşebbüslerin mevcudiyeti, reklam yasaklarının giriş engeli olma yönünü güçlendirmektedir. Bu doğrultuda *İzocam* kararında, ilgili teşebbüsün

devam biberon mamalarından hem de diğer bebek mamalarından rekabetçi koşullar bakımından ayırmaktadır." ifadeleri yer almaktadır.

¹⁰³ Alkollü ürünlere ilişkin 03.07.2017 tarih ve 17-20/320-142 sayılı Kurul kararında "...piyasaya girmek isteyen teşebbüslerin - herhangi bir reklam veya tanıtım yapmaksızın- mevcut bira üreticileri ile rekabet ederek tüketicilere ulaşması çok zor bir hale gelmiştir." ifadesiyle, reklam yasağının olumsuz etkileri dile getirilmiştir. Kurul'un bu gibi durumlarda rekabet savunuculuğu yetkisi mevcuttur.

¹⁰⁴ Rekabet savunuculuğuna ilişkin Kurum internet sitesinde "... yürürlükteki mevzuat veya mevzuat taslaklarına görüş vermek, rekabeti kısıtlayabilecek uygulamaları teşvik edebilecek devlet müdahaleleri konusunda tavsiyelerde bulunmak, kamuoyunu doğrudan eğitmeye yönelik seminerler düzenlemek veya bültenler yayınlamak, kamuoyunu dolaylı olarak eğitmek için medyayı kullanmak, yargı mensuplarını ve kural koyucuları rekabet politikası ile ilgili konularda bilgilendirmek ve rekabeti etkileyebilecek aktüel veya potansiyel devlet müdahaleleri hakkında çalışmalar yapmak." ifadeleri yer almaktadır. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Rekabet-savunuculuğu>. (Erişim Tarihi:23.02.2023). İlgili mevzuatın pazarı olumsuz etkilediği tespiti Kurum tarafından hüküm altına alınmış, ancak mevzuat değişimi yönünde bir görüş verilmesi kararı yer almamıştır.

¹⁰⁵ Gerekçeli karar, 33.

camyünü pazarına ilk giriş avantajı nedeniyle marka bilinirliğinin yüksek olduğu, jenerik marka olmasının pazarda rakiplerinin markalaşma ihtiyacını arttıracacağı, bu markalaşmanın da ancak reklam vasıtasıyla sağlanabileceği ifade edilmiştir.¹⁰⁶ Ayrıca reklam harcamalarıyla yaratılan marka aidiyetinin devamlılığının, reklam kampanyalarının sürmesi ile yakından ilgili olduğu ve pazara yeni girecek bir teşebbüsün, pazarda tanıtım yapmasının gerekli olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁷

Sahibinden.com'un emlak ofisleri ve oto galerilere yönelik kurumsal üyelik fiyatlandırma stratejisi hakkında aşırı fiyat iddialarının incelendiği kararda ise, yüksek marka bilinirliğinin, finansal güç ile birleştiği durumlarda rakip teşebbüslerin büyümesinin önünde giriş engeli oluşturduğu belirtilmiştir.¹⁰⁸ *Paşabahçe* kararında¹⁰⁹, ilgili teşebbüsün marka bilinirliğinin rakiplerine göre çok daha fazla olduğu; bunun, ürün çeşitliliği ile birlikte değerlendirilmesi neticesinde, pazarda güçlü bir konumda bulunduğu tespit edildiği ifade edilmiştir.¹¹⁰ *Arçelik/Sony* kararında ise dayanıklı ev eşyaları sektöründe LCD TV pazarı tanımlanmış ve anılan pazarda rekabet için marka bilinirliğinin gerekli olduğu ve bunun için de reklama ihtiyaç duyulduğu tespitleri yer almıştır.¹¹¹

Coca Cola kararında giriş engelleri başlığı altında marka bilinirliği ve reklam harcamaları birlikte değerlendirilmiş ve marka bilinirliğine ilişkin “marka değeri yüksek firmaların bulunduğu piyasalara girmek isteyen firmalar önemli bir giriş engeli ile karşılaşmaktadır.” tespiti yapılmıştır.¹¹² Ayrıca Kurum tarafından yayımlanan Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'da¹¹³ yer alan “Teşebbüsün özelliklerinden kaynaklanan engeller arasında; teşebbüsün kilit girdilere ve

¹⁰⁶ 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı Rekabet Kurulu kararı, para. 2100.

¹⁰⁷ Richard Schmalensee, “The Economics of Advertising,” *The Economic Journal* 83, no. 2, (Mart, 1973): 295 vd.

¹⁰⁸ 30.09.2021 tarih ve 21-46/655-325 sayılı Kurul kararında marka bilinirliğine ilişkin olarak “yüksek marka bilinirliği, finansal ve ekonomik gücü gibi hususların piyasadaki teşebbüslerin büyümesi veya piyasaya yeni teşebbüslerin girmesi önünde giriş engeli oluşturmasının muhtemel olacağı değerlendirilmiştir.” tespiti yer almaktadır.

¹⁰⁹ 10.06.2021 tarih ve 21-30/385-193 sayılı Kurul kararı.

¹¹⁰ İlgili kararın 184. paragrafında güçlü bir konum ifadesi kullanılmış olup, hâkim durum tespiti yapılmamıştır.

¹¹¹ 8.12.2010 tarih ve 10-76/1572-605 sayılı Kurul kararı.

¹¹² 19.10.2004 tarih ve 04-66/951-229 sayılı Kurul kararı.

¹¹³ 29.1.2014 tarih ve 14-05/97-RM(1) Sayılı Kılavuz.

özel bilgiye erişim imkânına, atıl kapasiteye, dikey bütünleşik yapıya, güçlü bir dağıtım ağına ve geniş bir ürün portföyüne, yüksek marka bilinirliğine, finansal ve ekonomik güce sahip olması sayılabilir.” ifadesinden, marka bilinirliğinin bir giriş engeli sayıldığı görülmektedir. *Arçelik* kararında Kurul, anılan Kılavuz doğrultusunda, “*Marka bilinirliği yaratmak için yapılan reklam harcamaları çoğunlukla batık maliyet niteliği taşımakta, dolayısıyla reklam harcamaları elektrikli ve elektronik ev eşyaları sektörü açısından önemli bir giriş engeli niteliği taşımaktadır.”* tespitine yer vermekte ve reklam harcamaları ile inşa edilen marka bilinirliğini açık bir biçimde giriş engeli olarak kabul etmektedir.

Rakipler veya piyasaya yeni girenler tarafından, reklam yasağı olmayan bu gibi pazarlarda, marka bilinirliğine erişilmesini sağlama amacına yönelik reklam yapılması her zaman için olasıdır. Bununla birlikte, anılan piyasada bu düzeyde bir bilinirliğe erişmeyi ve rekabet gücünü korumayı amaçlayan bir işletmenin, marka bilinirliğine kısa süre içinde ulaşmak isteyeceği öngörülebilir. Aksi halde, sunduğu hizmet veya mala ilişkin olarak, rakibine benzer nitelikte bir talep oluşturamayacaktır. Ancak, her iki işletme arasında önemli bir fark vardır: zaman avantajı. Kurul kararı üzerinden devam edilirse, *Arçelik* markasına dair bilinirlik, şirket bütçesine göre makul sınırlar içinde kalan bir reklam bütçesinin, süregelen şekilde, yıllar boyunca tahsis edilmesi ile oluşturulmuştur¹¹⁴. Pazara yeni girecek işletmenin, *Arçelik* tarafından bir yıl için ayrılan reklam bütçesinin benzerini kullanarak, aynı tanınırlığa erişmesi mümkün değildir. Anılan amaç için, çok sayıda kişiye, farklı mecralar üzerinden, akılda kalıcılığı sağlamaya yeter düzey ve sıklıkta reklam iletilmesi gerekecektir ki; bu da çok daha yüksek bir bütçenin, kısa bir zaman içinde reklama ayrılması gerekliliğini doğuracaktır. Tüm bunlara ek olarak, yapılacak kampanyanın, istenilen düzeyde ve/veya marka ile ilişkilendirilmesi amaçlanan niteliği anımsatır bir şekilde marka bilinirliği oluşturması her zaman için kesin değildir. Sonuç olarak, anılan nedenler çerçevesinde, uygun somut olay örnekleri açısından marka bilinirliğinin bir giriş engeli olduğu görüşündeyiz.

¹¹⁴ Kurul’un bir diğer kararı olan 14.8.2008 tarih ve 08-50/723-283 sayılı P&G kararında da “Pazara tüm ülke çapında girmek isteyen girişimcilerin karşılaşacağı en büyük engel, tüketiciler nezdinde marka bilinirliği çok yüksek ve yıllardan beri pazarda bulunan ürünlerin arasına kendi çıkaracağı ürünleri konumlandırabilmek ve bu ürünlerin tüketiciler tarafından kabul edilmesini sağlamaktır.” tespiti mevcuttur.

Yukarıda yer verilen Kurul kararları ışığında reklamın marka bilinirliği yaratma ve sürdürme konusunda etkili bir araç olduğu, güçlü marka bilinirliğine sahip teşebbüslerin bulunduğu pazarlarda marka bilinirliğinin bir giriş engeli olarak değerlendirildiği, ilgili giriş engelini aşmanın ise yüksek reklam bütçesini gerektirdiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan marka bilinirliğinin, bazı pazarlarda rekabet avantajı sağlamak açısından daha etkili olduğu ifade edilmiştir. Bu durum, marka bilinirliğinin ilgili pazar verilerinin değerlendirilmesinin de önem taşıdığına işaret etmektedir.

B. Hâkim Durumun ve Kötüye Kullanımının Tespiti Açısından Reklam Harcamalarının Değerlendirilmesi

1. Hâkim Durumun Tespiti Yönünden

Rekabet otoriteleri tarafından hâkim durum tespitinde teşebbüsün pazar payı, ilk giren avantajı¹¹⁵, giriş engellerinin bulunması, finansal güç, dikey bütünlük¹¹⁶, rekabet için gerekli bir alt yapıyı kontrol etme¹¹⁷ gibi kriterler kullanılmaktadır¹¹⁸. Bu kararlardan biri olan *Nestle/Perrier*¹¹⁹ birleşmesinde, yüksek reklam harcamalarının hâkim durum varlığına işaret ettiği ve talep esnekliğini azalttığı tespitlerine yer vermiş ve değerlendirme yapılırken, rakiplerin reklam bütçeleri toplamı ve birleşme sonrası *Nestle*'nin pazarlama gücü göz önünde alınmıştır¹²⁰. Birleşme işlemi sonrası, rakip teşebbüslerin reklam açısından rekabet edecek güce sahip olmayacağı ve reklamın

¹¹⁵ 25.3.2004 tarih ve 04-22/231-48 sayılı Kurul kararı, 10.

¹¹⁶ 08.7.2009 tarih ve 09-32/694-160 sayılı Kurul kararında, radyo reklamcılığı pazarı ve radyo yayıncılığında faaliyet gösteren bir teşebbüsün hâkim durumu kötüye kullanıp kullanmadığının tespiti için yürütülen ön-araştırma sonucunda “İlgili pazara girişin veya etkin bir şekilde faaliyet göstermenin önündeki en büyük engelini dikey bütünlüğe yapıdaki teşebbüslerin varlığı olabileceği anlaşılmaktadır.” tespiti yer almaktadır.

¹¹⁷ 30.09.2021 tarih ve 21-46/667-332 sayılı Kurul kararı para 430.

¹¹⁸ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz para. 10-21.

¹¹⁹ Avrupa Komisyonu, *Nestlé/Perrier* Case IV/M.190 (22.07.1992) Avrupa Komisyonu, *Milchförderungsfonds*, Case IV/28.930 07.12.1984 (eur-lex.europa.eu) (Erişim Tarihi:21.03.2023).

¹²⁰ “Birleşmeden sonra, *Perrier*'in mali kaynakları *Nestlé*'nin devasa mali kaynaklarıyla birleşerek daha da artacaktır. Hiçbir yerel kaynak suyu tedarikçisi, reklam veya ülke çapında dağıtım sistemlerine yapılan yatırımlar söz konusu olduğunda muhtemelen bu iki tedarikçiyle eşit şartlarda rekabet etmeye başaramaz. 12 Mart 1992 tarihli mektubunda *Nestlé*, “daha küçük kaynaklar için Fransız su piyasasında önemli bir oyuncu haline gelmenin zor olduğunu” kabul etmiştir.”

şişelenmiş kaynak suyu pazarında kritik önemde olduğu kanaati nedeniyle, birleşme işlemine ancak taahhüt¹²¹ alınarak izin verilmiştir¹²².

Anılan karar ile kabul edilen yaklaşım, Rekabet Kurulu tarafından da genel olarak benimsenmektedir. *Çiçeksepeti* kararında¹²³, ilgili teşebbüsün yoğun biçimde reklam harcaması yaparak, aynı ölçüde reklam ve tanıtım bütçesi bulunmayan rakip teşebbüsleri pazardan dışladığı iddiası değerlendirilmiştir. İlgili kararda, reklamın giriş engeli olarak da kabul edilebileceği belirtilmiştir; ancak, teşebbüsün reklam harcamalarının toplam harcamalarına oranının giderek azaldığı gerekçesiyle dışlama iddiaları reddedilmiştir. *Kent*'in, *İntergun* markasını devralmasına ilişkin kararda ise Rekabet Kurulu, sakız pazarında faaliyet gösterebilmek için tanınırlık elde edilmesi gerektiğini, bunun içinse reklam harcaması yapılması gerektiğini ifade etmiştir¹²⁴.

Coca Cola İçecek AŞ'nin fiili münhasırlık uyguladığına ilişkin kararda ise, hâkim durum değerlendirilmesi yapılırken, reklam harcamalarının yüksek oluşu dikkate alınmıştır¹²⁵. Yine *Coca Cola Dağıtım AŞ*'nin satış noktaları ile yaptığı münhasır anlaşmalarının 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında yararlandığı muafiyetin geri alınmasına ilişkin kararda, *Coca Cola* hakkında hâkim durum tespiti yapılmış olup, reklam harcamalarına ilişkin değerlendirmeler yer almaktadır¹²⁶. *Cola*

¹²¹ Taahhütler *Nestle*'nin bazı markaları elden çıkarmasını, elden çıkarma işlemi tamamlanana kadar *Perrier*'den elde ettiği tüm iş ve değerleri mevcut işlerinden ayrı tutmasını ve rakiplerinin su kaynaklarına erişimini engellememeyi içermekle birlikte doğrudan bir reklam yasağı içermemektedir.

¹²² “*Fransa şişelenmiş kaynak suyu pazarı, üç ana tedarikçi için yüksek reklam bütçeleri ile güçlü pazarlama ve promosyon faaliyetleri ile karakterize edilmektedir.*”

¹²³ 08.03.2018 tarihli, 18-07/111-58 sayılı Kurulu kararı.

¹²⁴ 23.08.2007 tarih ve 0767/836-314 sayılı Kurulu kararı.

¹²⁵ 14.10.2010 tarih ve 10-65/1363-505 sayılı Kurulu kararında şu tespit yer almaktadır: “*CCİ'nin marka gücü ve bilinirliği, yüksek reklam harcamaları ve bu şekilde yaratılan marka bağımlılığı, finansal gücü, pek çok gazlı/gazsız içeceği kapsayan geniş bir portföye sahip olması ile bu portföyde yeniden satıcılar için olmazsa olmaz (must stock) niteliğe sahip ve dünya çapında en değerli markalar arasında Coca-Cola markasının bulunması 10.9.2007 tarihli 07-70/864-327 sayılı Kararda pazara giriş engelleri arasında değerlendirilmiştir. Dosya kapsamında yapılan değerlendirmede pazar koşullarında önemli bir değişiklik olmadığı görülmüş ve ilgili karardaki hâkim durum tespitinin bugünkü koşullarda da geçerliliğini koruduğu tespit edilmiştir.*”

¹²⁶ Para. 180 “*CCİ'nin marka gücü ve bilinirliği, yüksek reklam harcamaları ve bu şekilde yaratılan marka bağımlılığı, finansal gücü, pek çok gazlı/gazsız içeceği kapsayan geniş*

Turka'nın pazara girişinin *Coca Cola*'nın reklam harcamalarını önemli ölçüde arttırdığı, bunun müşteri talebini de olumlu yönde etkilediği tespit edilmiştir¹²⁷. Kararda, reklam harcamalarının ciro içerisindeki payı dikkate alınmış¹²⁸ ve gazlı içecek pazarına girebilmek için yüksek düzeyde reklam harcaması yapmanın zorunlu olduğu belirtilmiştir. *Philip Morris/Rothman* kararında ise, sigara pazarının durağan ve oligopolistik yapısı nedeniyle, pazar payı kazanmanın başlıca yollarından birinin reklam olduğu ifade edilmiştir¹²⁹. Aynı yönde, endüstriyel dondurma pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin satış noktaları ile yaptıkları münhasırlık koşulu içeren anlaşmalar ve fiili münhasırlık yaratan faaliyetlerine muafiyet tanınması konulu dosyada da reklam yapılması zorunluluğu, en önemli pazara giriş engelleri olarak değerlendirilmiştir¹³⁰.

2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yönünden

Reklam harcamalarının, hâkim durumun kötüye kullanılması iddiası açısından değerlendirildiği kararlar da bulunmaktadır. Kurul *Opet*, *Çiçeksepeti* ve *Coca Cola* kararlarında ilgili teşebbüslerin reklam politikalarıyla hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığını incelemiştir. *Opet* kararında, reklam politikasının doğrudan ihlal yöntemi olup olmayacağı değerlendirilmiştir¹³¹. Kararda, teşebbüsün promosyon ve reklam harcamalarını yüksek düzeylere çıkarmayı tercih edebileceği, bunun da düşük

bir portföye sahip olması ile bu portföyde yeniden satıcılar için olmazsa olmaz (must stock) niteliğe sahip ve dünya çapında en değerli markalar arasında Coca-Cola markasının bulunması..."

¹²⁷ 10.9.2007 tarih 07-70/864-327 sayılı Kurul kararı.

¹²⁸ İlgili kararda şu tespitler yer almaktadır: "...aşağıda sıralanan faktörler CCI'nin pazardaki güçlü konumunu ve rakiplerinden farklılıklarını göstermesi bakımından önemlidir Coca-Cola markasının dünyanın en değerli markası olması; CCI'nin alkolsüz ticari içeceklerde en geniş ürün portföyüne ve en bilinen markalara sahip olması; CCI'nin reklâm harcamalarının sektördeki en büyük reklam harcamasını oluşturması; CCI'nin en büyük rakibi olan PBG ile arasındaki Pazar payı farkının büyümesi; CCI'nin aktif müşteri sayısı rakiplerine göre daha fazla olması."

¹²⁹ *Philip Morris/Rothmans* kararında yer alan ifade şeklindedir: "Komisyon, durağan ve oligopolistik olan ve fiyatlar veya araştırma konusunda gerçek bir rekabetin olmadığı sigara pazarında, reklam ve şirket satın almanın pazar payını artırmanın başlıca araçları olduğunu düşünmektedir.", Judgement Of 17. 11. 1987 — Joined Cases 142 and 156/84. (<https://eur-lex.europa.eu/>), (Erişim Tarihi:15.08.2023).

¹³⁰ 18.03.2021 tarih ve 21-15/190-80 sayılı Kurulu kararı.

¹³¹ 24.7.2008 tarih ve 08-47/647-244 sayılı Kurul kararı.

pazar paylarına sahip rakip teşebbüslerin maliyetlerinin artmasına ve bu teşebbüslerin pazar dışına itilmelerine neden olabileceği tespitleri yapılmıştır. İlave tanıtım ve reklam harcamalarının bir teşebbüsün ortalama değişken maliyetini, teşebbüsün ürün veya hizmet satış fiyatının üzerine çıkartması, yıkıcı promosyon olarak nitelendirilmiştir¹³².

Çevrimiçi mecralarda yüksek bütçelerle arama motorları ve internet sitelerine reklam vererek rakiplerin pazardan dışlandığı iddiası, *Çiçeksepeti* kararında incelenmiştir¹³³. Ancak, teşebbüsün genel indirimlerde maliyet altı fiyatlamaya gitmediği ve reklam vererek elde ettiği bazı müşterilerden zarar ettiği tespit edilmiştir.¹³⁴ Reklam ve tanıtım harcamalarının kapsam ve süresi dikkate alınarak, henüz olası bir piyasa kapatma etkisi doğurabilecek seviyeye ulaşmadığı tespiti yapılmıştır¹³⁵. İlgili karar, ihlal tespiti yapılmamasına rağmen; teşebbüsün reklam ve tanıtım faaliyetlerine ayırdığı bütçeyle, yıkıcı fiyat uygulamasının teorik olarak mümkün olduğuna işaret edilmiş olması açısından önem taşımaktadır.

Bir başka kararda¹³⁶, *Coca-Cola* ekonomik bütünlüğünün alıcılar arasında ayrımcılık yapmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası incelenmiştir. İncelemeye neden olan iddia, *Coca Cola*'nın, *Burger King* ve *Mc Donald's* isimli zincir restoranlarla birlikte pazarlama faaliyeti yürüterek rakip restoranlara ayrımcılık uyguladığıdır. Kararda, *Mc Donald's* ve *Burger King* gibi markalarla ortak pazarlama yürütmenin ilgili teşebbüs açısından faydalı olduğu, anlaşma yapılan iki teşebbüsün diğer hızlı servis restoranlarla aynı konumda olmadığı belirtilmiş ve ihlal tespiti yapılmamıştır. İlgili karar, ayrımcılık iddiasına ilişkin diğer şartlar¹³⁷ olduğu takdirde, reklam harcamalarının ayrımcılık tespitine esas olabileceğine işaret etmektedir.

¹³² Gerekeçeli s. 31'de "Bir teşebbüs fiyatını indirerek yıkıcı fiyat uygulamak yerine promosyon ve reklam harcamalarını yüksek düzeylere çıkarmayı tercih edebilmektedir." değerlendirmesi yer almaktadır.

¹³³ 08.03.2018 tarih ve 18-07/111-58 sayılı Kurul kararı.

¹³⁴ Para. 104.

¹³⁵ Para. 106.

¹³⁶ 26.5.2005 tarih ve 05-36/453-106 sayılı Kurul kararı.

¹³⁷ a) Ayrımcı davranış sergileyen teşebbüslerin rakip konumda olması, b) eşit ticari işlemlere farklı fiyat uygulanması, c) uygulamanın alıcı konumundaki rakiplerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı hale getirmesi.

III. REKABET HUKUKU KAPSAMINDA REKLAMA YÖNELİK MÜDAHALELER

A. Reklamın Biçimine İlişkin

Bir reklama rekabet hukuku kapsamında müdahale edilebilmesi için yatay veya dikey bir ihlale¹³⁸ aracılık etmesi veya hâkim durumun kötüye kullanılmasına yol açması gerekmektedir. Reklamın, doğrudan doğruya, yer verildiği mecra veya kullanılan yöntem itibariyle, hâkim durumun kötüye kullanılmasına sebep olması düşük ihtimaldir. Mecraların sayıca fazlalığı ve bunlardan her birinin belirli bir teşebbüsün reklamına tahsisinin belirli bir süre ile sınırlı olması, bunun başlıca nedenleri arasındadır. Tabelalar, el ilanları, seri ilanlar ve görünürlüğü olan herhangi bir fiziki alanın reklam mecrası olarak işlev görebileceği dikkate alındığında, çevrim dışı reklamcılık pazarının rekabetçi nitelikte olduğunu kabul etmek uygun olacaktır¹³⁹. Dijital reklamcılık alanına bakıldığında ise, arama motoru reklamları¹⁴⁰, sosyal medya reklamları ve programatik reklamcılık dâhil olmak üzere, dijital sektörlerin doğası gereği¹⁴¹, çok sayıda farklı seçenek bulunmaktadır. Fiziki sınırlara tabi olmadıkları için, bu mecralarda kapasite sorunu ile karşılaşılması ihtimali de çok daha düşüktür. Bu nedenle, dijital mecraların da rekabetçi bir yapıda oldukları kabul edilebilir. Bununla birlikte, anılan mecranın indekslenmesi ve bunlara yönelik reklam politikalarının üretilmesi açısından, belirli şirketlerin pazarda hâkim durumda olması mümkündür. Bu açıdan, çoğunlukla pazarı tek bir teşebbüs kontrol etmektedir¹⁴². Pazarın tek teşebbüs

¹³⁸ RKHK'nın 4. maddesi kapsamında yatay ihlal aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin bir araya gelerek arz, talep veya fiyat belirlemesi, dikey ihlal ise sağlayıcının bayilerine yeniden satış fiyatının belirlenmesi veya pasif satışların kısıtlanması gibi fiyata etki edebilecek hususlarda baskı yapması olarak anlaşılmalıdır.

¹³⁹ Kurul reklamcılığa ilişkin kararlarında, reklamcılık pazarını çevrimiçi ve çevrimdışı olarak ayırarak incelemektedir. Örnek olarak bkz. 05.08.2021 tarih ve 21-37/540-263 sayılı Kurul kararı.

¹⁴⁰ 12.11.2020 tarih ve 20-49/675-295 sayılı Kurul kararında, *Google* ekonomik bütünlüğünün genel arama hizmetleri ve içerik sunma hizmetleri pazarlarında hâkim durumda olduğu tespit edilmiştir.

¹⁴¹ Sun Mingchun and Edison Tse, "When does the Winner Take All in Two-Sided Markets?," *Review of Network Economics* 6, no. 1 (Mart 2007): 17. Ayrıca bkz. <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/> (Erişim Tarihi: 05.02.2023).

¹⁴² Dijital pazarlardaki birçok teşebbüsün, reklam ve pazarlamaya yüksek bütçeler ayırdığı görülmektedir. Pazarın genellikle, 'kazananın herşeyi alması' ilkesine dayalı olarak işlemesi, bu harcama tercihinin başlıca sebepleri arasındadır. Benzeri biçimde

tarafından kontrol edilmesi de rekabet hukuku kapsamında hâkim durum tespitine neden olmaktadır. Dolayısıyla, çevrim içi mecralarda yayımlanan reklamların, teşebbüs nezdinde ihlal oluşturan etkilerinin yanı sıra; kendi içerikleri itibariyle de diğer teşebbüslerin rekabet ihlali iddiasına konu edilmeleri olasıdır.

1. Shopping Kararı

Google Türkiye’de ve uluslararası ölçekte en fazla kullanılan arama motoru konumunda olup hâkim durumdadır¹⁴³. *Android* ile aynı ekonomik bütünlüğe dahil olması ve IOS sistemini kullanan telefonlarda, teşebbüsler arası anlaşma yoluyla varsayılan tarayıcı olarak belirlenmesi pazardaki etkisini daha kuvvetli hale getirmektedir¹⁴⁴. İlgili kararda, kullanıcıların herhangi bir konuda arama yaptığı alan, genel arama hizmetleri olarak belirlenmiş ve *Google*’ın bu pazarda hâkim durumda olduğu tespiti yapılmıştır. İkinci pazar tanımı ise çevrimiçi alışveriş karşılaştırma hizmetleri olarak tespit edilmiş olup, bu pazarda *Google* tarafından sunulan *Shopping* (alışveriş) reklamlarının, alışveriş karşılaştırma hizmetleri sunan benzeri teşebbüslerle (*Cimri*, *Akakçe* ve *Epey* vb.) teşebbüslerle rakip olduğu kabul edilmiştir. Çevrimiçi pazaryerleri ise, ürün satışına yönelik hizmet vermesi ve kendi üzerinde satışı yapmayan satıcıların fiyatlarını karşılaştırmaması nedeniyle rakip kabul edilmemiştir.

Google’ın, *Shopping Unit* alanına rakip teşebbüslerin reklam vermesini engellediği, bu alanı genel arama sonuç sayfasında avantajlı konumlandırarak, rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığı ve alışveriş karşılaştırma hizmetleri pazarındaki rekabetin bozulmasına yol açtığına hükmedilmiştir.¹⁴⁵ Kararda, soruşturma konusu reklam mecrasının, rakiplerin faaliyetleri için zorunlu nitelikte olduğu tespit edilmiş ve reklam uygulama esaslarının

Facebook hakkında 6.02.2023 tarih ve B6-22/16 sayılı Alman Rekabet Otoritesi kararı ile kişisel sosyal ağ pazarında hâkim durum tespiti yapılmıştır. AB Komisyonu ayrıca *Apple*’a mobil ödeme hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğunu belirten bir görüş göndermiş ve bu durumu 02.05.2022 tarihli basın açıklaması ile duyurmuştur (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2764, (Erişim Tarihi:02.03.2023).

¹⁴³ Korbiniyan Von Blanckenburg: Google Search Abuses Dominant Position To Illegally Favour Google Shopping: An Economic Review Of The EU Decision, *Digital Policy, Regulation And Governance* 20, no. 3, (Mart 2018): 213 vd.

¹⁴⁴ 13.02.2020 tarih 20-10/119-69 sayılı Kurul kararı, para. 136.

¹⁴⁵ Gereçeli karar para. 178.

değiştirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kapsamda, reklamın niteliğine veya içeriğine değil, reklam alanına erişim olanağına müdahale edilmiştir. Soruşturma kapsamında reklama, iktisadi anlamda tüketici alternatiflerinin daralması açısından bakılmıştır.¹⁴⁶ İlgili kararda belirlenen yükümlülükler incelendiğinde reklamın biçimine, etiketlemesine ve gösterildiği konuma müdahale edildiği görülmektedir¹⁴⁷.

Shopping reklamları rekabet hukuku anlamında Türkiye’den evvel Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri’nde de soruşturulmuştur. Avrupa Birliği nezdinde rekabet hukuku soruşturmaları için yetkili otorite olan Avrupa Komisyonu, bu reklamları rekabete aykırı bulmuştur¹⁴⁸. ABD rekabet otoritesi olan *FTC* ise, *Google*’ın arama motoru sonuç sayfasında kendi içeriklerini belirgin biçimde öne çıkardığı ve organik sıralamalarda rakiplerinin içeriğini aşağı sıralara ittiği iddialarına ilişkin soruşturma başlatmıştır.¹⁴⁹ İlgili kararda diğer arama motorlarının da benzer reklam biçimleri geliştirdiği ve bunun da rekabet karşıtı bir eylem olmasından çok kullanıcı ihtiyacına uygun bir gelişimi gösterdiği tespitinde bulunulmuştur. *Google*’ın genel arama algoritmalarının tarafı biçimde değiştirerek, kendi alışveriş karşılaştırma hizmeti ile rakip olan teşebbüslerini organik sıralamada daha aşağı konuma getirdiğine ilişkin kanıtı ulaşılamadığı belirtilerek, soruşturma yaptırım uygulanmaksızın kapatılmıştır¹⁵⁰. Karardan kısa süre sonra *Shopping Unit* reklamları Türkiye’de sonlandırılmıştır¹⁵¹.

¹⁴⁶ Gerekeçeli karar para. 412 :“Öncelikle yukarıda da belirtildiği üzere soruşturma kapsamında *GOOGLE*’ın aşağıda özetlenen davranışları ile rakip *AKS*’leri rekabette dezavantajlı konuma düşürdüğü, rekabet karşıtı piyasa kapamaya ve tüketici refahının azalmasına yol açtığı tespit edilmiştir.”.

¹⁴⁷ İhlalin sonlandırılması için *Google*’a şu yükümlülükler getirilmiştir “*Rakip teşebbüslerin hizmetlerini, kendi hizmetlerinden dezavantajlı olmayacak biçimde konumlandırması, Shopping Unit başlığına tıklanma özelliğinin kaldırması, Shopping Unit’in başlığında ve etiketlenmesinde reklam olduğuna ilişkin belirsizliği giderilmesi, Google üzerinden yapılan genel aramalarda ürün adı ile birlikte rakiplerinin marka veya site adına yer verilmesi durumunda Shopping Unit’in öncelikli olarak konumlandırılmaması*”, (Gerekeçeli karar para. 435).

¹⁴⁸ Kurul *Shopping* kararının 142. ve 262. paragrafları başta olmak üzere, birden fazla kez 27.06.2017 tarih ve 39740 sayılı AB Komisyon kararına atıfta bulunmaktadır.

¹⁴⁹ *FTC*’nin 03.01.2013 tarih ve 111-0163 sayılı kararı.

¹⁵⁰ *FTC*’nin 3 Ocak 2013’te ve 111-0163 sayılı kararı.

¹⁵¹ Bu konuda bkz. <https://turkiye.googleblog.com/2020/07/google-alisveris-reklamlari-ile-ilgili29.html?m=1> (Erişim Tarihi: 02.03.2023).

2. Adwords Kararı

Türk rekabet hukukunda reklamlara ilişkin bir diğer önemli gelişme ise, *Adwords* kararıdır.¹⁵² *Google*'ın genel arama sonuç sayfasında yer verdiği kelime bazlı reklamlara *Adwords* ismi verilmektedir. Bu reklamlar yirmi yıla yakın zamandır kullanımda olup süre içinde sürekli olarak biçim değiştirmiştir.¹⁵³ Kurul tarafından yürütülen inceleme sonucunda, yalnızca *Adwords* reklamlar ve organik (reklam dışı) sonuçlar arasında ikame ilişkisi olduğu ve belirtilen reklamların organik sonuçları dışladığı tespit edilmiştir. Gerekçeli kararda, sonuçlarda yer verilen reklam etiketinin belirsiz olduğu ve reklamların giderek organik sonuçlara benzediği tespitlerine yer verilmiştir.¹⁵⁴

Soruşturma sonucunda, anılan teşebbüsün genel arama hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğuna ve organik sonuçların içerik hizmetleri pazarındaki faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle, RKHK'nın 6. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.¹⁵⁵ Kararda¹⁵⁶, ihlalin sonlandırılması için metin reklamlarının, organik sonuçları dışlamayacak nitelik, ölçek ve/veya konumda sunulması gerektiği belirtilmiş; ancak, somut olarak hangi değişikliklerin yapılacağı *Google* takdirine bırakılmıştır. *Google* ise reklam sayılarının azaltılması, tüketicinin reklamı organik sonuçlardan ayırt edebilmesini sağlayan etiketleme biçimine geçilmesi taahhütleriyle, Türkiye özelinde genel

¹⁵² 12.11.2020 tarih ve 20-49/675-295 sayılı Kurulu kararı.

¹⁵³ Adwords reklamları 23 Ekim 2000 tarihinde kullanılmaya başlanmış, 24 Temmuz 2018 tarihinde Ads olarak ismi değiştirilmiştir. <https://searchengineland.com/search-ad-labeling-history-google-bing-254332>. (Erişim Tarihi: 06.02.2023).

¹⁵⁴ Kararda kullanıcıların organik sonuç ve reklamı birbirinden ayırt edemediği ifade edilmiş olup reklamın genel arama sonuç sayfasının en üstünde konumlanması ve gösterim şeklinin organik sonuçlarla benzeşmesi, reklam etiketinin belirsiz olması incelenmiştir. Karara göre organik sonuçlar ve reklamlar tüketici gözünde ikamedir; gösterim ve etiketlemedeki belirsizlik, reklamlara yapılan tıklamaları artırmaktadır (paragraf 441-445). Bu eylemleri içerik hizmeti sunan teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığına hükmedilmiştir (paragraf 582).

¹⁵⁵ Bir önceki yılki net satışlar üzerinden hesaplama yapılarak, 196.708.054,78 TL idari para cezasına hükmedilmiştir.

¹⁵⁶ İhlali sonlandırmak için getirilen tedbirler kararda şu şekilde sıralanmıştır: “ a. Gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 6 (altı) aylık süre içerisinde yerine getirilmek ve Kuruma tevsih edilmek üzere; *Google*'ın metin reklamlarını organik sonuçları dışlamayacak nitelik, ölçek ve/veya konumda sunması, b. *Google*'ın kendisine tanınan sürenin en geç bir ay öncesinde hazırladığı uyum tedbirlerini Kuruma sunması, c. *Google*'ın ilk uyum tedbirinin uygulanmaya başlamasından itibaren 5 (beş) yıllık süre boyunca ve yılda bir periyodik olarak Kuruma rapor sunması”.

arama sonuç sayfasında yayınladığı reklam sayısını azaltmış ve reklam etiketlemesini daha belirgin hale getirmeyi kabul etmiştir¹⁵⁷.

3. Yerel Arama Kararı

Shopping ve *Adwords* kararlarında olduğu gibi *Google*'in genel arama hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğu ve alt pazarda bu hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası üzerine soruşturma başlatılmıştır. Üst pazar, genel arama hizmetleri; alt pazar ise, yerel arama hizmetleri olarak tespit edilmiş ve teşebbüsün genel arama pazarındaki hâkim durumunu yerel arama pazarında kötüye kullandığı sonucuna ulaşılmıştır. İlgili kararda¹⁵⁸, *Google*'in yerel arama hizmetinin yanı sıra konaklama fiyat karşılaştırma hizmeti de incelenmiştir. Yerel arama hizmeti, belirli bir bölgedeki yerel işletmeleri bulmaya odaklı aramalardır. *Google* tarafından ücretli olarak sunulan bu alanda, işletmeler hakkında genel bilgiler, çalışma saatleri ve kullanıcı yorumları gibi tüketici tercihlerini etkileyebilecek detaylar yer almaktadır.

Yerel arama hizmetleri pazarında *Google Local Unit* haricinde *Zomato* ve *Yelp* gibi teşebbüsler faaliyet göstermektedir. Otel arama hizmetleri pazarında *Google*'in önemli rakipleri ise *Trivago*, *Hotels*, *Enuygun* olarak tespit edilmiştir. Karara göre *Google*, rakiplerine *Local Unit* içerisinde yer alma olanağı tanımadığı gibi, ilgili sorgularda *Local Unit*'i en üstte konumlandırarak rakip teşebbüslerin görünürlüğünü azaltmaktadır. Soruşturma sonucunda *Google*'a idari para cezası yaptırım uygulanmasının yanı sıra, rakip yerel arama hizmetleri ve konaklama fiyat karşılaştırma hizmetleri için, genel arama sonuç sayfasında dezavantajlı olmayacak koşulları sağlaması gerektiğine karar verilmiştir¹⁵⁹. Karara göre *Google*'in, kendi reklamlarını öncelikli konumlandırmaktan vazgeçmesi veya bu alanlarda rakip teşebbüslere yer vermesi beklenmektedir.

¹⁵⁷ İlgili karardan önce kullanılan “reklam” etiketinin karar sonrasında “ücretli sponsorlu reklam” olarak değiştirilmesi, tek sorguda gösterilebilecek en fazla reklam sayısı dörtten üçe indirilmesi ve toplam reklam gösterilen sorgu sayısının azaltılması taahhüt edilmiştir.

¹⁵⁸ 08.04.2021 tarih ve 21-20/248-105 sayılı Kurul Kararı.

¹⁵⁹ *Google* ekonomik bütünlüğüne 296.084.899,49 TL idari para cezası uygulanmıştır.

4. AdSense Kararı

İnternet siteleri içeriklerinden para kazanabilmek için genellikle reklam yayınlamayı tercih etmektedir. Ancak, her bir internet sitesinin reklam alanlarını kendi imkanlarıyla satabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle *AdSense* gibi teşebbüsler, internet sitelerine reklam aracılığı hizmeti sunarak, reklam verenleri ve reklam yayınlamak isteyen internet sitelerini buluşturmaktadır.¹⁶⁰

AdSense birden fazla reklam türünü kullanarak tüketicilerin dikkatini reklam verenlerin ürünlerine çekmeyi hedeflemektedir.¹⁶¹ Görsellerden oluşan “*banner*” reklamları da bu kapsamdadır. Soruşturma konusu, arama reklamları olarak isimlendirilen reklam biçimine ilişkindir. Aynı zamanda sözleşmede yer alan belirli koşullar ihlal olarak değerlendirilmiştir.¹⁶² İlgili koşullar şunlardan oluşmaktadır: Arama ağı reklam gereksinimlerinin tamamını veya çoğunu Google'dan temin etmek, *Google*'dan gelen minimum sayıda arama reklamı için arama sonuçları sayfalarındaki en belirgin alanı ayırmak, rakip arama ağı reklamlarının görüntüsünde değişiklik yapmadan önce *Google*'ın onayını almak olarak sıralanmaktadır.

İnternet sitelerinde görünür ve reklam konulabilir alan sayısı sınırsız değildir. Sözleşme hükümlerinde *AdSense*, sitedeki görsel açıdan en iyi yerlerin kendisine tahsis edilmesini istemektedir. Ayrıca sözleşmeyle, rakip arama reklamlarının görsel özelliklerine müdahale etme yetkisini de elde etmektedir¹⁶³. Bu durum, rakip arama reklamlarının hedef kitleye erişim ihtimalini olumsuz etkileyecektir¹⁶⁴. Kararda, idari para cezasının yanı sıra sözleşme şartlarının, rakip reklam ağlarını dışlamayacak biçimde değiştirilmesi ve münhasırlığa yol açan şartların kaldırılmasına hükmedilmiştir.

¹⁶⁰ *AdSense*, *Youtube* üzerinden gelir elde etmek isteyen yayıncılara da hizmet sunmaktadır. Ancak *Youtube AdSense* hizmeti ilgili karar kapsamında ele alınmamıştır.

¹⁶¹ <https://support.google.com/adsense/answer/6242051?hl=tr> (Erişim Tarihi:06.02.2023).

¹⁶² European Commission Case AT.40411.

¹⁶³ Bu konuda anılan karar, 7.

¹⁶⁴ Bu konuda anılan karar, 139.

B. Reklamın İktisadi Amaçlarına İlişkin

1. Modanisa Sefa Merve Kararı

Dijital ortamda marka hakkının korunması fiziksel reklam mecralarına göre farklı zorluklar taşımaktadır. Teşebbüsler, arama motorlarına veya sosyal medya platformlarına saniyeler içerisinde reklam vererek rakiplerinin markalarına giden kullanıcı trafiğini çekebilmekte ve yıllarca süren çaba sonucu elde edilen marka bilinirliğinden faydalanabilmektedir. *Modanisa Elektronik Mağazacılık ve Ticaret AŞ* (Modanisa) ile *EST Marjinal Medikal Tanıtım ve İletişim San. ve Tic. Ltd. Şti.* (Sefamerve) arasındaki birbirlerinin markalarına tüm arama motorlarında ve sosyal medya mecralarında reklam vermemeye ilişkin sözleşmeye kısmen muafiyet tanınmıştır¹⁶⁵. İlgili sözleşmeye göre taraflar, birbirlerinin marka isimlerinde yer alan “nisa” ve “sefa” kelimelerini negatif anahtar kelime olarak belirlemek istemekte ve birbirlerinin markalarını hedeflememeyi taahhüt etmektedir. Rekabet Kurulu ise “nisa” ve “sefa” kelimelerinin marka olarak tescil edilmediği ve sözleşmede amaçlanan faydayı elde edebilmek için zorunlu olandan fazla rekabet kısıtı getirdiği gerekçeleriyle; muafiyetin ancak, sözleşmenin ilgili maddesinin doğrudan markaya reklam verilmemesi şeklinde değiştirilmesi koşuluyla tanınacağına hükmetmiştir¹⁶⁶.

Yeni Zelanda Rekabet Otoritesi (*Commerce Commission*) ise, rakipleriyle anlaşarak çevrimiçi reklam kampanyalarında birbirlerinin markalarını negatif anahtar kelime olarak belirleyen *Moola*'nın rekabet ihlali oluşturduğunu tespit etmiştir¹⁶⁷. *Moola*, 2015 yılından itibaren, tüketici finansmanı sektöründe faaliyet gösteren rakipleriyle “*Moola*” anahtar kelimesinin geçtiği sorgulara reklam verilmemesi yönünde anlaşmalar yapmıştır. 2021 yılında rekabet incelemesi başlamış olup ilgili eylemlerin tüketicilerin alternatif ürünlere ulaşmasını zorlaştırdığı tespit edilmiştir.

¹⁶⁵ 25.11.2021 tarih ve 21-57/789-389 sayılı Kurul kararı.

¹⁶⁶ Kurul, birbirlerinin markalarına reklam vermeme konusunda anlaştıkları şüphesiyle, Araba Sepeti Otomotiv Bilişim Danışmanlık Hizmetleri Sanayi ve Ticaret AŞ, Arabam Com İnternet ve Bilgi Hizmetleri AŞ, Vava Cars Turkey Otomotiv AŞ. ve Letgo Mobil İnternet Servisleri ve Ticaret AŞ hakkında, 21.07.2022 tarih ve 22-33/528-M sayılı kararı ile soruşturma açmıştır. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/arabam-com-internet-ve-bilgi-hizmetleri--bb562332e316ed11a2280050568595ba> (Erişim Tarihi:02.03.2023).

¹⁶⁷ *Commerce Commission v Moola.co.nz Ltd* [2021] NZHC 3423, <https://comcom.govt.nz/>, (Erişim Tarihi:11.08.2023).

FTC'nin *1-800 Contact* kararında da rakip konumdaki teşebbüslerin birbirlerinin marka adlarını içeren anahtar kelimelere reklam vermemeye yönelik anlaşmalarının, tüketicinin daha uygun fiyatlı alternatif ürünlerden haberdar olamamasına neden olduğu tespiti yer almaktadır¹⁶⁸. İlgili anlaşmaların marka hakkını korumanın çok ötesine geçtiği ve marka adını hedefleyen çevrimiçi arama reklamlarının, tüketici nezdinde karışıklığa yol açacak düzeye gelmediği sürece, marka hakkının korunması kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmedilmiştir. Anılan *FTC* kararının yargı sürecinde de ise bu tür sözleşmelerin marka koruma hedefinin ötesine geçtiği belirtilmiştir. Ancak yine de marka koruma hakkı ve markalaşmanın rekabeti arttırdığı gerekçe gösterilerek *FTC*'nin ihlal kararı bozulmuştur¹⁶⁹.

2. Guess Kararı

Guess Avrupa, *Google Adwords* reklamlarında yetkili distribütörlerinin *Guess* marka adını anahtar kelime olarak kullanmalarını yasaklamıştır. Distribütörlük sözleşmelerinde doğrudan bunu yasaklayan bir hükme rastlanmamakla birlikte, belirtilen kurala uyumun fiilen takip edildiği anlaşılmıştır. *Modanisa/Sefamerve* kararına benzemekle birlikte, *Guess* kararında teşebbüs yatay değil dikey anlamda bir reklam kısıtlaması getirmiş ve Avrupa Komisyonu bu kısıtlamanın rekabet ihlali oluşturduğunu tespit etmiştir¹⁷⁰.

Kararda, arama motoruna reklam verilmesinin tüketici nezdinde yanıltıcılık taşımadığı ve marka hakkının ihlal edilmesine ilişkin içtihadın, anılan sınırlama için dayanak teşkil etmeyeceği belirtilmektedir. Kısıtlamanın amacının *Guess Avrupa*'nın kendi çevrimiçi satışlarını artırmak ve distribütörlerinin çevrim içi görünürlüğünü azaltmak olduğu ve bu kısıtlamaların marka içi rekabeti azalttığı kararda yer alan diğer tespitlerdir¹⁷¹.

¹⁶⁸ *FTC*'nin 08.11.2019 tarih ve 9372 sayılı Kararı.

¹⁶⁹ *1-800-Contacts, Inc. v. Federal Trade Commission*, No. 18-3848 (2d Cir. 2021).

¹⁷⁰ *Guess vs. EU Commission/Case AT.40428*.

¹⁷¹ Michel Giannino, "EU Commission Prohibits Brand Owners from Preventing Use of their Trademarks for Online Advertising Services by Members of Selective Distribution Networks," *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 14, no. 7, (Kasım 2019): 512.

3. Booking Kararı

Booking.com (Booking), oteller ve seyahat etmek isteyen kişileri buluşturan çift taraflı bir platformdur.¹⁷² Temel işlevi, seyahat etmek isteyen kullanıcıların otel rezerve edebilmesi olmakla birlikte; aynı zamanda oteller için de bir reklam mecrası niteliğindedir. Kullanıcı *Booking* üzerinden bulduğu ve incelendiği bir oteli, doğrudan otelin internet sitesinden, başka bir platformdan veya telefonla oteli aramak suretiyle de rezerve edebilir. Daha uygun fiyatlar, müşteri alışkanlıkları veya sağlanan ek faydalar, tüketicinin bu eğilimine neden olabilir. Bu gibi bedavacılık sorunlarını¹⁷³ aşabilmek için *Booking* gibi platformlar “*En çok kayırılan müşteri koşulu*” (EKM) uygulamalarından yararlanmaktadır¹⁷⁴. En iyi fiyat, en fazla taksit veya en fazla indirim oranı gibi en avantajlı satış koşullarını kendisinde toplamakta ve kendi reklamlarında da bu avantajını duyurmaktadır. *Booking* aynı zamanda, konaklama hizmeti sunan teşebbüslerle yaptığı sözleşmelere, rakip reklam platformlarına daha avantajlı şartlar sunmamaları yönünde hükümler koymuştur¹⁷⁵.

Kurul, en avantajlı fiyat modeli üzerinden yapılan sözleşmeler ve bunun sonucunda en iyi fiyat garantisi uygulamasını RKHK'nın 4. maddesi kapsamında değerlendirmiştir¹⁷⁶. En iyi fiyat garantisini elde eden platform

¹⁷² www.booking.com, (Erişim Tarihi:07.02.2023).

¹⁷³ Rekabet hukuku terminolojisinde bedavacılık sorunu (*free-riding*), mal veya hizmet arzının gerektirdiği maddi külfete katlanmaksızın bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün tanıtım faaliyetlerinden fayda elde etmesi şeklinde ifade edilmektedir. Somut bir örnekle açıklamak gerekirse kişinin çevrimiçi bir platformdan restoranın menüsüne bakıp telefonla sipariş vermesi platform açısından bedavacılık sorunudur, (Kerem Cem Sanlı ve Cihan Dogan, “Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, no. 1, (Nisan 2022): 120 vd).

¹⁷⁴ Jonathan Baker and Fiona Scott Morton, “Antitrust Enforcement against Platform MFNs,” *The Yale Law Journal* 127, no. 27, (Mayıs 2018): 2181.

¹⁷⁵ “İlgili hükümden, konaklama tesislerinin, alacakları tüm doğrudan rezervasyonlardaki fiyatlar (kendi internet sitesi, telefon, çağrı merkezi, e-posta, resepsiyon) veya aracılık hizmeti sunan tüm teşebbüslere verdikleri perakende fiyatlar (çevrimiçi ya da geleneksel kanalda faaliyet gösteren tüm teşebbüsler - çevrimiçi konaklama rezervasyonu platformları veya seyahat acenteleri) ile karşılaştırıldığında BOOKINGCOM'a her zaman “aynı otel, aynı oda tipi, aynı tarihler, aynı yatak tipi, aynı sayıda konuk için aynı ya da daha iyi fiyatlar, kahvaltı, rezervasyon değişiklikleri ve iptal koşulu vb ile ilgili olarak aynı veya daha iyi tahdit ve koşullar” sunmaları gerektiği anlaşılmaktadır.”, (Gerekçeli karar, 280).

¹⁷⁶ 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı Kurul kararı.

bunu müşterilere duyurduğu takdirde, kullanıcı alternatif platformlarda elde edeceği daha avantajlı bir teklif kalmadığını düşünerek rakip platformları incelemeyecektir¹⁷⁷. Böylece, alternatif platformların reklam ve tanıtım gücü kalmayacak, pazarda etkin rekabet mümkün olmayacaktır. İlgili kararın müdahale gerekçesinin temelinde, iktisadi anlamda tüketicinin alternatiflerinin azalması ve pazarda etkin rekabetin bozulması ihtimali yer almaktadır. Kararda, yüksek pazar payı ve konaklama hizmeti sunan teşebbüslerin anılan teşebbüste yer almama olasılığını göze alamaması nedenleriyle, pazarda rekabetin kısıtlandığına hükmedilmiştir.

IV. SONUÇ

Rekabet hukuku açısından bakıldığında, reklamın gerek bütçesi gerekse de yöntemi itibariyle çeşitli ihlallere sebebiyet verebileceği görülmektedir. Bununla birlikte, reklamın rekabet ihlallerinin oluşturulmasında bir araç vasfı taşıyabileceği de açıktır. Belirtilen ihtimalin oluşmasında reklamda yer verilen ifadeler, kullanılan yöntemler veya reklamın bütçesi etkili olabilir. Doğrudan reklamın kendisiyle bağlantılı olmasa da rakiplerin reklamcılık faaliyetlerinin kısıtlanmasına veya rakipler nezdinde reklam için ayrılması gereken bütçenin bir giriş engeli oluşturmasına sebep olabilecek eylemler de bu kapsamda etkilidir. Belirtilen değerlendirmelerin, rekabet hukuku mevzuatı ve bu yöndeki temel kararlar çerçevesinde, reklam veren teşebbüs, ilgili pazar ve müşteri bağılılığı gibi farklı değişkenlerin de incelenmesini gerekli kıldığı ayrıca vurgulanmalıdır.

Çalışmanın öne çıkan amacı, reklamın rekabet hukuku ihlallerinin meydana gelmesindeki olası işlevlerinin incelenmesi ve ilgili Rekabet Kurulu kararlarının tasnifi ve irdelenmesi sayesinde, Türk hukukunda reklama yönelik rekabet hukuku kaynaklı başlıca müdahalelerin tespit edilmesidir. Bu sayede, reklamın rekabet hukuku içindeki yerine ışık tutulması ve olası Kurul müdahalelerinden kaçınmak isteyen teşebbüslerin, reklam planlamalarına dair bir öngörü elde etmelerine imkân sağlanması hedeflenmektedir.

Çalışmanın ulaştığı temel sonuç, özellikle son yıllarda reklamın rekabet hukuku ihlallerinin tespitinde asıl veya destekleyici unsur olarak

¹⁷⁷ “İlgili hükümler nedeniyle rakip platformlar, daha düşük komisyon karşılığında konaklama tesislerinden daha uygun oda fiyat ve koşulları ve daha fazla kontenjan alamamakta, böylece rakiplerin BOOKINGCOM ile rekabet etme imkânları kısıtlanmaktadır.”, (Gerekçeli karar para. 283).

kullanılabildiğidir. Yüksek reklam bütçesinin, müşteri bağlılığının, reklam veren tarafından sunulan ürün veya hizmete ilişkin markanın jenerik isim haline gelmiş olmasının veya pazardaki reklama ilişkin sınırlamaların Rekabet Kurulu kararlarında, giriş engeli oluşturma vasıfları yönünden incelendiği görülmektedir. Hâkim durumun kötüye kullanımının tespitinde, reklam bütçesi ve rakiplerin bütçesine oranı Rekabet Kurulu tarafından doğrudan incelemeye alınmış; müşteri geri dönüşleri, bunlardan elde edilen kârlılık ve reklam bütçesinin zaman içinde azalıp azalmadığı gibi unsurlar da değerlendirmeye dâhil edilmiştir. Bu açıdan, reklam harcamalarının hâkim durum tespiti için tek başına bir gösterge olarak kabul edilemeyeceği; ancak değerlendirmelerde dikkate alınması gereken önemli bir unsur olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kararların çoğunluğunda, müdahalenin hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırması nedenine dayandığı gözlemlenmektedir. Müdahale gerekçelerinin başında, rekabetçi pazar yapısını koruyarak tüketici refahını artırmak bulunmaktadır. Ayrıca rekabet hukuku müdahalelerinin çoğunlukla RKHK'nın 6. maddesine dayandığı; ancak 4. madde uyarınca yapılan müdahalelerin de bulunduğu tespit edilmiştir.

Rekabet hukuku kapsamında ihlal oluşturduğu tespit edilen reklamcılık uygulamaları nedeniyle, hem teşebbüse idari para cezası uygulanmakta hem de ilgili ihlalin sonlandırılmasına veya reklam uygulamasının ihlal oluşturmayacak şekilde değiştirilmesine yönelik taahhüt alınmasına karar verilmektedir. İncelenen kararlardan, bir reklamcılık uygulamasına, iş modeline veya reklam sözleşmesine kalıcı müdahalelerde bulunulabildiği görülmektedir.

Rekabet Kurulu'nun reklamın görünümü ve listelenmesi gibi şekli esaslarına olduğu kadar; teşebbüslerin tedarikçileri veya rakipleri ile yaptıkları sözleşmelerin veya reklam politikalarının temelinde yatan iktisadi amaçlara da müdahale edebildiği gözlemlenmektedir. Bu açıdan, Rekabet Kurulu'nun kararlarında reklamın temel işlevlerini, tüketiciler ve rakipler nezdinde oluşturduğu veya oluşturabileceği sonuçları ve reklamın ilgili pazara yönelik etkisini değerlendirmede detaycı ve vaka esaslı bir yaklaşımı benimsediği sonucuna ulaşılabilir. İlgili kararlar, Reklam Kurulu'nun reklama ilişkin ihlal iddiaları yönünden, aşırı müdahalecilikten uzak ve dengeli bir eğilim içerisinde olduğuna işaret etmektedir.

KAYNAKÇA

Agrawal, Deepak. "Effect Of Brand Loyalty On Advertising And Trade Promotions: A Game Theoretic Analysis With Empirical Evidence." *Marketing Science* 15, no. 1, 1996:86-108.

Ahlborn, Christian, David Evans and Jorge Padilla. "The Antitrust Economics Of Tying: A Farewell to per Se Illegality, Antitrust Bulletin." *The Antitrust Bulletin* 49, no 1-2, (Mart 2004): 287-341.

Aşçıoğlu Öz, Gamze. " Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Pazarda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması ve Birleşme ve Devralmaların Kontrolü." Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara, Turkey, 1999.

Bain, Joe Staten. *Barriers To New Competition: Their Character And Consequences In Manufacturing Industries*. Cambridge: Harvard University Press,1956.

Bakator, Mihalj, Sladjana Boric and Mina Paunovic. "Influence Of Advertising On Consumer-Based Brand Loyalty." *Journal Of Engineering Management And Competitiveness* 7, no. 2, (Ocak, 2017): 75-83.

Baker, Jonathan and Fiona Scott Morton. "Antitrust Enforcement Against Platform MFNs." *The Yale Law Journal* 127, no. 27, (Mayıs 2018): 2176-2202.

Blanckenburg, Korbinian Von. Google Search Abuses Dominant Position To Illegally favour Google Shopping: An Economic Review Of The EU Decision, Digital Policy, *Regulation And Governance* 20, no. 3, (Mart 2018): 211-224.

Bloemer, Josée and Ko De Ruyter. "On The Relationship Between Store İmage." Store Satisfaction And Store Loyalty, *European Journal of Marketing* 32, no. 5/6, (Haziran 1998): 499-513.

Cabral, Luis and Thomas Ross. "Are Sunk Costs a Barrier to Entry?." *Journal of Economics & Management Strategy*, (Spring 2008): 97-112.

Caves, Richard Earl and Michael Everett Porter. "From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition." *The Quarterly Journal of Economics* 91, no. 2, (Mayıs, 1977): 241-261.

Damien, Geradin, Petit Nicolas, Walker Mike, Hofer Paul and Louis Frédéric. "The Concept of Dominance in EC Competition Law." *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC* (Mayıs 2005): 1-31.

Desai, Deven and Spancer Waller. "Brands, Competition, and The Law." *Brigham Young University Law Review* 2010, (Şubat, 2011): 1425-1500.

Doraszelski Ulrich and Sarit Markovich. "Advertising Dynamics And Competitive Advantage." *RAND Journal of Economics* 38, no. 3, (Kasım 2007): 557-592.

Dukes J. Anthony. "Advertising And Competition." (California, Competition Law and Policy by American Bar Association, 2009): Bölüm 20, 1-24.

Eckard Edwin Woodrow. "Competition And The Cigarette Tv Advertising Ban." *Economic Inquiry* 29, no. 1, (Şubat 1991): 119-133.

Ekelund B. Robert and Saurman S. Davis. *Reklam ve Piyasa Süreci*, Ankara: Liberte Yayınları, 1999.

Grossman, Gene and Carl Shapiro. "Advertising as a Barrier To Entry." *FTC Working Paper No. 74*, (Temmuz 1982): 1-25.

Giannino, Michel. "EU Commission Prohibits Brand Owners From Preventing Use Of Their Trademarks For Online Advertising Services By Members Of Selective Distribution Networks." *Journal Of Intellectual Property Law & Practice* 14, no. 7, (Kasım 2019), 512-514.

Hagiu, Andrei. "Merchant Or Two-Sided Platform?." *Review of Network Economics* 6, no. 2 (Haziran 2007): 115-133.

Heil, Oliver and Kristiaan Helsen. "Toward An Understanding Of Price Wars: Their Nature And How They Erupt." *International Journal of Research in Marketing* 18, (Haziran 2001): 85.

Hong-Youl Ha, Joby John, Swinder Janda and Siva Muthaly. "The Effects Of Advertising Spending On Brand Loyalty In Services." *European Journal of Marketing* 45, no. 4 (nisan 2011): 673-691.

Jones, Alison, Brenda Sufrin and Niamh Dunne. *EC Competition Law Text Cases, and Materials*. Londra: Oxford University Press, 2019.

Karakaya, Fahri and Michael Stahl. "Barriers To Entry In Industrial Markets." *Journal Of Marketing* 53, no. 2 (Nisan 1989): 80-91.

Kirkwood B. John and Robert Lande. "The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency." *Notre Dame Law Review* 84, no. 1, (2008): 191-244.

Kessides, Ioannis. "Advertising, Sunk Costs, and Barriers to Entry." *The Review of Economics And Statistics* 68, no. 1, (Şubat, 1986): 84-95.

Lazaroff, Daniel. "Entry Barriers and Contemporary Antitrust Litigation." *UC Davis Business Law Journal* 7, no. 1, (Sonbahar 2006): 1-54.

Lutz, Clemens, Ron Kemp and Gerhard Dijkstra. "Perceptions regarding Strategic and Structural Entry Barriers." *Small Bus Economics* 35, no.1, (Temmuz, 2010), 19–33.

Mingchun, Sun and Edison Tse. "When Does the Winner Take All in Two-Sided Markets?." *Review of Network Economics* 6, no. 1 (Mart 2007): 16-41.

Olivier, Richard. "Whence Consumer Loyalty?." *Journal of Marketing* 63, no. 4, (Kasım, 1999): 33-44.

Olsen, Svein Ottar. "Comparative Evaluation and the Relationship Between Quality." Satisfaction, and Repurchase Loyalty, *Journal of the Academy of Marketing Science* 30, no. 3, (Temmuz 2002) :240-249.

Salop, Steven. "Strategic Entry Deterrence." *The American Economic Review* 69, no. 2, (May, 1979): 335-338.

Salop, Steven and David Scheffman. "Raising Rivals, Costs." *American Economic Review* 73, (1983): 267-271.

Sanlı, Kerem Cem ve Cihan Dogan, "Rekabet Hukuku ve İktisadı Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları." *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, no. 1, (Nisan 2022): 117-152.

Schmalensee, Richard. "The Economics of Advertising." *The Economic Journal* 83, no. 2, (Mart, 1973): 295-297.

Schmalensee, Richard. "Sunk Costs and Antitrust Barriers To Entry." *American Economic Review* 94, no. 2, (Mayıs 2004): 471- 475.

Sridhar, Moorthy and Hao Zhao. "Advertising Spending And Perceived Quality." *Marketing Letters* 11, no. 3, (Ağustos, 2000): 221-233.

Stigler, J. George. "The Economies of Scale." *The Journal of Law and Economics* 1, (Kasım,1958): 54-71.

Yanık, Mehmet. "Rekabet Hukukunun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri." Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, 2001.

Weizsacker, Carl Christian Von. "A Welfare Analysis of Barriers to Entry." *The Bell Journal of Economics* 11, no. 2 (Sonbahar, 1980): 399-420.

Vickers, John. "Abuse of Market Power." *The Economic Journal* 115, no. 504, (Haziran 2005): 244-261.

Zeitham, A. Valarie , Berry L. Leonard , and A. Parasuraman. "The Behavioral Consequences Of Service Quality." *Journal of Marketing* 60, (Nisan,1996): 31-46.

ROMA HUKUKUNDA AKIL HASTALARININ FİİL EHLİYETİ

The Capacity to Act of the Mentally Ill in Roman Law

Mehmet Mert ÖZYILDIRIM*

ÖZ

Fiil ehliyeti kavramı, kişinin kendi fiilleri aracılığıyla hukuki sonuç doğurabilecek işlemleri bizzat yapabilme salâhiyetini ifade etmektedir. Akıl hastalarının, her ne kadar belirli koşullarda hak ehliyetine sahip olmaları mümkün olsa da Roma Hukuku'nun Eski Hukuk Dönemi'nden beri fiil ehliyetlerinin kısıtlanması gerektiğine karar verilmiştir. Bu kapsamda, ilgili kişilerin malvarlıklarının yönetimi açısından kendilerine bir kayyım (*curator furiosi*) tayin edilmesi uygun görülmüştür. Tayin edilen kayyımların, akıl hastasının hukuki işlemlerine izin veya onam vermesi yetmemekte, fakat bu işlemleri akıl hastası adına bizzat kendilerinin yapması gerekmektedir. Ancak istisnai olarak, akıl hastalarının bizzat kendi fiilleri sonucunda taraf olabileceği hukuki işlemler de mevcut olduğu için konunun dikkatlice irdelenmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda çalışmada, öncelikle akıl hastalığının tanımına yer verilerek Roma Hukuku'ndaki terminoloji sorunu üzerinde durulmuş, daha sonra hastalığın teşhis edilmesi ile *curator* atanması süreçleri incelenmiş, son olarak da bu kişilerin fiil ehliyetinin kısıtlanmasının hukuki sonuçları, aile hukuku, borçlar hukuku ve eşya hukuku kapsamında ayrı ayrı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Akıl Hastalığı, Kayyım Tayini, *Furiosus*, *Dementia*, Akli Melekelerin Yeniden Kazanılması.

Makalenin Geliş Tarihi: 02.11.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 24.08.2023.

* Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: mertozyildirim@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7663-6599.

ABSTRACT

The concept of capacity to act refers to the authority of the person to perform actions that may have legal consequences through his acts. Although it was possible for lunatics to have rights and obligations under certain conditions, it was decided that their capacity to act should be restricted since the archaic period of Roman law. In this context, it was deemed appropriate to appoint a trustee (*curator furiosi*) for the management of their assets. It was not enough for the appointed trustees to give permission or consent to the legal transactions of the mentally ill, but they must perform these formalities on behalf of them. However, it is important to examine the issue carefully, since there are also atypical legal transactions that mental patients could make with their own actions. Within this context, in this study, first of all, the definition of mental illness was given and the terminology problem in Roman Law was emphasized, then the diagnosis of the disease and the appointment of a *curator* were examined, finally, the legal consequences of restriction of the capacity to act of these people were assessed separately within the scope of family law, law of obligations and property law.

Keywords: Mental Illness, Appointment of Trustee, *Furiosus*, *Dementia*,

I. ESKİ ROMA'DA AKIL HASTALIĞININ TANIMLANMASI

Akıl hastalığını, en genel anlamıyla, kişinin düşünce ve davranışlarını iradi olarak yönlendirme becerisi ile dış dünyayı algılayabilme kapasitesini tamamen ortadan kaldıran veya önemli derecede eksilten geçici ya da kalıcı mental rahatsızlıklar şeklinde tanımlamak mümkündür¹. Bu durumdan muzdarip olan bireylerin, kendi davranış ve kararlarını rasyonel bir biçimde

¹ Margaret Trenchard-Smith, "Insanity, Exculpation and Disempowerment in Byzantine Law," içinde *Madness in Medieval Law and Customs*, ed. Wendy J. Turner (Leiden: Brill, 2010), 2; Robert Melville, *A Manual of the Principles of Roman Law Relating to Persons, Property, and Obligations with a Historical Introduction* (Edinburg: W Green&Son, 1921), 94. Roma'nın ünlü hekimlerinden olan *Galenus*, mantık dışı düşünce ve davranışlar ile kişinin olağan hareket ve alışkanlıklarında değişiklikler yaratan farklılıklar olarak tanımladığı akıl hastalıklarının, beyindeki çeşitli hormonların etkilenmesi sonucunda ortaya çıktığını ifade etmiştir. Bkz. Nikolas Hächler, "Galen's Observations on Diseases of the Soul and the Mind of Men," *Rosetta* 13 (2013): 57 vd; Susana Gazmuri, "The Mentally Ill in Roman Society (Late Republic and Empire)," *ARGOS* 30 (2006): 90. Stoa felsefesinde ise akıl hastalığı; ruhun, aklın aydınlatıcı ışığına sahip olmaması (*lumine mentis carentem*) şeklinde yorumlanmıştır. Bkz. *Cic. Tusc.* 3.5.10.

kontrol edebilmesine imkân sağlayan öz denetim mekanizmaları, hastalığın etkisi süresince hasar almakta veya tamamen ortadan kaybolmaktadır². Roma Hukuku açısından akıl hastalarının, işledikleri fiillerin anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yetenekleri bulunmadığı için hem hukuki işlem hem de haksız fiil ehliyetlerinden tamamen yoksun oldukları kabul edilmiştir³. Hukuki metinlerde de bu kişilerin, gerçekleştirdikleri davranışların anlam ve sonuçlarını idrak edebilecek kabiliyeti hâiz olmadıkları sıklıkla belirtilmiştir⁴.

Gai. Ins. 3. 106 “Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat.”

Bir akıl hastası (*furiosus*) yaptığı işin ne olduğunu idrak edemediği için herhangi bir hukuki işlemde bulunamaz⁵.

Dig. 29.7.2.3 (Iulianus libro 37 digestorum) “Furiosus non intellegitur codicillos facere, quia nec aliud quicquam agere intellegitur...”

² Gazmuri, “Mentally Ill,” 89-90; Trenchard-Smith, “Insanity,” 2-3.

³ Özlem Söğütü, *Roma Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 257; Seldağ Güneş Ceylan, “Roma Hukuku'nda Kayımlık (Cura) Müessesesine Genel Bir Bakış,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, 1 (2004): 223; Ziya Umur, *Roma Hukuku: Tarihi Giriş – Kaynaklar – Umumi Mefhumlar – Hakların Himayesi* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1974), 474; Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri: Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2018), 164; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku: Tarihi, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 212; Kudret Ayiter ve Paul Koschaker, *Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları* (İzmir: Sevinç Matbaası, 1993), 94; Mehmet Üçer, *Roma Hukukuna Giriş* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 180; Richard Leage ve William Prichard, *Leage's Roman Private Law: Founded on the Institutes of Gaius and Justinian* (London: St. Martin's Press, 1961), 142; Max Kaser, *Roman Private Law*, çev. Rolf Dannenbring (Pretoria: Gutenberg Book Printers, 1984), 84; Fritz Schulz, *Classical Roman Law* (Oxford: Clarendon Press, 1951), 198; Melville, *Principles of Roman Law*, 94; Jane F. Gardner, *Being a Roman Citizen* (London: Routledge, 1993), 168; Charles Maynz, *Cours de droit romain, précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome, Vol. I* (Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1891), 416-417.

⁴ Akıl hastalığının, akli melekelerin kaybedilmesi ya da zihinsel yetilerin eksik olması şeklinde tanımlandığı metinler de mevcuttur. Bkz. *Dig. 1.18.14 (Macer libro 2 de iudiciis publicis); Ius. Ins. 2.12.1.*

⁵ *Iustinianus*'un *Institutiones* eserinde de bu tanıma aynen yer verilmiştir. Bkz. *Ius. Ins. 3.19.8.*

Bir akıl hastası (*furiosus*) vasiyetname yapıldığını idrak edemez; çünkü herhangi bir hukuki işlemi yapabilecek kapasiteye sahip değildir...

Roma Hukuku'nda yer alan akıl hastalığı ile ilgili metinlerde belirtilen bir diğer önemli husus, bu kişilerin hukuken geçerli olabilecek bir iradesinin mevcut olmadığıdır⁶. Akıl hastalarının iç iradelerinin sağlıklı bir biçimde oluşmadığı kabul edildiğinden dış dünyaya yansıyan beyanlarına da hukuki açıdan değer verilmemiştir.

Dig. 29.2.47 (Africanus libro 4 quaestionum) "...*Furiosi autem voluntas nulla est.*"

...Fakat akıl hastasının iradesi hükümsüzdür.

Dig. 50.17.40 (Pomponius libro 34 ad Sabinum) "*Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.*"

Akıl hastasının veya kendi mallarını idare etmesi yasaklanan kişinin iradesi hüküm ifade etmez.

Akıl hastalarının, hastalıkları süresi boyunca iradelerini açık bir şekilde beyan etmeleri mümkün olmadığı gibi bu kimselerin zımnî bir biçimde beyanda bulunmalarına da izin verilmemiştir⁷. Bu sebeple akli melekeleri

⁶ Hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi, kişilerin işlem sonucunda ortaya çıkacak hukuki sonuçları elde edebilmek için gerekli fiilleri iradi olarak yapmalarına bağlıdır. Bunun için de iradenin, iradesini geçerli bir biçimde beyan etme gücüne sahip kişilerce dış dünyaya açıklanması gerekmektedir. Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 188-218. Akıl hastalarının ise akli melekeleri yerine gelmediği sürece sağlıklı bir irade oluşturmaları mümkün olmadığından beyanları dikkate alınmamış ve Roma Hukuku'nun hiçbir döneminde tek başlarına hukuki işlem yapmalarına izin verilmemiştir. Ido Israelowich "Physicians as Figures of Authority in the Roman Courts," *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte* 63, no. 4 (2014): 448.

⁷ Trenchard-Smith, "Insanity," 2. Ayrıca bkz. *Dig. 19.2.14 (Ulpianus libro 71 ad edictum)* "*Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est: intellegitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu conualescunt: et ideo si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum.*" : "Bir kimsenin belirli süreliğine bir araziyi kiralaması durumunda kira süresi dolsa dahi, kiracının (*colonus*) kalmayı sürdürmesi mümkündür; zira malikin, kiracının arazisinde kalması konusunda ses çıkarmaması, ona yeniden kiraladığı şeklinde anlaşılır. Bu şekildeki bir *contractus* yalnızca *consensus* ile kurulduğu için herhangi bir söze veya yazıya da ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla, eğer malik akıl hastalığına yakalanır veya bu süreç

yerinde olmayan kimselerin, kendi iradelerine dayanarak yaptıkları tüm hukuki işlemler kesin olarak hükümsüzdür⁸.

Akıl hastalığı konusunu ele alırken, Romalıların bu tür hastalıklardan muzdarip kişiler ile benzer durumda gördükleri kimseleri karşılaştırmalı olarak incelemek de yerinde olacaktır. Nitekim Romalılar; akıl hastaları ile bir hukuki işlem sırasında hazır bulunmayanlar (*absentis*), 0-7 yaş arası çocuklar (*infantes*), savaş esirleri (*hostibus captus*) ve uyuyan kişileri (*quiescens*) hukuken aynı statüde değerlendirmiştir⁹.

Dig. 50.17.124.1 (Paulus libro 16 ad edictum) “Furiosus absentis loco est et ita Pomponius libro primo epistularum scribit.”

Pomponius'un mektuplar eserinin ilk kitabında yazdığı üzere bir akıl hastası, hazırda bulunmayan kişi ile (*absentis*)¹⁰ aynı konumdadır.

Dig. 29.7.2.3 (Iulianus libro 37 digestorum) “...Cum per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habetur.”

...Tüm durumlar açısından ve her koşulda [akıl hastaları] hazırda bulunmayanlar veya uykuda olan kişiler ile aynı şekilde ele alınmalıdır¹¹.

içerisinde vefat ederse *Marcellus*, kiranın yenilenmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir ki bu [yorum] doğrudur.”

⁸ Mehmet Yeşiller, “Roma Hukuku’nda Hükümsüzlük Halleri,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, 3 (2011): 83; Israelowich, “Physicians,” 448.

⁹ Peter Toohey, “Madness in the Digest,” içinde *Mental Disorders in the Classical World*, ed. William Harris (Leiden: Brill, 2013), 450-451; Trenchard-Smith, “Insanity,” 2-3.

¹⁰ *Absentis* kelimesi ile hâlihazırdaki bir hukuki işlem sırasında herhangi bir sebepten dolayı fiziken hazır olmayan kişiler kastedilmektedir. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia: The American Philosophical Society, 1968), 339. Örneğin, bir toplumsal hareketi bastırmak üzere uzak diyarlara gitmiş askerlerin durumu bu şekildedir. Bahsi geçen kişilerin mallarının, uzakta oldukları süre boyunca onların yerine yönetilmesi gerekmektedir. Akıl hastalarının ise her ne kadar hukuki işlemler sırasında fiziken hazır bulunmaları ihtimal dâhilinde olsa da psikolojik olarak orada bulunarak işlemin anlam ve sonuçlarını kavrayabilmeleri mümkün olmadığı için *absentis*'ler ile kıyaslanmışlardır. Toohey, “Madness in the Digest,” 450-451; Trenchard-Smith, “Insanity,” 2-3; Gardner, *Being a Roman Citizen*, 168. Savaş esirleri ile akıl hastaları arasında benzer bir kıyaslama için bkz. *Dig. 23.4.8 (Paulus libro 7 ad Sabinum)*.

¹¹ Ayrıca bkz. *Dig. 41.2.1.3 (Paulus libro 54 ad edictum) “Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu*

Ius. Ins. 2.12.1 “Praeterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est; item furiosi, quia mente carent...”

Ayrıca buluş çağına ermemiş küçükler de sağlam hüküm verme kabiliyetleri bulunmadığı için vasiyet düzenleyemez; keza akılları noksan olduğu için (*mente carent*) akıl hastalarının durumu da (*furiosi*) böyledir...¹²

Akıl hastalarının hastalık süresi boyunca, uykuda olan kişilerin ise uydukları sürelerde iradeleri mevcut değildir. Hazır bulunmayanlar ve savaş esirleri de içinde buldukları koşullar sebebiyle işlemin yapıldığı sırada, ilgili eylemlerin niteliklerini tek başlarına algılayamazlar. Küçüklerin ise yaşlarının yetersizliği sebebiyle idrak kabiliyetleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla tüm bu kişilerin ortak noktası, ilgili bireylerin, işlem sırasında gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olmamalarıdır¹³.

II. TERMİNOLOJİ SORUNU

Antik kaynaklarda, akıl hastalığını tanımlayabilmek amacıyla başta *furiosus* olmak üzere *demens*, *dementia*, *amens*, *amentia*, *fatuus*, *morus*, *insania*, *mente captus*, *non sanae mentis*, *alienatio mentis* gibi birçok farklı Latince kavram kullanılmıştır¹⁴. Bu ifadeler, çoğu durumda eş anlamlı olarak kullanılmış olmakla birlikte bazı metinlerde özellikle *furiosus*, *dementia*¹⁵ ve

ponat... : “Bir akıl hastası veya vasisinin *auctoritas*’ı olmadan hareket eden küçük zilyetliği elde edemez; zira uykuda olan bir kişinin eline bir şey tutuşturulmasında olduğu gibi bu kişiler her ne kadar bir malı fiziki olarak ellerinde buldursalar da temas ettikleri nesneyi elde etmek yönünde niyetleri mevcut değildir...”

¹² Benzer bir metin için bkz. *Dig. 44.7.1.12 (Gaius libro 2 aureorum) “Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est. 13. Huic proximus est, qui eius aetatis est, ut nondum intellegat, quid agatur...”* : “*Stipulatio* veya *promissum*’da bulunan bir akıl hastasının işleminin hükümsüz olduğu açıktır. Bu bağlamda o [akıl hastası] ne yaptığını anlayabilecek kapasitede olmayan küçük çocuklara benzemektedir...”

¹³ Toohey, “Madness in the Digest,” 450-451; Gardner, *Being a Roman Citizen*, 168; Berger, *Dictionary*, 339.

¹⁴ Trenchard-Smith, “Insanity,” 4-5; Adrien Audibert, “Des deux formes d’aliénation mentale reconnues par le droit romain (furor et dementia),” *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 14 (1890), 848; Toohey, “Madness in the Digest,” 443.

¹⁵ Latince de yerine göre kelimeye olumsuzluk katan “*de*” ön eki ile akıl, zihin gibi anlamlara gelen “*mens*” kelimesinden türeyen *dementia*, akılsız veya aklını kaybetmiş kişi anlamına gelmektedir. Perminder Sachdev, “Is It Time to Retire the Term “Dementia?,” *J Neuropsychiatry Clin Neurosci* 12, no. 2 (2000): 276; Alfred Ernout

*mente captus*¹⁶ kelimelerinin birbirinden farklı kavramları tanımlayabilmek amacıyla tercih edildikleri de görülmektedir¹⁷. Bu noktada, söz konusu terimsel farklılaşmalardan yola çıkan modern Romanistler, bahsi geçen kelimelerin akıl hastalıklarının farklı çeşitlerini veya aşamalarını belirtebilmek amacıyla bilinçli bir şekilde tercih edilmiş olabileceğini ileri sürmüştür. Doktrinde bu yönde ileri sürülen hâkim görüşe göre, *furiosus* ifadesi, yalnızca aklı melekeleri belirli aralıklarla yerine gelen bir diğer deyişle sağlıklı düşünebilme ve karar alabilme yeteneklerini çeşitli zamanlarda yeniden kazanan kimseleri kapsamaktadır. *Dementia* ve *mente captus* kelimeleri ise iyileşme imkânı bulunmayan daimi ve kronik akıl hastalarını ifade etmektedir¹⁸.

ve Alfred Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (Paris: Klincksieck, 2001), 396-397.

¹⁶ Latince “*mens*” kelimesiyle birlikte, esir alınmış, ele geçirilmiş gibi fiilleri karşılayan “*captus*” kelimesinin birleşiminden oluşan *mente captus* ifadesi zihni esir alınmış kişi anlamındadır. Dorothy May Paschall, “The Vocabulary of Mental Aberration in Roman Comedy and Petronius,” *Language* 15, no. 1 (1939): 39; Berger, *Dictionary*, 580.

¹⁷ *Furor* ve *dementia*’nın farklı anlamlarda kullanılması noktasında bkz. *Cod. Ius.* 1.4.28. “*Tam dementis quam furiosi liberi cuiuscumque sexus possunt legitimas contrahere nuptias...*” : “İster *dementia* ister *furiosus* olan bir kişinin çocuğu erkek veya kadın olması fark etmeksizin hukuken geçerli bir şekilde evlenebilir.” Ayrıca bkz. *Dig.* 27.10.6 (*Ulpianus libro 1 de omnibus tribunalibus*) “*Observare praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimum curatorem det, quoniam plerique vel furorem vel dementiae fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent.*” : “*Praetor*, kayyım atarken, olayla ilgili kapsamlı bir araştırma yaparak [konuyu] acele etmeden özenli bir şekilde ele almalıdır; zira birçok kişi kayyım atanması üzerine hâlihazırdaki yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini umarak *furiosus* ya da *dementia* taklidi yapmaktadır.” *Mente captus* ve *furiosus*’un farklı anlamlarda kullanıldığı metinler için bkz. *Ius. Ins.* 1.23.4; *Cod. Ius.* 5.4.25.

¹⁸ Calixte Accarias, *Précis de droit romain, Tome I* (Paris: Cotillon, 1874), 164-372; Mainz, *Cours de droit romain*, 416, dn. 8; William Warwick Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (Cambridge: Cambridge University Press, 1921), 169; Gardner, *Being a Roman Citizen*, 175; Gaston May, *Éléments de droit romain, à l’usage des étudiants des Facultés de droit* (Paris: Larose & Forcel, 1901), 132; Melville, *Principles of Roman Law*, 94; Güneş Ceylan, “Kayyımlik,” 223; Charles Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain, Tome I* (Paris: Marescq aîné, 1866), 386; Albert Cousin, *Des incapacités résultant de la folie en droit romain et en droit français* (Paris: Alphonse Derenne, 1881), 6-8. Bir diğer görüşe göre ise antik metinlerde *furiosus* ile aklı melekelerin tamamen yitirilmesi; *mente captus* ve *dementia* terimleriyle ise ikinci dereceden önem arz eden daha hafif nitelikteki akıl zayıflıkları

Dementia ve *mente captus* kelimelerinin hangi dönemden itibaren *furiosus*'tan farklı nitelikteki akıl hastalıklarını ifade etmek üzere kullanıldıkları hususu da açık değildir. Ancak kanaatimizce, söz konusu kelimelerin özel anlamlar kazanması zaman içerisinde olmuş ve bu şekildeki bir ayrım Post Klasik Hukuk Dönemi'nde ortaya çıkmıştır¹⁹. Nitekim Eski Hukuk Dönemi ile Klasik Hukuk Dönemi'nde yazılmış günümüze ulaşan metinlerden anlaşıldığı üzere, hukuki literatürde akıl hastalığını tanımlayabilmek amacıyla yalnızca *furiosus* kelimesi tercih edilmiş, hukuk dışı metinlerde ise ilgili kelimeler eş anlamlı olarak birbirinin yerine kullanılmıştır²⁰. Bu durum da konuyla ilgili *Corpus Iuris Civilis*'te yer alan bazı ifadelerin *interpolatio*'ya uğramış olabileceği ihtimalini akla getirmektedir. Muhtemelen, zaman içerisinde akıl hastalığı ile ilgili bilgilerin ilerlemesi hukuk alanına da yansımış ve Post Klasik Hukuk Dönemi'nden

kastedilmektedir. Bkz. Eugène Petit, *Traité élémentaire de droit romain* (Paris: Arthur Rousseau, 1903), 144; Ernest Renier, "Observations sur la terminologie de l'aliénation mentale," *RIDA*, n°4 (1950): 442. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve detaylı değerlendirmeler için bkz. Charles Appleton, *Le fou et le prodigue, en droit romain* (Paris: E. Thorin&Fils, 1893), 139-140 vd; Audibert, "Des deux formes d'aliénation mentale," 847-848 vd.

¹⁹ Bu yönde bkz. Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain, Tome I* (Paris: Domat Montchrestien, 1947), 330; Schulz, *Classical Roman Law*, 198-199; Paschall, "Mental Aberration," 38-39; Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1975), 77; Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, *Roma Hukuku* (Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1959), 123; Şakir Berkî, *Roma Hukuku* (Ankara: Nur Basımevi, 1949), 132. Aksi yöndeki bazı yazarlara göre bu ayrımın kökenleri, Eski Hukuk Dönemi'ne kadar uzanmaktadır. Bu yazarlar, XII Levha Kanunu'nda, yalnızca *furiosus* olan akıl hastalarına kayyım atanması prensibinin kabul edildiğini savunmaktadır. *Mente captus* veya *dementia* geçiren kişilere ise ancak *praetor*'lar tarafından ilerleyen yıllar içerisinde kayyım atanmasına başlanmıştır. Bu yönde bkz. Cousin, *Des incapacités*, 6-8; Buckland, *Text-Book*, 169; Gardner, *Being a Roman Citizen*, 175.

²⁰ Bkz. *Caelius, Acut. Pass.* 1.151. "Est autem insania sive furor nunc iugis, nunc temporis interiecti atque requie levigatus." : "Insania veya furor bazen kesintisiz bazen de belirli aralıklarla ortaya çıkar." Ayrıca bkz. Varro, *DRR*, 1.2.8 "Quorum si alterutrum decolat et nihilo minus quis vult colere, mente est captus adque adgnatos et gentiles est deducendus." : "Eğer bu koşullardan biri mevcut olmaz ve akıl hastası olan bir kişi (*mente captus*) yine de çiftçilik yapmak isterse, işleri, *agnatio* hısımları ya da *gens* üyeleri tarafından yürütülmelidir." Bu dönemde, *dementia* geçiren kişilerin de akli melekelerini geri kazanabileceğini ima eden metinler de bulunmaktadır. Bkz. *Quint. Dec. Min.* 295.4. "Dementiae damnatus a filio... Videtur nune esse sanatus..." : "Oğlu yüzünden [babanın] *dementia* olduğu hükme bağlanmıştı... Görünüşe göre şimdi sağlığını yeniden kazandı..."

itibaren *dementia* ve *mente captus* kelimeleri ile iyileşme imkânı bulunmayan ileri derecede zekâ geriliği veya geri dönüşü olmayan bunama rahatsızlıklarından muzdarip kişiler ifade edilirken; *furiosus* ile ise akli melekelerin geri kazanılabildiği geçici olması muhtemel mental rahatsızlıklar kastedilmiştir²¹. *Iustinianus* Dönemi'ne ait külliyata da bu ayrımın etkileri yansımış olmalıdır. Dolayısıyla Eski Hukuk Dönemi ile Klasik Hukuk Dönemi'nde daimi veya geçici nitelikteki mental rahatsızlıklar arasında kavramsal bir farklılık bulunmadığının kabulü yerinde olacaktır²².

Son olarak özellikle belirtmek gerekir ki her ne kadar Post Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren kavramsal açıdan akıl hastalıklarının farklı tiplerini belirtmek için çeşitli kelimelere özel anlamlar kazandırılmış olsa da hukukçuların gözünde, akıl hastalığına bağlanan hukuki sonuçlar açısından kullanılan farklı terimlerin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple Roma Hukuku'nda akıl hastalığının geçici veya daimi, şiddetli ya da hafif nitelikte olması arasında herhangi bir fark olmaksızın kişiye her durumda kayyım tayin edilmesi gerekmektedir²³.

²¹ Schulz, *Classical Roman Law*, 198-199; Paschall, "Mental Aberration," 38-39; Umur, *Lügat*, 77; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 330.

²² Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki *Corpus Iuris Civilis* içerisinde de bu kelimelerin eş anlamlı bir şekilde kullanıldığı metinler mevcuttur. Dolayısıyla söz konusu ifadelerin hangi metinde genel, hangisinde özel anlamda kullanılmış olabileceği noktasında temkinli yaklaşılmalıdır. *Dementia* ve *furor*'un eş anlamlı kullanılmasına bir örnek olarak bkz. *Dig. 24.2.4 (Ulpianus 26 ad sabinum)* "*Iulianus libro octavo decimo digestorum quaerit, an furiosa repudium mittere vel repudiari possit. et scribit furiosam repudiari posse, quia ignorantis loco habetur: repudiare autem non posse neque ipsam propter dementia...*" : "*Iulianus* kendi derlemesinin on sekizinci kitabında akıl hastası bir kadının (*furiosa*), kocasını boşayıp boşayamayacağı veya kendisinden boşanılma ihtimalinin olup olmadığı konusunu sorgulamış ve akıl hastası kadından [tek taraflı] boşanılabileceğini zira kadının konu hakkında hiçbir fikri olmayan bir kişiyle aynı durumda olduğunu belirtmiştir. Fakat kadının kendisi akıl hastalığından (*dementia*) dolayı kocasını bizzat boşayamaz..." *Mente captus* ve *furor*'un eş anlamda kullanılmasına örnek olarak bkz. *Cod. Ius. 5.70.2; Dig. 28.1.17 (Paulus libro 3 sententiarum)*. Ayrıca bkz. Toohey, "Madness in the Digest," 444; Trenchard-Smith, "Insanity," 4-5.

²³ Cousin, *Des incapacités*, 108; Toohey, "Madness in the Digest," 443-444; Trenchard-Smith, "Insanity," 5; Maynz, *Cours de droit romain*, 416, dn. 8; Gazmuri, "Mentally Ill," 88; Berger, *Dictionary*, 480; Melville, *Principles of Roman Law*, 94.

III. AKIL HASTALIĞININ BELİRTİLERİ VE HASTALIĞIN TEŞHİS EDİLMESİ

Roma'nın en eski dönemlerinde akıl hastalığı, ilahlar tarafından sebep olunan ve yalnız onların lütuf ve inayetiyle tedavi edilebilecek özel bir durum olarak görülmüştür²⁴. Ancak zaman içerisinde özellikle Yunan hekimler tarafından akıl hastalığının sebepleri dini etkilerden arındırılmış ve hastalığın teşhisi açısından çeşitli materyalist açıklamalar geliştirilmiştir. Laboratuvar testlerinin bulunmadığı ve fizik muayenenin günümüz şartlarına göre oldukça yetersiz olduğu eski Roma'da akıl hastalığının hangi belirtilerin görülmesi üzerine teşhis edildiği hususunda, konuyla ilgili dönemin tıbbi, edebi ve hukuki kaynaklarında verilen örneklerden yola çıkarak bazı fikirler edinmek mümkündür.

A. Tıbbi Literatürde Akıl Hastalığının Belirtileri

Tıbbi literatür açısından akıl hastalığının semptomları üzerinde duran ilk Latin yazar, M.S. 1. yüzyılın önemli hekimlerinden olan *Aulus Cornelius Celsus*'tur²⁵. *Celsus*'a göre aşırı mantıksız düşünceler, anlamsız konuşmalar ya da sebepsiz yere atılan kahkahalar akıl hastalığının bir emaresi olabileceği gibi; hiçbir şey yokken mutsuz olmak ya da gereğinden fazla konuşkan, öfkeli veya suskun olmak da bu hastalığın bir belirtisi sayılabilir²⁶. Akıl hastalığı belirtilerini en kapsamlı şekilde ele alan Romalı hekim ise *Caelius Aurelianus*'tur. *Aurelianus*'un *Celerum vel Acutarum Passionum* ile *De Morbis Chronicis Tardorum Passionum*²⁷ adlı kitaplarında yer alan konuyla ilgili metinler, eski Roma'da akıl hastalığının anlaşılabilmesi açısından büyük önem arz etmektedir.

²⁴ Gazmuri, "Mentally Ill," 91.

²⁵ Katalin Bán, "Madness in Seneca's Medea and Celsus's De Medicina," *Graeco-Latina Brunensia* 24 (January 2019): 9.

²⁶ *Celsus, De Medicina* 3.18.3; 3.18.22.

²⁷ Aslında, bahsi geçen kitaplar, *Traianus* ve *Hadrianus* dönemlerinin en önemli hekimlerinden biri olan *Ephesus*'lu *Soranus*'un Yunanca aynı adı taşıyan kitaplarından yapılan tercüme eserlerdir. Ancak kitaplar boyunca yazar, tercümenin yanı sıra yer yer kendi fikirlerine de yer vermiştir. Peter King, "The *Cognitio* into Insanity" (Doktora tezi, University of North Carolina, 2000), 81-82 vd; Anna Dysert, "Capturing Medical Tradition: Caelius Aurelianus' on Acute Diseases," *Hirundo* 5, no. 1 (2007): 161-163 vd.

Caelius, Acut. Pass. 1.3.35 “Magnitudinis vero atque proprietatis differentiam plurima atque alia sunt quae designat, a Graecis symptomata appellata, ut febres continuae vel hemitritiae vel inaequales, atque ad superficiem corporis difficile ascendentes; alienatio intra diatriti vel post diatriti tempus, iugis aut intercapedinata, cum risu tacito aut cum cacchino et cantilena vel certe maestitudine, silentio vel murmure aut vagitu aut levi secum sua ipsius mussitatione; vel mentis indignatione, ut in furore exsiliens difficile teneatur, atque omnibus iracundus sit et exclamet vel sese percutiat, aut suam vestem atque propinquantium scindat aut metu se abscondandum existimet; aut lacrimetur atque secum loquentibus non respondeat, cum loquatur tamquam non solum non visis, sed etiam mortuis...”

Ancak [hastalığın] şiddetinde ve Yunanlar tarafından semptom (*symptomata*) olarak adlandırılan somut belirtilerde birçok farklılıklar söz konusudur. Örneğin, sürekli veya belirli zamanlarda ya da düzensiz şekilde görülen ateş çıkması,²⁸ vücudun yüzeyinde hissedilmeyen iç ateş, üç günlük süre içerisinde veya bu süreden sonra vücudun kendisine yabancılaşması, şarkı söylemek, sürekli veya aralıklarla kısık ya da yüksek şekilde kahkahalar atmak, üzüntü, sessizlik, homurdanma, kişinin kendisi tarafından bile zor işitilebilecek şekilde mırıldanması, öfkeyle yerinden sıçrama ve zorlukla sakinleştirilme, herkese karşı

²⁸ Genel olarak tıbbi literatürde, Yunan hekimlerinin de etkisiyle özellikle ateş görülüp görülmemesi hususunun, akıl hastalığının tespitinde dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. King, “The *Cognitio* into Insanity,” 80-83. Bu kapsamda, tıbbi metinlerde, akıl hastalığı konusunda temel olarak ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Nitekim yüksek ateşle birlikte görülen ancak belirli bir zaman içerisinde iyileşen akıl hastalıkları (*phrenesis*) ile ateş belirtisi bulunmayan ve ömür boyu devam eden kronik akıl hastalıkları (*mania* ve *melankolia*) birbirinden ayrılmıştır. Bkz. *Caelius, Tard. Pass. 1.146. “Est autem alienatio tarda sine febris, quo a phreneticis discernitur, siquidem neque celer neque cum febricula esse uideatur.”* : “Ateş görülmeden ve kronik bir şekilde *alienatio*’ya sebep olan şey [*mania*] *phrenesis*’ten farklıdır; zira bu çabuk iyileşmez ve [hastalık süresince] ateş görülmez.” Latin hekimler tarafından Yunanca kökenli olan *phrenesis*, *mania* veya *melankolia* kelimeleri yerine, Latince olan *furor* veya *insania* ifadelerinin de tercih edildiği görülmektedir. Bkz. “*Similes sunt hydrophobicae passioni phreneitis, mania, quam nos furorem sive insaniam dixerimus.*” : “Hidrofobik rahatsızlık da bizim [Latinler] *furor* veya *insania* olarak adlandırdığımız *phrenesis* ve *mania* ile benzerlikler göstermektedir.”

öfkeli olmak, bağırarak, kendine zarar vermek, kendi elbiselerini yırtmak, korkudan sürekli saklanmak ya da ağlamak, kendisiyle konuşmaya çalışanlara cevap vermemek ya da konuştuğunda sanki yanındaymış gibi orada olmayan kişilerle veya ölümlerle konuşmak...

Caelius, Tard. Pass. 1.150 “...furor nunc iracundia, nunc hilaritate, nunc maestitudine sive vanitate occupat mentem, nunc timore comminante inanium rerum, sicut quidam memoraverunt, ut nunc speluncas timeant, nunc lacunas, ne in easdem concidant, vel alia quae terrori esse possunt...”

...*Furor*, kişinin zihnini çeşitli şekillerde etkileyebilir. Nitekim öfke, mutluluk, üzüntü veya anlamsız düşüncelere dalınması ya da bazılarının anlattığı üzere mağara veya göle düşmekten ürkülmesi ya da zararsız şeylerden korkulmasına sebep olabilir...

Kişinin, kendisinin aslında başka bir varlık olduğunu zannetmesi hali de akıl hastalığı emaresi olarak yorumlanmıştır.

Caelius, Tard. Pass. 1.152 “Sic denique, inquit, furens alius se passerem existimavit, alius gallum gallinaceum, alius fictile, alius laterem, alius deum, alius oratorem, alius tragoedum, vel comoedum, alius stipulam ferens mundi se censum tenere, alius sustentandum manu poscebat, vagiens, ut infans. Horum plurimis accessionis tempore oculi sanguinolenti fient atque attenti. Accidunt etiam uigiliae iuges, uenarum extensio, genarum rubor...”

Furens olan kişi, kendisinin, bazı durumlarda bir serçe, bazen bir horoz, bir çömlek veya tuğla, bazen bir ilah, bazen bir hatip, trajedi ya da komedi oyuncusu, bazen dünyanın merkezinde yer aldığını iddia ettiği bir buğday başağı, bazen de elinden tutulup kaldırılması için bebek gibi ağlayan muhtaç biri olduğunu düşünebilir. Bu vakaların çoğunun başlangıcında kişilerin gözleri kızarıklık ve dalgındır. Sürekli uykusuzluk, damarların şişmesi, yanakların kızarıklığı da diğer belirtiler arasındadır...

İlgili metinlerden de görüleceği üzere akıl hastalığının teşhisinde hekimlerin, birçok farklı belirtiyi dikkate alabileceği anlaşılmaktadır.

B. Edebi Literatürde Akıl Hastalığının Belirtileri

Edebi kaynaklarda, kişinin aşırı soluk bir tene sahip olması, şaşkınlık bakması, aniden öfkelenmesi veya dengesiz davranışlarda bulunması gibi çeşitli belirtiler akıl hastalığının emareleri olarak yorumlanmıştır²⁹. Örneğin *Seneca*, Roma İmparatoru *Caligula*'nın akıl hastası olduğunu ifade edebilmek amacıyla onun soluk bir yüze sahip olduğundan bahsetmektedir³⁰.

*Sen. Dial. 2.18.1 "Tanta illi palloris insaniam testantis foeditas erat."*³¹

O çok solgun yüzü, deliliğine işaret edercesine çirkindi.

Edebi kaynaklarda, etrafta sürekli olarak avare bir şekilde dolaşmanın ya da anlamsızca koşuşturmanın da akıl hastalığının bir emaresi olarak ele alındığı görülmektedir³². Nitekim *Terentius*'un *Heauton Timorumenos* (*Εαυτὸν τιμωρούμενος*) eserinde ülkesinin topraklarında amaçsızca dolaşıp duran bir kişiyi betimlemek amacıyla *demens* ifadesi kullanılmıştır (*errans patria demens*)³³. *Seneca* tarafından da bilinçsizce yapılan koşuşturmaların, akıl hastaları tarafından yapıldığı mecâzi bir ifade içerisinde ima edilmiştir³⁴. Benzer şekilde *Philo Iudaeus*'un *In Flaccum* isimli eserinde çocukların alay konusu olan *Carabbas* adındaki bir akıl hastasının tüm gün boyunca sokaklarda avare avare gezindiği anlatılmaktadır³⁵.

Son olarak, bu literatürde, herhangi bir başlık altına sokulamayan, ancak normal olarak kabul gören davranış kurallarının aksine çeşitli türde aykırı hareketlerde bulunan kişilerin de akıl hastalığından muzdarip olabileceğine işaret edilmiştir. Bu kapsamda, bir kişinin sahip olduğu koyunları, öz kızları zannetmesi veya birinin, *Appian Yolu*'nu (*Via Appia*), baştan aşağı kaldırım

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. King, "The *Cognitio* into Insanity," 20-21 vd.

³⁰ Elizabeth Cornelia Evans, "Roman Descriptions of Personal Appearance in History and Biography," *Harvard Studies in Classical Philology* 46 (1935): 58, dn. 2.

³¹ *Valerius Flaccus* da benzer şekilde vücudun renginin soluk olmasını akıl hastalığını betimlemek için kullanmıştır. *Val. Flac. Arg. 3.565 "Densam interea descendere noctem, iam majore metu, tum vero et pallor et amens."* : "Gecenin karanlığı çöktüğünde büyük bir korkuyla rengim soldu ve çılgına döndüm."

³² King, "The *Cognitio* into Insanity," 18

³³ *Ter. Hea. Tim. 2.3.16.*

³⁴ *Sen. Cont. 2.5 "Venit ad me subito qui diceret: 'Filius antequam moriatur rogat venias.' Non expectavi dum iste permetteret: amens cucurri."* : "Oğul ölmeden önce af dilemişti' diyerek aniden bana doğru geldi. İzin verene kadar dahi beklemedim. Çılgınca koştu (amens cucurri)."

³⁵ Bkz. Gazmuri, "Mentally Ill," 99.

taşları yerine kendi sikkeleriyle döşeyeceğini ifade etmesine akıl hastalığı belirtisi olarak bakılmıştır³⁶.

C. Hukuki Literatürde Akıl Hastalığının Belirtileri

Edebi literatürde yer alan akıl hastalığı ile ilgili betimlemelerde mecâzi unsurlar da bulunduğundan, kişilere *curator* tayin edilmesi noktasında bu kaynaklarda belirtilen semptomların ne ölçüde dikkate alındığı hususuna ihtiyatla yaklaşmak gerekmektedir. Öte yandan, fiil ehliyetinin kısıtlanması kararı verilirken *magistra*'ların veya eyalet valilerinin, tıbbi literatürde yer alan kitaplardan faydalanıp faydalanmadıkları veya bilirkişi olarak hekimlerden yararlanıp yararlanmadıkları konusu da açık değildir³⁷. Dolayısıyla, konumuz açısından akıl hastalığı emareleriyle ilgili hukuki metinlerde yer alan ifadelerin ayrıntılı bir biçimde incelenmesi büyük önem arz etmektedir. Eski Roma'da hangi davranışların, fiil ehliyetinin kısıtlanmasını gerektirecek bir akıl hastalığı olarak ele alınmış olabileceği hususunda, özellikle *Digesta*'da yer alan çeşitli metinlerden yola çıkarak bazı çıkarımlarda bulunmak mümkündür³⁸. Nitekim köle satışlarındaki ayıplar ile ilgili aşağıda örnek olarak verilen metinler, konumuz açısından incelemeye değerdir.

Dig. 21.1.1.10 (Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulium) "Idem Vivianus ait, quamvis aliquando quis circa fana bacchatus sit et responsa reddiderit, tamen, si nunc hoc non faciat, nullum vitium esse... ceterum si nihilo minus permaneret in eo vitio, ut circa fana bacchati soleret et quasi demens responsa daret, etiamsi per luxuriam id factum est, vitium tamen esse, sed vitium animi, non corporis..."

Aynı *Vivianus*, [bir kölenin] geçmişte tapınaklar etrafında kendinden geçmiş bir şekilde koşuturup kehanetsel yanıtlar vermiş olsa bile yine de artık bunları yapmıyorsa ayıplı sayılamayacağını belirtmiştir... Ancak yine de [köle] bu yöndeki kötü davranışlarına devam ederek kendinden geçmiş bir şekilde tapınakların etrafında koşuturmayı ve akıl hastası gibi (*quasi demens*) yanıtlar vermeyi âdet haline getirirse bu durum,

³⁶ George Rosen, *Madness in Society: Chapters in the Historical Sociology of Mental Illness* (Chicago: University of Chicago Press, 1968), 128; King, "The *Cognitio* into Insanity," 24.

³⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Israelowich, "Physicians," 459-460 vd.

³⁸ Gardner, *Being a Roman Citizen*, 171.

arzularının bir sonucu olsa bile fiziksel değil, fakat mental açıdan bir kusur sayılır...

Dig. 21.1.4.3 (Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulium)

“...errone et fugitivo excipitur: hoc enim animi vitium est, non corporis...”

[Kölelerin] avare ve kaçmaya meyilli olması fiziksel bir kusur değil, mental bir kusurdur³⁹.

İlgili metinlerden de anlaşılacağı üzere, kölelerin avare bir şekilde etrafta dolaşmaları ya da anlamsızca koşuşturmaları zihinsel bir sorunun yansımaları olarak ele alınmıştır⁴⁰. Nitekim bazı durumlarda bu mental sorunların, kölenin satışının maddi ayıp nedeniyle feshedilebilmesi açısından alıcıya haklı bir gerekçe sağladığı da görülmektedir. Bununla birlikte, kölelerin konuşmalarından da akıl sağlığının yerinde olup olmadığı hakkında fikir edinilebilmektedir. Gerçekten de *Digesta*'da bir kölenin anlamsız konuşmalar yapmasının, maddi ayıp olarak değerlendirilmesi ve açıkça yapılan akıl hastası benzetmeleri, hastalığın tespitinde konuşmaların da önem arz ettiğini açıkça ortaya koymaktadır⁴¹. Kanaatimizce, köleler ile ilgili verilen bu örnekleri genişleterek benzer davranışta bulunan tüm kişilerin, Roma Hukuku açısından akıl hastası olarak ele alınabileceğini ileri sürmek mümkündür.

³⁹ Kölelerin, efendilerinden kaçma arzusunun bir akıl hastalığına işaret ediyor olabileceği görüşünü kabul eden yalnızca eski Romalılar değildir. Nitekim 19. yüzyılda dahi Samuel Cartwright adındaki Amerikalı bir doktor tarafından, siyah kölelerin, beyaz efendilerinden kaçmaya meyilli olmasının temelinde *drapetomania* adı verilen bir akıl hastalığının bulunduğu ileri sürülmüştür. Cartwright, kölelerin sebat ederek kendisini geliştirmeye imkân bulduğu koşulları bırakarak tamamen bir bilinmeze doğru kaçmaya çalışmasını, tedavi edilmesi gereken bir akıl hastalığı olarak niteleyerek; Latince'de yer alan *fugitivus* kelimesinin karşılığı olan Yunanca *δραπέτης* (*drapetēs*-kaçak köle) kelimesi ile akıl hastalığını ifade etmek amacıyla kullanılan *mania* ifadesini birleştirmiş ve bu rahatsızlığa *drapetomania* adını vermiştir. Bkz. Bob Myers, "Drapetomania: Rebellion, Defiance and Free Black Insanity in the Antebellum United States" (Doktora tezi, University of California, 2014), 1-2 vd.

⁴⁰ John Hilton, "Furor, dementia, rabies: Social displacement, madness and religion in the metamorphoses of Apuleius," *Acta Classica*, no. 3 (2009), 85-87 vd.

⁴¹ Benzer yönde bkz. *Dig. 21.1.4.1 (Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulium)* "...si propter febrem loquantur aliena vel qui per vicus more insanorum deridenda loquantur, redhiberi posse." : "...Eğer [köle] ateşin etkisiyle tuhaf şeylerden bahsediyorsa veya sokaklarda akıl hastası gibi (*more insanorum*) konuşuyorsa satışın feshedilmesi imkân dâhilindedir."

Roma Hukuku'na dair bilgi veren metinlerden kişinin, ölüme bağlı tasarruflarından da ayırt etme gücünü hâiz olup olmadığı sonucunun çıkarılabildiği anlaşılmaktadır. Örneğin, mirasbırakan tarafından, kendisine ait olmadığı herhangi bir objektif üçüncü kişi tarafından rahatlıkla anlaşılacak bir malın vasiyet edilmesi durumunda murisin akıl sağlığının yerinde olmadığına hükmedilebilmektedir⁴².

Dig. 30.1.39.8 (Ulpianus libro 21 ad Sabinum) "Si vero Sallustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundum Albanum, qui principalibus usibus deseruit, legaverit quis, furiosi est talia legata testamento adscribere."

Eğer bir kişi imparatora (*Augustus*) ait olan *Sallustius*'un bahçelerini (*Sallustianos hortos*) veya imparatorun maiyetine tahsis edilen *Alba* topraklarını (*fundum Albanum*) vasiyet ederse bu şekilde bir vasiyet tanzim etmesi sebebiyle akıl hastası (*furiosi*) olduğuna hükmedilir.

Ölüme bağlı tasarruflar ile mirasbırakan tarafından vârislere getirilen tuhaf koşul veya yüklemeler de bu kapsamda değerlendirilmiştir⁴³.

Dig. 28.7.27.pr (Modestinus libro 8 responsorum) "Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali condicione "si reliquias eius in mare abiciat": quaerebatur, cum heres institutus condicione non paruisset, an expellendus est ab hereditate. Modestinus respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memoria humanae condicionis sepulturae tradidit. Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset. Igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi."

"Benden arta kalanları denize fırlatması koşuluyla" şeklinde bir şart eklemek suretiyle bir kişi kendisine vasi tayin etmiştir. Vârisin, bu koşulu yerine getirmediği için mirastan yoksun bırakılıp bırakılmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. *Modestinus* [bu soruya] şu şekilde cevap vermiştir: Vasiyet edenden geriye kalanları sırf onun [vasiyet eden] böyle istemesi sebebiyle denize atmayıp insaniyet gereğince hatırasını [usulüne uygun bir şekilde] defnettiği için vâris, suçlanmaktan ziyade takdir edilmelidir. Ayrıca öncelikle bu şekilde bir

⁴² Toohey, "Madness in the Digest," 446; King, "The *Cognitio* into Insanity," 42-43.

⁴³ Gardner, *Being a Roman Citizen*, 172.

şart öngören kişinin, akıl sağlığının yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu yöndeki şüphe herhangi bir ikna edici delil aracılığıyla giderilmediği sürece kanuni mirasçı, atanmış mirasçının miras üzerindeki hakkına hiçbir şekilde itiraz edemez⁴⁴.

Sonuç olarak, her ne kadar hukuki açıdan akıl hastalığının tüm emarelerini ele alan genel ve kapsamlı bir metin bulunmasa da ilgili örneklerden, eski Roma'da akıl hastalığının tespiti ve fiil ehliyetinin kısıtlanması noktasında kişinin iç yaşantısı ile maruz kaldığı psikolojik etmenlerin dikkate alınmadığı ve yalnızca dış belirtiler üzerinden teşhislerin gerçekleştirildiği görülmektedir⁴⁵. Dolayısıyla “normal” olarak kabul edilen davranış kalıplarının dışına çıkan toplumsal açıdan kınanabilecek tüm fiillerin akıl hastalığı olarak ele alınabildiği sonucuna varılmaktadır.

IV. CURATOR ATANMA SÜRECİ

Günümüze dek ulaşılmış antik metinler ışığında, sağlıklı bir şekilde irade oluşturma yeteneği bulunmayan akıl hastalarının, Roma'nın en eski devirlerinden beri fiil ehliyetine sahip olmadığı bilinmektedir. Nitekim Eski Hukuk Dönemi'nden itibaren bu kişilerin kendi başlarına herhangi bir muamelede bulunmalarına izin verilmemiş ve her daim hâkimiyet altında olmaları gerektiği esası benimsenmiştir⁴⁶. Bu noktada, akıl hastalarının hem bedensel sağlıklarının gözetimi hem de malvarlıklarının yönetimi, genellikle en yakın *agnatio* hısımlarından⁴⁷ olan ve *curator furiosi* adı verilen

⁴⁴ Mirasbırakanın, vasiyetinde normal olarak görülemeyecek bir paylaşırma yaparak tasarrufta bulunması da aklı melekelerinin sorgulanmasına sebep olabilir. Ölüm döşeğindeki bir anne malvarlığının dörtte üçünü bir yabancıya, dörtte birini ise kendi kızına miras bırakmış ve bir diğer kızını atlamıştır. Böylesi bir vasiyeti yapan annenin de akıl sağlığının yerinde olmayabileceği belirtilmiştir. *Dig. 5.2.19 (Paulus libro 2 quaestionum)* Ayrıca bkz. Gardner, *Being a Roman Citizen*, 171.

⁴⁵ Benzer yönde bkz. Ayiter ve Koschaker, *Roma Hukukunun Ana Hatları*, 94; Üçer, *Roma Hukukuna Giriş*, 180; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 212; Söğütlü, *Roma Özel Hukuku*, 257.

⁴⁶ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 212; Ayiter ve Koschaker, *Roma Hukukunun Ana Hatları*, 94; Leage ve Prichard, *Leage's Roman Private Law*, 142; Schulz, *Classical Roman Law*, 198; Kaser, *Roman Private Law*, 84; Rosen, *Mental Illness*, 128-129; Melville, *Principles of Roman Law*, 94; Gardner, *Being a Roman Citizen*, 168; Maynz, *Cours de droit romain*, 416-417.

⁴⁷ *Agnatio* hısımlığı ile aynı baba egemenliği altında bulunmak koşulunu sağlayan kişiler arasındaki akrabalık ilişkileri ifade edilmektedir. *Ius Civile* tarafından kabul edilen bu akrabalık ilişkisinde kan bağıının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu şekilde aile

kayımlara bırakılmıştır⁴⁸. Akıl hastalarının hâkimiyet altında bulunması gerektiği prensibi, Eski Hukuk Dönemi'ne ait en önemli metinlerden biri olan XII Levha Kanunu'nda şu şekilde ifade edilmektedir.

Lex XII Tabularum, Tabula 5.7.a: "Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto."

"Eğer [kişi] akıl hastası olduysa, onun ve mallarının hâkimiyeti (*potestas*), *agnatio* hısımlarına ve [o yoksa] *gens* üyelerine ait olsun.

İlgili metinde yer alan, kişinin şahsı ve malvarlığıyla birlikte hâkimiyet (*potestas*) altında bulunması gerektiği ifadelerinden anlaşılacağı üzere Eski Hukuk Dönemi'nde akıl hastaları üzerindeki kayımlık yetkileri *potestas* ile eş değer görülmüştür⁴⁹. Ayrıca *curator*, akıl hastasının yalnızca malvarlığını idare etmekle değil, fakat bedenini ve sağlığını korumakla da sorumlu tutulmuştur⁵⁰.

babası ile geçerli bir evlilikten doğan çocukları, evlat edinilmiş olan kişiler ve *manus* altına giren kadınlar arasında *agnatio* hısımlığının kurulduğu kabul edilmiştir. Seldağ Güneş Ceylan, *Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), 34. Umur, *Lügat*, 23; Berger, *Dictionary*, 358; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 159; Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 221 vd; Ayiter ve Koschaker, *Roma Hukukunun Ana Hatları*, 85-86; Nurcan İpek, "Roma Hukukunda Hısımlık," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, 1 (2015): 169-170.

⁴⁸ Güneş Ceylan, "Kayımlık," 223; Paul du Plessis, *Borkowski's Textbook on Roman Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 148. Akıl hastalarının fiil ehliyetlerinin kısıtlı olduğu prensibi, Roma'nın hiçbir döneminde değişmemiştir. Kişinin erginliğe girmesi de bu durumu değiştirmemektedir. Bkz. *Cod. 5.70.1. "Curatores impleta legitima aetate prodigis vel furiosis solent tribui."*: "Erginliğe erişmeler dahi müsriflere ve akıl hastalarına *curator* atanması âdettendir." Ancak akıl hastası olduğu düşünülen birine *curator* tayin edilebilmesi için kişinin, baba egemenliği altında bulunmaması gerekmektedir. Nitekim *patria potestas* altında olan aile evlatlarının kendilerine ait bir malvarlıkları bulunmadığı için bu kimselere ayrıca kayyım atanmasına lüzum görülmemiştir. Israelowich, "Physicians," 447. Akıl hastalığı bulunan *sui iuris* kişinin 25 yaşından küçük bir çocuk olması halinde ise kendisine *curator* değil, fakat *tutor* atanmaktadır. Toohey, "Madness in the Digest," 455; Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Beta Yayınevi, 1987), 201; Güneş Ceylan, "Kayımlık," 224-225.

⁴⁹ Leage ve Prichard, *Leage's Roman Private Law*, 142. Klasik Hukuk Dönemi'nde kayyımın hâkimiyetini ifade etmek amacıyla tercih edilen *potestas* teriminin kullanımı terk edilmiş ve yalnızca *cura furiosi* ifadesi kullanılmaya başlanmıştır. Schulz, *Classical Roman Law*, 197.

⁵⁰ Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 257; Du Plessis, *Roman Law*, 148. Ayrıca bkz. *Dig. 27.10.7.pr. (Iulianus libro 21 digestorum)*.

Eski Hukuk Dönemi'nde kabul edilen yegâne kayyımlık türü, XII Levha Kanunu ile öngörülen kanuni kayyımlıktır (*curator legitimi*)⁵¹. Kayyımların yetkilerini, doğrudan doğruya bir kanundan aldığı söz konusu dönemde akıl hastalarının hukuki ve cezai ehliyeti, herhangi bir hacir kararına gerek olmaksızın *ipso iure* kısıtlanmaktadır⁵². Dolayısıyla Eski Hukuk Dönemi'nde hastalık belirtilerinin görülmesiyle birlikte en yakın *agnatio* hısmı kanunen kayyım olmakta ve akıl hastası, bu kimsenin bir nevi *potestas*'ı altına girmektedir⁵³. Yakın *agnatio* hısımlarının bulunmaması veya kayyımlığa uygun olmaması halinde ise hâkimiyetin *gens* üyelerine ait olacağı kabul edilmiştir. Bu şekilde söz konusu dönemde, küçük bir tarım toplumunda yaşayan ve dar bir çevre içerisinde hayatını idame ettiren Romalılar açısından kişinin fiil ehliyetinin, resmi bir karar ve ilan süreci sonrasında kısıtlanmasına gerek görülmemiştir⁵⁴.

Klasik Hukuk Dönemi'nde ise kayyımların göreve geliş şekilleri ve yetkileri açısından çeşitli değişikliklere gidildiği gözlemlenmektedir. Bu dönemde öncelikle toplumsal açıdan yaşanan gelişim ve dönüşümün de etkisiyle birlikte *agnatio* hısımlarının yokluğu halinde *gens* üyelerinin otomatik olarak kayyım olabilme imkânı ortadan kaldırılmıştır⁵⁵. Bunun yerine *agnatio* hısımlarının hayatta olmaması veya bu görev için uygun görülmemeleri halinde *praetor*'lar ve eyalet valilerine kayyım atayabilme yetkisi tanınmıştır⁵⁶. Bu şekilde Klasik Hukuk Dönemi'nde *curator*

⁵¹ Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* (Paris: Arthur-Rousseau, 1918), 228; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 330; Umur, *Roma Hukuku*, 475. Bu kayyımlara, yetkilerini kanundan almaları sebebiyle akıl hastası adına *Ius Civile*'nin şekli işlemleri de dâhil olmak üzere hukuki sonuç doğurabilecek tüm işlemleri yapabilme izni verilmiştir. Buckland, *Text-Book*, 170; Leage ve Prichard, *Leage's Roman Private Law*, 143.

⁵² George Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law* (New York: Springer, 2012), 117, dn. 155; Güneş Ceylan, "Kayyımlık," 223; Umur, *Roma Hukuku*, 474; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, 164.

⁵³ Schulz, *Classical Roman Law*, 197; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 331.

⁵⁴ Rosen, *Mental Illness*, 126.

⁵⁵ Kaser, *Roman Private Law*, 328; Schulz, *Classical Roman Law*, 197; Rosen, *Mental Illness*, 127.

⁵⁶ Girard, *Droit romain*, 228; Du Plessis, *Roman Law*, 148; Israelowich, "Physicians," 447. Bu dönemde, kimlerin kayyım olarak atanması gerektiği ile ilgili olarak da çeşitli kurallar öngörülmüştür. Öncelikle anne veya babadan birinin akıl hastalığına yakalanması halinde kayyım olarak erkek çocukların atanması gerektiği tavsiye edilmiştir. Bkz. *Dig. 27.10.2 (Paulus libro 1 de officio proconsulis)* "*Sed et aliis dabit*

legitimi'nin yanı sıra herhangi bir kanuna dayanmayan ancak *praetor* veya valiler tarafından atanan *curator honorarii*'ler ortaya çıkmıştır⁵⁷.

Dig. 27.10.13 (Gaius libro 3 ad edictum provinciale) "Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii praetor administrationem dat, scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur."

Genellikle akıl hastası ve müsriflerin bakımı bir kişiye XII Levha Kanunu gereğince bırakılmaktayken, *legitimus heres*'lerin bu işe uygun olmamasında olduğu gibi *praetor* başkalarını da tayin edebilir.

Gai. Ins. 1.198 "Ex iisdem causis et in provinciis a praesidibus earum curatores dari volunt."

Aynı sebepten ötürü, eyaletlerde *curator*'lar kural olarak eyalet valisi tarafından atanır.

proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari iubebit, nec dubitabit filium quoque patri curatorem dari." : "Proconsul, kendi işleriyle ilgilenemeyen diğer kişiler için de *curator* atamalı veya atanmasını emretmeli ve bir baba için oğlunu kayyım olarak atamakta tereddüt etmemelidir." Ayrıca bkz. *Dig. 27.10.4 (Ulpianus libro 38 ad Sabinum) "Furiosae matris curatio ad filium pertinet..."* : "Akıl hastası olan bir annenin kayyımlığı oğluna aittir..." Bir kocanın, karısına kayyım atanması ise özellikle boşanma halinde malvarlıksal sorunların oluşabilme ihtimaline karşın önerilmemektedir. Bkz. *Dig. 27.10.14 (Papinianus libro quinto responsorum) "Virum uxori mente captae curatorem dari non oportet."* : "Akıl sağlığı yerinde olmayan bir kadına, kocası *curator* olarak atanmamalıdır." Ayrıca antik kaynaklarda, bazı meslekleri icra eden kişilerin de yaptıkları iş dolayısıyla kayyımlık faaliyetinde bulunamayacakları ifade edilmiştir. Nitekim hekim veya askerlerin mesleklerine devam ettikleri süre boyunca aynı zamanda *curator* olarak görev yapmalarına izin verilmemiştir. Bkz. Toohey, "Madness in the Digest," 455.

⁵⁷ Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, çev. Ziya Umur (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1959), 225; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 331; Israelowich, "Physicians," 447. Ayrıca bkz. *Ulp. Epit. 12.1 "Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege Duodecim Tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur."* : "Curator'lar ya kanunidir ki onlar XII Levha Kanunu gereğince tayin olmaktadır ya da *honorarii*'dir; zira onlar da *praetor* tarafından atanmaktadır." Bu kayyımların yetkileri, yalnızca *Ius Honorarium* tarafından kabul edilen işlemleri yapabilmeleri sebebiyle *curator legitimi*'ye göre daha kısıtlıdır. Schulz, *Classical Roman Law*, 198; Leage ve Prichard, *Leage's Roman Private Law*, 143.

Klasik Hukuk Dönemi'nde kayyım tayin edebilme yetkisi *praetor* ve eyalet valilerinin yanı sıra bazı hallerde *senatus*'a da tanınmıştı⁵⁸. Fakat *senatus*'un bu yetkiyi kullanabilmesi, akıl hastası olan kişinin yüksek bir sınıftan gelen saygın bir birey olması koşuluna bağlanmıştır. Bu şekilde kişiler arasında bulunan toplumsal sınıf farklılıklarının hukuk alanına da yansdığı görülmektedir⁵⁹.

Post Klasik Hukuk Dönemi'ne gelindiğinde ise muhtemelen hiçbir resmi karar olmadan doğrudan doğruya *agnatio* hısımlarının kayyım olarak atanmasındaki sakıncalar anlaşılmış ve kanuni kayyımlık olan *curator legitimus* kurumu tamamen ortadan kaldırılmıştır⁶⁰. Bu şekilde, *agnatio* hısımlarının dahi resmi bir işlem doğrultusunda tayin edilmesine karar verilmiştir. Dolayısıyla bahsi geçen dönemden itibaren ilgili makamlar tarafından atanmayan kayyımların, akıl hastaları adına yapacağı işlemler geçerli olmayacaktır. *Iustinianus* Dönemi'nde de *curator dativus*'un (atanmış kayyımlık) tek geçerli kayyımlık türü olduğu teyit edilmiştir⁶¹.

Akıl hastalarına *curator* tayin edilmesi noktasında ele alınması gereken bir diğer husus, bu kişilere vasiyetname ile kayyım atanıp atanamayacağı konusudur. Roma Hukuku'nda küçüklere vasiyetname ile *tutor* atanmasında olduğu gibi akıl hastasına doğrudan doğruya bu şekilde *curator* atanması usulü kabul edilmemişti⁶². Nitekim aile babasının, akıl hastası olan çocuğuna, vasiyetinde kayyım olarak birini işaret etmesi halinde, bu tayinin hukuken

⁵⁸ King, "The *Cognitio* into Insanity," 39; Gazmuri, "Mentally Ill," 97.

⁵⁹ Bkz. Dig. 27.10.5 (*Gaius libro 9 ad edictum provinciale*) "*Curator ex senatus consulto constituitur, cum clara persona, veluti senatoris vel uxoris eius... curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a praetore vel in provinciis a praeside.*" : "Bir senatör veya senatör karısı örneğinde olduğu gibi kişinin saygın biri olduğu durumlarda *curator*, *senatus consultum* ile atanır... [Diğer durumlarda] malvarlığının idaresi amacıyla *curator*, *praetor* veya eyaletlerde vali tarafından tayin edilir."

⁶⁰ Du Plessis, *Roman Law*, 148; Schulz, *Classical Roman Law*, 199; Leage ve Prichard, *Leage's Roman Private Law*, 143.

⁶¹ Gazmuri, "Mentally Ill," 96; Mousourakis, *Roman Private Law*, 117; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 331. Ayrıca bkz. *Ius. Ins.* 1.23.3 "...sed solent Romae praefectus urbis vel praetor et in provinciis praesides ex inquisitione eis dare curatores..." : "...Roma şehrinde genellikle *praefectus urbis* veya *praetor*, eyaletlerde ise valiler inceleme sonucunda kayyım tayin ederler..."

⁶² Oğuzoğlu, *Roma Hukuku*, 123; Leage ve Prichard, *Leage's Roman Private Law*, 143; Kaser, *Roman Private Law*, 328.

geçerli olabilmesi için *magistra*'nın veya valinin bu kişinin kayyımlığını onaylaması gerekmektedir⁶³.

Ius. Ins. 1.23.1 "Curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto praetoris vel praesidis."

Vasiyet ile kayyım tayin edilebilmesi mümkün değildir. Ancak bu şekilde belirlenen kişinin *praetor* veya valinin kararıyla onaylanması gerekir⁶⁴.

Kayyımların çok dikkatli bir şekilde tayin edilmesi gerektiği üzerinde sıklıkla durulduğu da belirtilmelidir⁶⁵. Antik kaynaklarda, birçok kişinin özellikle haksız fiillerden kaynaklanan yaptırımlardan kaçınabilmek amacıyla hasta taklidi yapabileceği ima edilmiştir⁶⁶. Bu sebeple, kayyım atamadan önce *praetor* ve eyalet valilerine iyi bir araştırma yapmaları salık verilmektedir.

Dig. 27.10.6 (Ulpianus libro 1 de omnibus tribunalibus) "Observare praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimum curatorem det, quoniam plerique vel furorem vel dementiae fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent."

⁶³ William Alexander Hunter, *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code* (London: William Maxwell&Son, 1803), 733-734; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 331; Rosen, *Mental Illness*, 127; Umur, *Ders Notları*, 201.

⁶⁴ Benzer bir metin için bkz. *Dig. 27.10.16.pr. (Tryphoninus libro 13 disputationum) "Si furioso puberi quamquam maiori annorum viginti quinque curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris voluntatem: manet enim ea datio curatoris apud praetorem, ut rescripto divi Marci continetur."*: "Babanın, vasiyetname ile yirmi beş yaşından büyük olan akıl hastası çocuğuna kayyım tayin etmesi halinde, *praetor* bu kişiyi babanın arzusu doğrultusunda onaylamalıdır. Zira ilahi *Marcus*'un *rescripta*'sında belirtildiği üzere bu hallerde dahi kayyım tayin etme yetkisi *praetor*'lara aittir." Ayrıca bkz. *Cod. 70.7.5*.

⁶⁵ Trenchard-Smith, "Insanity," 14, King, "The *Cognitio* into Insanity," 108.

⁶⁶ *Dig. 1.18.14 (Macer libro 2 de iudiciis publicis) "Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur..."*: "Eğer gerçekten *Aelius Priscus*'un kalıcı şekilde aklı melekelerini kaybettiğini, tüm zihinsel yetilerinin eksik olduğunu (*omni intellectu careat*) ve annesini öldürdüğünde herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek şekilde deli taklidi yapmadığını tespit ettiysen, zaten akıl hastası olması sebebiyle yeterince ceza çektiği için verilmesi gereken cezayı (*poena*) dikkate almayabilirsin..."

Praetor, kayyım atarken, olayla ilgili kapsamlı bir araştırma yaparak [konuyu] acele etmeden özenli bir şekilde ele almalıdır; çünkü birçok kişi kayyım atanması üzerine hâlihazırdaki yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini umarak *furiosus* ya da *dementia* taklidi yapmaktadır.

Görüldüğü üzere Roma Hukuku'nun hiçbir döneminde çağdaş hukukumuzdan farklı olarak ergin akıl hastalarına vasi atanması gerektiği prensibi kabul edilmemiştir⁶⁷. Zira Roma Hukuku'nda vesayet kurumu (*tutela*), kural olarak yalnızca *sui iuris* olup henüz erginlik çağına gelmemiş küçükler ile her yaştaki kadınların malvarlıklarını korumak amacıyla *auctoritas* yoluyla bu kişilerin eksik olan fiil ehliyetlerini tamamlamak üzere oluşturulmuş bir kurumdur⁶⁸.

⁶⁷ Akıl hastalığı bulunan *sui iuris* kişinin 25 yaşından küçük bir çocuk olması halinde kendisine *curator* değil, fakat *tutor* atanmaktadır. Güneş Ceylan, *Velayet-Vesayet Hukuku*, 66-67; Toohey, "Madness in the Digest," 455; Umur, *Ders Notları*, 201. Ayrıca bkz. *Dig.* 26.1.3.pr. (*Ulpianus libro 37 ad Sabinum*) "*Qui habet tutorem pupillus vel pupilla si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilo minus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit et a Iuliano probatur eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat...*" : "Vesayet altındaki küçük akıl hastalığına yakalanacak olursa, *Quintus Mucius*'a göre ve *Iulianus*'un da onayladığı üzere biz de aynı kurala uyarak diyebiliriz ki, küçüğün vesayet altına alınmasını gerektirecek yaş aralığında olması durumunda, akıl hastalığına yakalandığı için kayyım atanmasına gerek yoktur..."

⁶⁸ Güneş Ceylan, *Velayet-Vesayet Hukuku*, 50. Türk Hukuku'nda TMK. m. 405 ve devamında savurganlık, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı, kötü yaşama tarzı ya da malvarlığının kötü yönetilmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık ya da yoksulluğa düşürme tehlikesine sokan kişiler ile başkalarının güvenliğini tehdit eden, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza alan ya da akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle işlerini göremeyen her erginin kısıtlanacağı karara bağlanmıştır. Bu bağlamda, haklarında kısıtlılık kararı alınması gereken ilgili kimselerin velayet altında bulunmamaları halinde vesayet altına gireceği ve kendilerine vesayet makamı tarafından bir vasi tayin edileceği kabul edilmiştir. Güneş Ceylan, *Velayet-Vesayet Hukuku*, 52, dn. 108. Ayrıca Türk Hukuku açısından akıl hastalığı ve akıl zayıflığı bulunan kişilerin kısıtlanabilmesi için bu yönde resmi bir sağlık raporunun bulunması gerektiği de belirtilmelidir. Bu noktada Yargıtay, söz konusu kimselerin, tam teşekküllü bir devlet hastanesi veya Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas kuruluna sevk edilerek muayenesinin yapılmasını ve muayene sonucunda verilecek karar üzerinden kısıtlamanın gerçekleştirilmesini şart koşmaktadır. Bkz. Y. 18. HD, E. 2012/7412, K. 2012/8343, 02.07.2012 (<https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 06.07.2023) Çağdaş hukukumuzda kayyımların ise yalnızca belirli bir malvarlığının yönetilmesi, belirli bir işin görülmesi ya da belirli bir menfaatin korunmasını gerektiren durumların varlığı

Kayımların ise kişinin kendi menfaatinin yanı sıra dâhil olunan ailenin ve hatta toplumun da menfaatinin korunması üzere atanmaları esastır. Dolayısıyla ergenlik çağına gelmiş *sui iuris* bir akıl hastasının hem kendisinin ve ailesinin malvarlığını hem de içinde bulunduğu toplumun menfaatlerini tehlikeye atabilecek potansiyelde olması sebebiyle bu kimselerin kayyım gözetimi altında tutulmasına karar verilmiştir⁶⁹.

V. FİİL EHLİYETİNİN KISITLANMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Öncelikle, fiil ehliyeti kısıtlanan akıl hastalarının geçerli bir hukuki işleme taraf olabilmemesinin, kayyımlar tarafından o işlemin bizzat akıl hastası adına yapılması şartına bağlandığı ifade edilmelidir⁷⁰. Öte yandan, kayyımların akıl hastaları adına her tür işlemi yapmalarına da izin verilmemiştir. Ayrıca bazı hallerde, bizzat akıl hastasının kendi fiilleri sonucunda çeşitli hukuki işlemlere taraf olabilmemesine imkân sağlanmıştır. Kanaatimizce, tüm bu hususlar ışığında konunun, günümüz ifadeleri ile aile hukuku, borçlar hukuku ve eşya hukuku kapsamında ayrı ayrı incelenmesi faydalı olacaktır.

A. Aile Hukuku Açısından

Aklıl hastalığı sebebiyle fiil ehliyetinin kısıtlanması, bireylerin aile hukuku açısından işlem kabiliyetlerini çeşitli açılardan etkilemektedir. Ancak öncelikle belirtilmelidir ki bir aile babasına, akıl hastalığından dolayı kayyım tayin edilmesi, bu kişinin aile evlatları üzerinde sahip olduğu *potestas* ile karısı üzerindeki *manus*'u ortadan kaldırmamaktadır. Bu durumda yalnızca söz konusu kurumların içeriğinde yer alan bazı hak ve yetkilerin bizzat aile babası tarafından kullanılması yasaklanmaktadır⁷¹.

Dig. 1.6.8.1 (Ulpianus libro 26 ad Sabinum) "Adeo autem retinet ius potestatis pater furiosus, ut et adquiratur illi commodum eius, quod filius adquisivit."

halinde atanabilmeleri söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunda Kayyım* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 1-2 vd.

⁶⁹ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 217.

⁷⁰ Girard, *Droit romain*, 229.

⁷¹ Gazmuri, "Mentally Ill," 96.

Ayrıca akıl hastası bir babanın sahip olduğu *potestas*, varlığını sürdürmeye devam eder. Bu yüzden erkek evlatlar tarafından kazanılanlar yine ona aittir.

Babanın, aile evlatları veya kölelerine hastalığın ortaya çıkmasından önce verdiği *peculium*'lar da geçerli bir şekilde varlığını sürdürmektedir⁷². *Peculium* verilmeden hastalığa yakalanılması halinde ise kayımlara, kişinin köle ya da aile evlatlarına akıl hastası adına *peculium* tahsis edebilme yetkisi tanınmıştır⁷³. Akıl hastalığı ile birlikte köleler üzerinde sahip olunan *dominium* yetkisi de sona ermemektedir. Bu noktada, yalnızca bu kimselerin malvarlığına dâhil olan köleleri idare etme yetkisi kayımlara bırakılmaktadır. Fakat kayımlara, her ne kadar köle alıp satma veya *peculium* tahsis etme yetkileri tanınsa da köleleri âzat etme yetkisi verilmemiştir⁷⁴.

Akıl hastalığının, kişinin evlenme ehliyeti üzerinde de çeşitli etkileri bulunmaktadır. Nitekim taraflardan birinin akıl hastası olması, Roma Hukuku'nda kabul edilen evlilik engellerinden biridir⁷⁵. Zira evlilik birliğinin kurulabilmesi için her iki tarafın da rızasının bulunması gerekmektedir⁷⁶. Bir

⁷² Trenchard-Smith, "Insanity," 16; Gardner, *Being a Roman Citizen*, 173.

⁷³ Dig. 15.1.24 (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*) "*Curator furiosi administrationem peculii et dare et denegare potest tam servo furiosi quam filio.*" : "Akıl hastasına tayin edilen kayım, akıl hastasının köle veya erkek çocuklarına *peculium* verilmesi veya verilmesinin reddedilmesi yetkilerine sahiptir."

⁷⁴ Gazmuri, "Mentally Ill," 96. Ayrıca bkz. Dig. 40.1.13 (*Pomponius libro 1 ex Plautio*) "*Servus furiosi ab adgnato curatore manumitti non potest, quia in administratione patrimonii manumissio non est...*" : "Akıl hastasının kölesi o kişiye kayım olarak tayin edilmiş *agnatio* hısmı tarafından âzat edilemez; zira köle âzat etme yetkisi malvarlığı idaresine dâhil değildir..."

⁷⁵ Sevil Yıldız, "Roma Hukukunda Evlenme Engelleri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, 2 (2020): 884-898.

⁷⁶ Seldağ Güneş Ceylan, *Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 60-61. Ayrıca bkz. Dig. 23.2.2 (*Paulus libro 35 ad edictum*) "*Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes...*" : "Tüm tarafların rızası olmadan evlilik gerçekleşemez..." *Aileni iuris*'lerin evlenebilmesi için ise tarafların rızasının yanı sıra aile babasının da evliliğe rıza göstermesi gerekmektedir. Kudret Ayiter, *Roma Hukuku Dersleri: Aile Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1963), 10; Bahattin Aras, "Roma Hukukunda Evlenme ve Boşanma (Divortium)," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, 2 (2010): 225-226. *Ius. Ins.* 1.10. "*Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes, sive patresfamilias sint sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt.*" : "Hem aile babaları hem de aile evlatları açısından, buluş çağına

tarafın akıl hastalığı devam ederken yaptığı işlemlerin anlam ve sonuçlarını kavrayabilme kapasitesi bulunmadığı için evlenme hususunda verdiği irade beyanı hükümsüz olacağı gibi gerçekleştirilen evlilik de kesin olarak hükümsüzdür⁷⁷. Ancak bu noktada önemle belirtilmelidir ki evliliğin hükümsüz olması, taraflardan birinin aklı melekelerinin evlilik birliğinin kuruluş aşamasında mevcut olmamasına bağlıdır. Zira evlilik gerçekleşikten sonra karı veya kocanın akıl hastalığına yakalanması durumunda sonradan ortaya çıkan akıl hastalığı evliliği geçersiz hale getirmemektedir⁷⁸.

Dig. 23.2.16.2 (Paulus libro 35 ad edictum) “Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est, sed recte contractum non impedit.”

Akıl hastalığı evlilik ilişkisinin kurulmasını engeller, zira bunun için rıza gereklidir; lâkin geçerli bir biçimde kurulmuş olanları sona erdirmez⁷⁹.

gelmiş kadın ve erkek Roma vatandaşlarının, kanun hükümlerine uygun olarak birleşmesi ile evlilik meşru bir biçimde gerçekleşmiş olur; lâkin aile evlatları ayrıca hâkimiyeti altında buldukları babalarının da rızasını almak mecburiyetindedir.” Klasik Hukuk Dönemi açısından tartışmalı olmakla birlikte *Iustinianus* Dönemi’nde aile babasının akıl hastalığına yakalanması halinde kız veya erkek evladın evlenebilmesi için rızasının aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Zira bu dönemde evlenmenin kamu yararına dayandığı (*publica nuptiarum utilitas*) görüşü egemendir. Bkz. Güneş Ceylan, *Evlenme*, 76; Yıldız, “Evlenme Engelleri,” 898; Gardner, *Being a Roman Citizen*, 174-175. *Ius. Ins.* 1.10 “...an furiosi filia nubere aut furiosi filius uxorem ducere possit? cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiae furiosi filium quoque posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare secundum datum ex constitutione modum... : “Bir akıl hastasının kız veya erkek çocuğunun evlenmesi mümkün müdür? Erkek çocuğu hususunda fikirler bölünmüş olduğundan, aldığımız bir kararla, akıl hastasının kızı gibi akıl hastasının oğlunun da emirnamemizde gösterdiğimiz şekilde babasının rızasına gerek olmaksızın evlenebilmesine izin verdik.” Ayrıca bkz. *Cod. Ius.* 5.4.25.

⁷⁷ Güneş Ceylan, *Evlenme*, 111; Cousin, *Des incapacités*, 14.

⁷⁸ *Ibid*, 111; Pervin Somer, “Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları,” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, 2 (2002): 159; Yıldız, “Evlenme Engelleri,” 898.

⁷⁹ Muhtemelen Hristiyanlığın da etkisiyle hukuken olduğu kadar etik olarak da çiftlerin birbirlerinin talihsizliklerini paylaşarak evlilik hayatlarına devam etmeleri gerektiği salık verilmişti. Trenchard-Smith, “Insanity,” 8-9. Ayrıca bkz. *Dig. 24.3.22.7 (Ulpianus libro 33 ad edictum) “...quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?...”* : “Bir karı veya kocanın

Akıl hastalığının evlilik birliği devam ederken ortaya çıkması halinde evliliğin sona ermeyeceğine dair söz konusu kural mutlak değildir. Nitekim akıl hastalığının şiddeti ve evliliği çekilmez hale getirip getirmediği hususları dikkate alınarak bazı durumlarda boşanmanın mümkün olabileceği kabul edilmiştir⁸⁰. Ancak bu halde dahi evlilik, *Ius Civile* açısından doğrudan doğruya son bulmamakta ve ilgili kişinin boşanma yönündeki beyanı (*repudium*) gerekmektedir.

Dig. 24.3.22.7 (Ulpianus libro 33 ad edictum) “Si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint, quid faciendum sit, tractamus. Et illud quidem dubio procul observatur eam personam, quae furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse. An autem illa repudianda est, considerandum est. Et si quidem intervallum furor habeat vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium... Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris vel, quia liberos non habet, procreandae subolis cupidine tenta est: licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat.”

Eğer karı veya kocadan biri evlilik sırasında akıl hastalığına yakalanırsa ne yapılabileceğini gözden geçirelim. Öncelikle belirtmek gerekir ki akıl hastalığından muzdarip olan tarafın aklı melekeleri yerinde olmadığı için boşanmayı talep edemeyeceği konusunda şüphe yoktur. Ancak yine de bu şartlar altında kadından boşanma imkânının olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Nitekim eğer akıl hastalığının iyileştiği zamanlar oluyorsa veya hastalık sürekli olmakla birlikte kadınla birlikte yaşayanlar açısından katlanılabilir bir düzeydeyse bu durumlarda evliliğin sona erdirilmesi mümkün değildir... Bununla birlikte, akıl hastalığının oldukça ağır, şiddetli ve iyileşme umudu bulunmayan tehlikeli bir seviyede olması ve etrafındakiler açısından endişeye sebep olması halinde, sağlıklı olan diğer tarafın ister hastalığın şiddetinden isterse de çocuğu olmaması sebebiyle bu yöndeki temennisinden

birbirlerinin beklenmedik talihsizliklerini paylaşması kadar yüce başka bir davranış ne olabilir ki?...”

⁸⁰ Cousin, *Des incapacités*, 15; Gardner, *Being a Roman Citizen*, 176; Toohey, “Madness in the Digest,” 457.

kaynaklı olarak boşanabilmesine izin verilecektir. Bu şekilde sona eren bir evlilik, hiç kimsenin kusuru olarak görülmeyecek ve hiçbir taraf herhangi bir zarara uğramayacaktır.

İlgili metinden de anlaşılacağı üzere, akıl hastalığının evlilik birliğini çekilmez kılacak derecede şiddetli olması halinde sağlıklı tarafın, hastalıktan muzdarip olan kişinin veya kayyımın ya da aile babasının rızasına gerek olmadan tek taraflı bir irade beyanıyla boşanabileceği belirtilmektedir⁸¹. Benzer bir olaya *Digesta*'da şu şekilde yer verilmiştir:

Dig. 24.2.4 (Ulpianus 26 ad sabinum) "Iulianus libro octavo decimo digestorum quaerit an furiosa repudium mittere vel repudiari possit. et scribit furiosam repudiari posse, quia ignorantis loco habetur: repudiare autem non posse neque ipsam propter dementia, neque curatorem eius, patrem tamen eius nuntium mittere posse..."

Iulianus kendi derlemesinin on sekizinci kitabında akıl hastası bir kadının (*furiosa*), kocasını boşayıp boşayamayacağı veya kendisinden boşanılma ihtimalinin olup olmadığı konusunu sorgulamış ve akıl hastası kadından tek taraflı olarak boşanılabilirliği; zira kadının konu hakkında hiçbir fikri olmayan bir kişiyle aynı durumda olduğunu belirtmiştir. Fakat ne kadının kendisi ne de *curator* akıl hastalığından (*dementia*) dolayı boşanma beyanında bulunamaz; bunu ancak onun yerine babası yapabilir...

Metinde, kadının evlilik birliği devam ederken akıl hastalığına yakalanması durumunda erkek eşin tek taraflı bir beyanla (*repudium*) kendisine herhangi bir kusur yüklenmeksizin evliliği sona erdirebileceği ifade

⁸¹ Bu metnin, Klasik Hukuk Dönemi'ne ait olmayıp *interpolatio* yoluyla *Digesta*'ya eklenmiş olması muhtemeldir. Nitekim Klasik Hukuk Dönemi'nde, boşanmanın belirli bir sebebe dayanmasına lüzum yoktur. Ancak Post Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren, Hristiyanlığın da etkisiyle "Tanrı'nın birleştirdiğini kul bozamaz" şeklindeki anlayışın bir yansıması olarak boşanmaların sebebe bağlı olması gerektiği prensibi kabul edilmiş ve sebepsiz yapılan boşanmalar her ne kadar geçerli kabul edilse de birtakım maddi yaptırımlara bağlanmıştır. Bkz. Gardner, *Being a Roman Citizen*, 176; Fulya İlçin Gönenc, "Roma Hukukunda Boşanma (Divortium)," *AÜEHFD* 7, 1-2 (2003): 652. *Iustinianus* Dönemi'nde de boşanma sebeplerinin sınırlandırılması prensibinden vazgeçilmemiştir. Bu ilkeden hareketle, taraflardan birinin akıl hastalığına yakalanması durumunda boşanmak isteyen kimsenin herhangi bir maddi yaptırımla karşılaşmaması, hastalığın, şiddetli ve evlilik birliğini çekilmez kılacak nitelikte olması şartına bağlanmıştır.

edilmiştir. Ancak sağlıklı olan kocanın, evliliği devam ettirmek niyetinde olması, fakat akıl hastası kadın tarafının boşanmayı istemesi halinde bu yetkinin yalnızca aile babasında olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla *curator*'a, tayin olduğu kişi adına boşanma beyanında bulunma yetkisinin tanınmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır⁸².

Ulpianus tarafından aktarılan daha dramatik bir olayda ise şiddetli bir akıl hastalığına yakalanan karısının tedavisini ihmal eden, kendisine hiçbir şekilde ilgi göstermeyip kötü davranan bir kocanın yalnızca çeyizden faydalanmak amacıyla boşanmayarak durumu suistimal etmesi anlatılmaktadır⁸³. Söz konusu metinden, akıl hastalığına yakalanan kadın açısından boşanmayı talep edebilecek yegâne kişi olan aile babasının da hayatta olmadığı anlaşılmaktadır⁸⁴. Bu durumda, kocanın boşanmaya yanaşmaması sebebiyle zorda kalan eş açısından *curator*'a ve kadının yakın hısımlarına, karşı tarafı bir nevi yardım nafakası yükümlülüğü altına sokabilmek amacıyla *magistra*'ya başvuru imkânı tanınmıştır⁸⁵. Çeyizin, buna rağmen müsrif bir şekilde harcanacağı ve suistimal edileceği yönünde güçlü emareler olması

⁸² Gardner, *Being a Roman Citizen*, 176-177.

⁸³ Dig. 24.3.22.8 (*Ulpianus 33 ad edictum*) “*Sin autem in saevissimo furore muliere constituta maritus dirimere quidem matrimonium calliditate non vult, spernit autem infelicitatem uxoris et non ad eam flectitur nullamque ei competentem curam inferre manifestissimus est, sed abutitur dotem: tunc licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati adire iudicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito omnem talem mulieris sustentationem sufferre et alimenta praestare et medicinae eius succurrere et nihil praetermittere eorum, quae maritum uxori adferre decet secundum dotis quantitatem. Sin vero dotem ita dissipaturus ita manifestus est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solacium una cum sua familia...*” : “Bununla birlikte, kadının, en şiddetli akıl hastalıklarından birine maruz kalmasına rağmen kocanın kurnazca saiklerle evliliği sonlandırmaya yanaşmayıp karısının talihsiz durumunu hor görerek ona hiç ilgi göstermediği ve gereken bakımı sağlamayarak yalnızca çeyizini suistimal ettiği bir durumda hem *curator*'un hem de ilgili akrabaların; kocanın karısına ilgi göstermesi, beslenmesine yardımcı olması, ilaçlarını tedarik etmesi ve aldığı çeyiz miktarına oranla karısı için yapması gereken hiçbir şeyi ihmal etmemesini sağlayabilmek amacıyla mahkemeye başvurmaya hakkı vardır. Ancak yine de kocanın, çeyizi olması gerektiği ölçüde değil de tamamen müsrif bir şekilde harcayacağı bariz ise bu durumda *dos*'a el konularak karısı ve ailesinin geçimi için gerekli olan miktar ayrılacaktır...”

⁸⁴ Gardner, *Being a Roman Citizen*, 177.

⁸⁵ Nurcan İpek, “Roma Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğü,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, 3, (2013): 288.

halinde ise son çare olarak *dos* üzerine tedbir konacağı ve kadın ile kölelerine gerekli miktarın bizzat temin edileceği belirtilmiştir.

B. Borçlar Hukuku Açısından

1. Sözleşmelerden Doğan Borç İlişkileri Bakımından

Akıl hastalarının işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yetenekleri bulunmadığı için sağlıklı bir iradeye sahip olmaları da söz konusu değildir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde ise her şeyden önce taraflar arasında irade uyumunun (*consensus*) bulunması şarttır⁸⁶. Bu kapsamda, akıl hastalarının iradelerine hukuki sonuç bağlanmadığı için hiçbir *contractus* ya da *pactum*'a borçlu ya da alacaklı olarak taraf olabilmelerine izin verilmemiştir⁸⁷. İradenin hukuki sonuç doğurabilmesi açısından sözlü veya yazılı bir şekilde beyan edilmesinin gerektiği durumlarda her ne kadar akıl hastası bu yönde bir beyanda bulunmuş olsa da iç iradenin oluşumu aşamasında sakatlık bulunduğu için bu kişilerin beyanları geçerlilik kazanmayacaktır. Dolayısıyla akıl hastaları ile yapılan tüm sözleşmeler doğrudan doğruya hükümsüzdür⁸⁸. Bu noktada örneğin, bir akıl hastası tarafından borçlu ya da alacaklı sıfatıyla *stipulatio* yapılması halinde kayyım işleme önceden izin veya sonradan onay verse dahi yapılan işlem hiçbir

⁸⁶ Belgin Erdoğmuş, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Der Yayınları, 2005), 48. Roma Hukuku açısından rızai sözleşmeler ile *pactum*'lar dışında kalan çeşitli sözleşmelerin kurulabilmesi için yalnızca *consensus*'un varlığı yeterli değildir. Gerçekten de aynı ya da isimsiz sözleşmeler bakımından, malın karşı tarafa teslim edilmesi, sözlü veya yazılı sözleşmeler için ise bu yönde beyanlarda bulunulması gereklidir. Ancak taraflar arasında *consensus*'un bulunmasının tüm sözleşmeler açısından öncelikli kurucu şart olduğu belirtilmelidir. Bir örnek olarak bkz. *Dig. 44.7.3.1 (Paulus libro 2 institutionum)* “*Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur...*” : “Yalnızca bir miktar paranın verilmesi ve teslim alınmasıyla borç ilişkisi kurulamaz. Ayrıca paranın bu yönde bir niyetle verilmesi ve teslim alınması gerekir...”

⁸⁷ Cousin, *Des incapacités*, 41. Ayrıca bkz. *Gai. Ins. 3.106* “*Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat.*” : “Bir akıl hastası yaptığı işin ne olduğunu idrak edemediği için herhangi bir hukuki işlemde bulunamaz.”

⁸⁸ W. G. H. Cook, “Mental Deficiency and the English Law of Contract,” *Columbia Law Review* 21, no. 5 (1921): 427. Karşı tarafın iyiniyetli bir şekilde işlem yaptığı kişinin akli melekelerinin yerinde olduğunu düşünmesi halinde dahi sözleşmeye geçerlilik kazandırılması mümkün değildir. Bkz. Schulz, *Classical Roman Law*, 198. Ayrıca bkz. *Dig. 41.4.2.16 (Paulus libro 54 ad edictum)*.

şekilde geçerlilik kazanmayacaktır⁸⁹. Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesinin tek yolu kayyımın, bu işlemi hastalıktan muzdarip olan kişi adına bizzat kendisinin yapmasıdır.

Dig. 44.7.1.12 (Gaius libro 2 aureorum) “Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est.”

Akıl hastasının *stipulatio* veya *promissum* yapması halinde bu işlemlerin hükümsüz olacağı açıktır.

Akıl hastalarının aklı melekelerini geri kazandığı ara dönemlerde (*lucida intervalla*) ise kayyıma gerek olmaksızın bu kimseler tarafından yapılan tüm işlemler geçerlidir⁹⁰.

2. Sözleşme Benzerlerinden Doğan Borç İlişkileri Bakımından

Roma Hukukunda, karşılıklı tarafların uygun iradelerine dayanmadığından *contractus* veya *pactum* olarak tanımlanmamakla birlikte sözleşmelerden doğanlar ile benzer şekilde borç doğuran ve sözleşme benzerleri (*quasi contractus*) olarak adlandırılan bir borç kaynağı daha bulunmaktadır⁹¹. Bu şekilde bir borç ilişkisinin kurulabilmesi için herhangi bir irade açıklamasına gerek olmadığından akıl hastalarının da *quasi contractus*'lar aracılığıyla yerine göre borçlu veya alacaklı olabileceği kabul edilmiştir⁹². Örneğin, *quasi contractus* olarak kabul edilen sebepsiz zenginleşme veya müşterek mülkiyet hükümleri gereğince akıl hastasının borçlu ya da alacaklı konumuna gelebilmesi mümkündür⁹³. Bu bakımdan, bir akıl hastasının *mutuum* kapsamında üçüncü bir kişiye ödünç para vermesi halinde sözleşme, irade uyuşması bulunmadığı için geçersizdir⁹⁴. Dolayısıyla

⁸⁹ Fırat Korkmaz, “Roma Hukukunda Stipulatio” (Yüksek lisans tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), 70.

⁹⁰ Ayiter ve Koschaker, *Roma Hukukunun Ana Hatları*, 94; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 212; Söğütlü, *Roma Özel Hukuku*, 257; Üçer, *Roma Hukukuna Giriş*, 180; Buckland, *Text-Book*, 170; Leage ve Prichard, *Leage's Roman Private Law*, 143; Melville, *Principles of Roman Law*, 94; Umur, *Roma Hukuku*, 475; Petit, *Droit romain*, 144; Mousourakis, *Roman Private Law*, 117, dn. 158; Gazmuri, “Mentally Ill,” 97; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 331; Berger, *Dictionary*, 342.

⁹¹ Türcan Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018), 133; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2016), 280; Mustafa Dural, “Roma Hukukunda Akit Benzerleri,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 33, 3-4 (1967): 257-258.

⁹² Cousin, *Des incapacités*, 41.

⁹³ *Ibid*, 41-42.

⁹⁴ Hylkje de Jong, “The development of Enrichment Liability: Byzantine Law in the Teachings of the Digest of Stephanus,” *Fundamina* 16, no. 1 (2010): 31, dn. 19.

verilen miktarın *mutuum*'dan kaynaklanan davalar vasıtasıyla istenebilmesine imkân yoktur. Böyle bir durumda paranın da harcanması halinde borç verilen kişiden ödünç miktarı, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak *condictio* ile talep edilebilir⁹⁵.

Dig. 44.7.24.pr. (Pomponius libro singulari regularum) "Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putarem, pecuniam quasi mutuam acceperim eaque in rem meam versa fuerit, condictio furioso adquiritur: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex isdem etiam furiosi nomine incipit agi posse..."

Eğer bir akıl hastasından aklî melekelerinin yerinde olduğunu varsayarak *mutuum* yapmışız gibi borç alır ve kendi işlerine harcarsam, bu halde akıl hastasına *condictio* tanınır. Zira bazı durumlarda dava hakkı bizim durumdan haberimiz dahi olmadan elde edilir. Bu sebeple belirli durumlarda akıl hastaları adına böyle davalar açılabilir...

Aklıl hastasının, hastalık süresi boyunca bizzat borçlu veya alacaklı olabileceği bir diğer husus, tesadüfen oluşan müşterek mülkiyet hükümlerinden kaynaklanmaktadır. *Communio incidens* adı verilen bu hallerde, tarafların iradesinin dışında kalan bazı sebeplerle birkaç kişi arasında müşterek mülkiyet kurulmaktadır⁹⁶. Bu durum, malların karışması gibi maddi bir sebepten kaynaklanabileceği gibi muayyen mal vasiyeti veya miras gibi çeşitli hukuki sebeplerle de meydana gelebilmektedir⁹⁷. Böyle bir durumda, ortaklardan her biri, diğerlerine karşı hissesine düşen meblağ ile sınırlı olmak üzere ortak mala yapılan masrafları ödemek ile yükümlüdür⁹⁸. Bu kapsamda, akıl hastasının da müşterek mülkiyet ile borç altına girebileceği kabul edilmiş ve üçüncü kişilerin ortak mala yaptığı masrafların bu kişilerden de talep edilebileceği sonucuna varılmıştır⁹⁹.

Dig. 44.7.46 (Paulus libro 7 ad Plautium) "Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate,

⁹⁵ Para ya da alınmış eşyanın harcamamış veya tüketilmemiş olması halinde ise akıl hastasının şahsında *rei vindicatio* davasını açabilme imkânı da doğardı. Benzer yönde bkz. De Jong, "The development of Enrichment Liability," 31, dn. 19.

⁹⁶ Ayiter ve Koschaker, *Roma Hukukunun Ana Hatları*, 259; Di Marzo, *Roma Hukuku*, 466.

⁹⁷ Dural, "Akit Benzerleri," 270; Söğütlü, *Roma Özel Hukuku*, 537.

⁹⁸ Rado, *Borçlar Hukuku*, 136.

⁹⁹ Tesadüfi müşterek mülkiyet halinde, kârın ve zararın istenilmesi ya da yapılan masraflara iştirak edilmesi, *actio communi dividundo* ile sağlanmaktadır. Dural, "Akit Benzerleri," 270; Berger, *Dictionary*, 342.

veluti si communem fundum habeo cum his et aliquid in eum impendero vel damnum in eo pupillus dederit: nam iudicio communi dividundo obligabuntur.”

Bir akıl hastası ve küçüğün, davanın, malın bizzat kendisinden kaynaklandığı durumlarda kayyımın ya da vasisinin müdahalesi olmaksızın borç altına girebilmesi mümkündür. Nitekim bunlardan biriyle birlikte, arazi üzerinde müşterek mülkiyete sahip olmam ve [araziye] masraf yapmam halinde ya da küçüğün buraya zarar vermesi durumunda, bunlar, *communi dividundo* ile sorumlu olacaklardır.

3. Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri Bakımından

Haksız fiiller hem Roma Hukuku hem de modern hukuklar açısından en önemli borç kaynaklarından birini oluşturmaktadır¹⁰⁰. En genel şekliyle, bir kimsenin menfaatinin, hukuka aykırı olarak ihlal edildiği haksız fiiller ile temel olarak zarar gören ile fail arasında bir miktar para cezasının ödenmesini zorunlu kılan bir borç ilişkisi kurulmaktadır¹⁰¹. Fakat bir kimsenin menfaatini ihlal eden her fiil, haksız fiil olarak nitelendirilmemiştir. Gerçekten de bir fiilin bu kapsamda ele alınabilmesi için öncelikle hukuka aykırı olması, fiil sonucunda bir zarar meydana gelmiş olması, fiil ile meydana gelen sonuç arasında bir illiyet bağı bulunması ve son olarak da fiilin bir kimseye isnat edilebilir olması gerekmektedir¹⁰². Bahsi geçen son şart olan fiilin bir kimseye isnat edilebilir olması; fiili işleyen kişinin bu eyleminden dolayı sorumlu tutulabilmesi veya zararı tazmin etmekle yükümlü kılınabilmesi anlamına gelmektedir¹⁰³. Bu noktada akıl hastalarının, işledikleri fiilin kapsamını ve bu olay dolayısıyla meydana gelebilecek sonuçları idrak edebilecek kapasitede olmamaları sebebiyle kusurlu sayılabilmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla akıl hastalarına kusur (*culpa*) isnat edilemediği için haksız fiil işleyebilme ehliyetleri bulunmamaktadır¹⁰⁴. Bu sebeple gerek *furtum* gerek *damnum*

¹⁰⁰ Dig. 44.7.4 (*Gaius libro 3 aureorum*) “*Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria...*” : “Borç ilişkisi, *furtum*, *damnum* [*iniuria datum*], *rapina* ve *iniuria* olmak üzere haksız fiillerden de kaynaklanabilir...”

¹⁰¹ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 300.

¹⁰² Rado, *Borçlar Hukuku*, 42-43; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 284-287 vd; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 301-302.

¹⁰³ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 287.

¹⁰⁴ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 302; Rado, *Borçlar Hukuku*, 143; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 291-292; Cousin, *Des incapacités*, 42-43.

iniuria datum gerekse de *rapina* ya da *iniuria*'dan dolayı bu kişilerin haksız fiil borçlusu haline gelmeleri söz konusu değildir¹⁰⁵.

Dig. 47.10.3.1 (Ulpianus libro 56 ad edictum) "Sane sunt quidam, qui facere non possunt, ut puta furiosus et impubes, qui doli capax non est: namque hi pati iniuriam solent, non facere."

Şüphesiz, haksız fiil işleyemeyen bazı kişiler de vardır. Şöyle ki, her ne kadar bir akıl hastası ve suç işlemeye muktedir olmayan bir küçüğe karşı haksız fiil işlenebilirse de kendileri bizzat bunu gerçekleştiremez¹⁰⁶.

Roma Hukuku'nda akıl hastalarının, hastalık süresinde işledikleri haksız fiillerinden dolayı bizzat sorumlu olmayacakları prensibi kabul edilmiş olsa da bu fiiller sonucunda ilgili kişileri gözetmekle yükümlü olan kayyımlar sorumlu tutulmuş olabilir¹⁰⁷. Ancak bu halde kayyımın şahsında doğan borç, haksız fiil sebebinden değil, akıl hastasının bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesinden kaynaklanmaktadır.

Dig. 1.18.14 (Macer libro 2 de iudiciis publicis) ...Et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit... Cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturus nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae neglegentiae excusseris et in unumquemque

¹⁰⁵ Schulz, *Classical Roman Law*, 198; Rosen, *Mental Illness*, 129; Israelowich, "Physicians," 449; Trenchard-Smith, "Insanity," 9-10.

¹⁰⁶ Benzer bir metin için bkz. *Dig. 9.2.5.2. (Ulpianus libro 18 ad edictum) "Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit..."* : "Ve bu yüzden soralım, eğer bir akıl hastası zararda bulunursa, *Lex Aquiliae*'nin uygulanma imkânı var mıdır? *Pegasus* bunu reddeder; zira temyiz kudretine hâiz olmayan bir kişiyi kusurlu sayabilmek nasıl mümkün olabilir? Bu tamamen doğru bir yorumdur. *Aquiliae*'dan kaynaklanan dava bir hayvanın zarara sebep olması veya bir kiremitin düşmesinde olduğu gibi uygulama alanı bulmayacaktır..."

¹⁰⁷ J. E. Spruit, "The Penal Conceptions of the Emperor Marcus Aurelius in Respect of Lunatics," *International Journal of Law and Psychiatry* 21, no. 4 (1998): 326; Cousin, *Des incapacités*, 43; Toohey, "Madness in the Digest," 456.

eorum, prout tibi levare vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. Nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui negligentiores in officio suo fuerint.

...Öte yandan, bu kişi dikkatli bir biçimde gözetim altında tutulmalı ve uygun görülen halinde zincire vurulmalıdır. Bu durum, cezalandırmayla ilgili bir husus olmaktan ziyade kendisinin ve çevresindekilerin güvenliği için gereklidir... Ancak mektubunuzdan, somut durum ve olayın işlenişi bakımından onun, kendi evinde akrabalarının gözetimi altında bulunduğu anlaşıldığından; bize göre, fiilin işleniş tarihinde gözetimle yükümlü olan kişileri çağırıp böylesine büyük bir ihmalin sebebinin araştırılması ve ilgililerin ihmali için mazur gösterecek veya arttıracak bir şey bulman halinde buna göre karar vermen uygun olacaktır. Gözetmekle yükümlü olanlar, yalnızca akıl hastasının kendisine zarar vermesini engellemekle değil; aynı zamanda başkalarının da zarara uğramasının önüne geçmekle sorumlu oldukları için görevlerini yerine getirirken büyük ihmallerde bulunmaları halinde kusurları, sorumlu olmalarını gerektirecektir.

Akıl hastaları, her ne kadar haksız fiilden dolayı sorumlu olmasalar da bu yöndeki bir davranış sonucunda zarar gören konumuna düşebilirdi. Dolayısıyla haksız fiiller sonucunda akıl hastalarının da ilgili fiilden zarar görmeleri sebebiyle alacaklı konumuna gelmeleri ihtimal dâhilindedir¹⁰⁸. Son olarak bahsi geçen kişilerin, haksız fiilden sorumlu olmamalarının yanı sıra kamu suçu olarak bilinen suçları işlemeleri halinde de ceza almayacakları belirtilmelidir. Dolayısıyla akıl hastalarının, hastalığın etkisi altında buldukları süre boyunca cezai ehliyetleri de bulunmamaktadır¹⁰⁹.

Dig. 1.18.14 (Macer libro 2 de iudiciis publicis) “Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur...”

¹⁰⁸ *Dig. 47.10.3.2 (Ulpianus libro 56 ad edictum) “Itaque pati quis iniuriam, etiamsi non sentiat, potest, facere nemo, nisi qui scit se iniuriam facere, etiamsi nesciat cui faciat.”*
: “Dolayısıyla, bir kimse, farkına varmadan zarara uğrayabilir, fakat kime karşı yapıldığını bile bilmeden, yaptığı şeyin farkında olmayanlar, zarar veremez.”

¹⁰⁹ Spruit, “Penal Conceptions,” 326.

Eğer gerçekten *Aelius Priscus*'un kalıcı şekilde aklı melekelerini kaybettiğini (*continua mentis alienatione*)¹¹⁰, tüm zihinsel yetilerinin eksik olduğunu (*omni intellectu careat*) ve annesini öldürdüğünde herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek şekilde deli taklidi yapmadığını tespit ettiysen, zaten akıl hastası olması sebebiyle yeterince ceza çektiği için verilmesi gereken cezayı dikkate almayabilirsin¹¹¹...

4. Haksız Fiil Benzerlerinden Doğan Borç İlişkileri Bakımından

Iustinianus Dönemi'nde ayrı bir borç kaynağı olarak ele alınan haksız fiil benzerlerinde (*quasi delictum*), ortada haksız fiil mevcut olmadığı halde, haksız fiile benzer borçlara neden olan olaylar söz konusudur¹¹². *Praetor*'lar haksız fiil için aranan tüm unsurların bulunmadığı bu gibi durumlarda, yalnızca zarar veya zarar tehlikesi sebebiyle bir kimseye karşı dava açılabilmesine karar vermiştir¹¹³. Bu şekilde, bir haksız fiil, doğrudan ilgili kimse tarafından işlenirse bile bu kişinin, zarar veya zarar tehlikesine dayanılarak sorumlu tutulabileceği prensibi benimsenmiştir. Hâkimin davaya bakarken tarafsız davranmaması veya usulsüzlükler yapması, bir binadan atılan ya da dökülen şeylerden dolayı yoldan geçenlerin zarara uğraması, yoldan geçen kimselere zarar verebilecek biçimde binaya bir şey asılması ya da konulması ve gemiciler (*nautae*), hancılar (*caupones*) ile ahırcıların (*stabularios*) yanında çalışan kişiler tarafından yolculara karşı *furtum* veya *damnum iniura datum* işlenmesi hallerinde haksız fiil benzeri bir borcun doğacağı kabul edilmiştir¹¹⁴.

¹¹⁰ Hukuki metinlerde daha çok bir malın mülkiyetinin veya zilyetliğinin bir kişiden bir başkasına devrini ifade etmek amacıyla kullanılan *alienatio* terimi, metaforik bir şekilde zihinsel yeteneklerin devredilmesi bir diğer ifadeyle aklı melekelerin yitirilmesi ve olayların mantıksal yönünü kavrama yetisinin kaybedilmesini belirtmek amacıyla da kullanılmıştır. Bkz. Nathan Rotenstreich, "On the Ecstatic Sources of the Concept of Alienation," *The Review of Metaphysics* 16, no. 3 (1963): 550-551.

¹¹¹ Benzer olarak bkz. *Dig.* 48.8.12 (*Modestinus libro 8 regularum*) "*Infans vel furiosus si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur...*": "Eğer bir küçük ya da akıl hastası cinayet işlerse, *Lex Cornelia* hükümleri onlara uygulanmaz..."

¹¹² Özlem Söğütü Erişgin, *Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2002), 35; Ayiter ve Koschaker, *Roma Hukukunun Ana Hatları*, 273; Buckland, *Text-Book*, 407.

¹¹³ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 323; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, 147; Rado, *Borçlar Hukuku*, 158-159.

¹¹⁴ Rado, *Borçlar Hukuku*, 158-159.

Haksız fiil benzerlerinin hukuki niteliği açısından çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından, haksız fiil benzerlerinin bir ihmal sorumluluğu olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, bunların; başkası için sorumluluk, garanti sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk hallerinden olduğu da ileri sürülmüştür¹¹⁵. Lâkin her ne kadar tüm bu varsayımlar, Post Klasik Hukuk Dönemi ve öncesindeki uygulamalar açısından ihtimal dâhilinde olsa da *Iustinianus* Döneminde, Doğu Roma Hukuk öğretisinin de etkisiyle haksız fiil benzerlerinin, kusur (*culpa*) temel alınarak ele alındığı açık bir biçimde görülmektedir¹¹⁶.

Şüphesiz, *Iustinianus* Dönemi'nde haksız fiil benzerleri açısından kusur şartı arandığı için akıl hastalarının bu gibi hallerden dolayı borçlu olabilmeleri mümkün değildir¹¹⁷. Ancak bahsi geçen dönemin öncesindeki uygulamalar açısından bazı belirsizlikler bulunmaktadır. Öncelikle akıl hastalarının, hâkim olarak seçilebilmeleri söz konusu olmadığı için bu haksız fiil benzerinden dolayı bahsi geçen kimselerin, herhangi bir dönemde sorumluluğun doğmasının olasılık dışı olduğu ifade edilmelidir¹¹⁸. Diğer haksız fiil benzerleri bakımından ise ilgili düzenlemelerin, kamu güvenliğini sağlama fonksiyonunu hâiz olmasına rağmen kanaatimizce, akıl hastalarının; ev halkını denetlemesi, güvenliği sağlayabilmek için gerekli tedbirleri alması veya yardımcı kişilerin seçiminde gerekli özeni göstermesi mümkün olmadığı için *Iustinianus* Dönemi öncesinde de haksız fiil benzerlerinden sorumlu olmaktan muaf tutulmuş olmaları muhtemeldir. Öte yandan, akıl hastasına atanan kayyımın, ihmali bulunması halinde bizzat sorumluluğunun doğacağı

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Söğütlü Erişgin, *Haksız Fiil Benzerleri*, 125-126 vd; Eric Descheemaeker, "Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law," *The Journal of Legal History* 31, no. 1 (2010): 7-8 vd; Buckland, *Text-Book*, 594.

¹¹⁶ Söğütlü Erişgin, *Haksız Fiil Benzerleri*, 144; Cousin, *Des incapacités*, 43; Descheemaeker, "Obligations quasi ex delicto," 18. Ayrıca bkz. *Dig.* 9.3.1.4 (*Ulpianus libro 23 ad edictum*) "*Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est...*" : "Bu *in factum* dava, evin malikine karşı değil, şeyin atıldığı veya döküldüğü yerde oturana karşı verilmektedir. Zira kusur (*culpa*) ona aittir..." ; *Dig.* 44.7.5.6 (*Gaius libro 3 aureorum*) "...*cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.*" : "...Bu dava herhangi bir sözleşmeye dayanarak açılmayacağından ve davalı, kötüniyetli kişilerin hizmetlerinden yararlanmak ile bir ölçüde kusurlu olduğu için haksız fiil benzerinden sorumlu olduğu kabul edilir."

¹¹⁷ Cousin, *Des incapacités*, 43.

¹¹⁸ Söğütlü Erişgin, *Haksız Fiil Benzerleri*, 39; Gazmuri, "Mentally Ill," 96.

kabul edilmiş olabilir. Yine de bu yönde elimize ulaşan birinci dereceden bir kaynak bulunmadığı için bu görüşlere ihtiyatla yaklaşmak gerekmektedir.

Akıl hastalarının, haksız fiil benzerlerinden dolayı alacaklı olabilecekleri konusunda ise herhangi bir şüphe yoktur. Söz gelimi, sokakta yürüyen bir akıl hastası üzerine çöp atılması sonucunda kişinin zarar görmesi veya gemide yolculuk edildiği bir esnada eşyalarının çalınmasında olduğu gibi onların da zarar gören sıfatıyla alacaklı konumuna gelmesi söz konusu olabilir¹¹⁹.

C. Eşya Hukuku Açısından

Son olarak, akıl hastalığına yakalanılmasının, günümüz anlamında eşya hukuku alanı açısından da çeşitli etkileri bulunmaktadır. Bu etkilerin en önemli yansımalarından biri zilyetlik ve mülkiyetin kazanılması hususunda karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere, Roma Hukuku'nda bir kimsenin herhangi bir malın zilyetliğine sahip olabilmesi için mal üzerinde fiili egemenliğe (*corpus*) ve zilyet olma iradesine (*animus*) sahip olması gerekmektedir¹²⁰. Akıl hastaları ise sağlıklı bir biçimde irade oluşturamadıkları bir başka deyişle belirli bir niyete yönelik bağımsız düşünce geliştiremedikleri için hastalıkları süresince bizzat zilyetlik elde edemezler¹²¹. Bu noktada, akıl hastalarının bir malı fiilen elde tutması, uykuda olan kişilerin eline bir eşya tutuşturulması ile aynı nitelikte görülmüştür¹²².

¹¹⁹ Cousin, *Des incapacités*, 43-44.

¹²⁰ Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2018), 22-23; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 100-101; Oğuzoğlu, *Roma Hukuku*, 170; Berki, *Roma Hukuku*, 227; Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 639-640; Di Marzo, *Roma Hukuku*, 296; Ayiter ve Koschaker, *Roma Hukukunun Ana Hatları*, 122-123.

¹²¹ Cousin, *Des incapacités*, 35. Kişinin, çeşitli mallara zilyet olduğu bir dönemde akıl hastalığına yakalanması halinde ise hâlihazırda elinde bulundurduğu eşyalar üzerinde zilyet olma niyetinden vazgeçtiği bir diğer ifadeyle bu mallar üzerinde zilyetliğin kesileceğinden bahsetmek söz konusu değildir. Nitekim sonradan ortaya çıkan akıl hastalığı, geçmişteki işlemleri etkilememekte, kişinin zilyet olma niyeti de hastalıkla birlikte ortadan kalkmamakta yalnızca bir nevi uykuya dalmaktadır. Dolayısıyla akıl hastaları da hastalık süresi boyunca mevcut malvarlıklarına zilyet kalmaya devam etmektedir. Bkz. *Dig. 41.2. 27 (Proculus libro 5 epistularum)* “*Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, eius saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere.*” : “Bir otlak arazinin zilyetliğini elinde bulunduran kişi, akıl hastalığına yakalanırsa bu durumda kaldığı süre boyunca zilyetliği kesilmez; zira akıl hastası, sahip olma niyetini kaybetmez.”

¹²² Toohey, “Madness in the Digest,” 450; Trenchard-Smith, “Insanity,” 2-3.

Dig. 41.2.1.3 (Paulus libro 54 ad edictum) “Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat...”

Bir akıl hastası veya vasisinin *auctoritas*'ı olmadan hareket eden küçük, zilyetliği elde edemez; zira uykuda olan bir kişinin eline bir şey tutuşturulmasında olduğu gibi bu kişiler her ne kadar bir malı fiziki olarak ellerinde bulundursalar da temas ettikleri nesneyi elde etmek yönünde niyetleri mevcut değildir...

Zilyetliğin elde edilmesi çoğu durumda mülkiyetin kazanılmasının da ön şartı olduğu için akıl hastalarının tek başlarına bir malın mülkiyetini elde etmesi de kural olarak mümkün olamaz. Öte yandan, akıl hastalarının gerek devralan gerekse de devreden taraf olarak mülkiyeti devir işlemlerini gerçekleştirmelerine de izin verilmemiştir. Nitekim kural olarak akıl hastasının malvarlığı açısından ilgili devir işlemlerini yalnızca kendilerine tayin edilen *curator*'lar yapabilmektedir. Bu noktada, kanuni kayımlara (*curator legitimi*), *mancipatio* ve *in iure cessio* gibi *Ius Civile*'nin şekle dayalı mülkiyeti devir işlemlerini yapabilme yetkisi de tanınmıştır¹²³.

Roma Hukuku'nda her ne kadar akıl hastalığına yakalanan kişilerin bizzat mülk iktisap edemeyecekleri kuralı geçerli olsa da bu kurala önemli bir istisna getirilmiştir. Buna göre, mülkiyetin kazanılmasında irade ve fiili egemenliğin elde edilmesinin gerekmediği durumlarda söz konusu kimselere de hukuk gereğince (*ipso iure*) mülkiyeti kazanabilme imkânı tanınmıştır¹²⁴.

¹²³ Girard, *Droit romain*, 229; Buckland, *Text-Book*, 170; Javier Rodriguez Diez, *Potestas alienandi, Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR* (Oisterwijk: WLP, 2016), 253. Ayrıca bkz. *Gai. Ins. 2.64 “Ex diuerso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum...”* : “Diğer taraftan, akıl hastasının kayyımı olan *agnatio* hısımları, XII Levha Kanunu gereğince bahsi geçen kişilerin mallarını devredebilir...” ; *Dig. 47.2.57.4. (Iulianus libro 22 digestorum) “...Sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur...”* : “Aynı şeyi, akıl hastasına tayin edilen kayyım için de söylemek gerekir. Gerçekten de kendisi bir ölçüde malik kabul edildiği için akıl hastasına ait olan malları devretmesi uygun görülmüştür...”

¹²⁴ *Ius. Ins. 3.1.3 “Sui autem etiam ignorantes fiunt heredes et, licet furiosi sint, heredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus adquiretur nobis, ex his causis et furiosis adquiri potest. et statim morte parentis quasi continuatur dominium: et ideo nec tutoris auctoritate opus est in pupillis, cum etiam ignorantibus adquiretur suis*

Bu durumların başında, mirasın iktisabı gelmekle birlikte eşya hukuku açısından *accessio* ve semere iktisabı yoluyla da akıl hastaları bir malın mülkiyetini bizzat kazanabilir¹²⁵. *Accessio* yoluyla mülkiyetin iktisap edilmesinde, bir kişi yalnızca asıl malın maliki olması sebebiyle o mal ile birleşen veya kaynaşan malların mülkiyetini kazanmaktadır¹²⁶. Bu durumda birleşen ya da kaynaşan malın mülkiyeti, asıl mala sahip olan akıl hastası açısından doğrudan doğruya kazanılmaktadır. Mülkiyetin kazanılması için irade veya fiili egemenlik kurulmasının gerekli olmadığı bir diğer durum da malik olan kişinin semere iktisabıdır. Nitekim malik veya kendisini malik sanan iyiniyetli zilyede, semereler üzerinde ayrıca zilyetlik kurmaksızın hukuken mülkiyet hakkı tanınmıştır. Bu halde de akıl hastalığına yakalanan bir kişinin akıl hastalığı süresi boyunca semerelerin mülkiyetini bizzat kazanmaya devam edeceğini ileri sürmek mümkündür¹²⁷.

Usucapio ile mülkiyetin kazanılması ise öncelikle zilyetliğin elde edilmesine bağlıdır¹²⁸. Bu bağlamda akıl hastalarında, eşyayı kendi mülküymüş gibi elde bulundurma iradesi (*animus rem sibi habendi*) mevcut olmadığı için zilyetlik kazanılamayacağından, bu kişiler açısından bizzat *usucapio* ile mülkiyet iktisap edilemez¹²⁹. Fakat kişinin, akıl hastalığı geçirmeden önce bir mala zilyet olup kazandırıcı zamanaşımı süresini başlatması halinde süreler, hastalığın meydana gelmesiyle birlikte kesilmez.

heredibus hereditas: nec curatoris consensu acquiritur furioso, sed ipso iure.” : “*Sui heredes*”ler, durumdan haberleri dahi olmadan, nitekim akıl hastası olsalar da mirasçı olabilirler. Çünkü haberimiz olmadan iktisapta bulunmamızı sağlayan sebepler, akıl hastalarının durumlarında da aynen geçerlidir. Üstelik baba vefat ettikten sonra mülkiyet âdeta devam edeceğinden bir diğer ifadeyle *sui heredes*’ler haberleri bile olmadan mirası iktisap ettiklerinden ne vesayet altındaki kişilere *auctoritas* verilmesine ne de kayyımların akıl hastalarına *consensus* vermesine gerek vardır. Zira bu kişiler *ipso iure* mirasçı olurlar.”

¹²⁵ Cousin, *Des incapacités*, 37.

¹²⁶ Karadeniz Çelebican, *Eşya Hukuku*, 149.

¹²⁷ Benzer yönde bkz. Cousin, *Des incapacités*, 37-38.

¹²⁸ Ahmet Nadi Günal, “Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 47, 1-4 (1998): 134.

¹²⁹ Ibid, 36. Ancak akıl hastaları, *peculium* verilen aile evlatları veya köleler aracılığıyla *usucapio* yoluyla da bir malın mülkiyetini kazanabilir. Bkz. *Dig.* 41.3.28 (*Pomponius libro 17 ad Sabinum*) “*Si servo furiosi vel infantis res tradita sit, usu per eum eas personas capere posse constat.*” : “Bir akıl hastası ya da çocuğa ait bir köleye mal teslim edildiye, bu kişiler köle aracılığıyla ilgili eşyayı *usucapio* ile kazanabilir.”

İlgili ihtimalde akıl hastasına, süreyi bizzat tamamlayarak malı, hakkaniyet gereğince iktisap edebilmesine izin verilmiştir¹³⁰.

Öte yandan, bizzat akıl hastasından mal satın alan kişi, satış sözleşmesi geçerli olmadığı için *usucapio* ile malın mülkiyetini kazanamaz. Nitekim alım satım sözleşmesinin geçersiz olması, *usucapio* ile mülkiyet iktisabı için aranan şartlardan biri olan hukuki sebep (*iusta causa*) unsurunun somut olayda mevcut olmadığı anlamına gelmektedir¹³¹. Ancak Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren bazı istisnai durumlarda mülkiyeti iktisap etmesi söz konusu olan kişinin aslında var olmayan fakat var olduğuna iyiniyetle inandığı bir sebebe (*causa putativa*) dayanarak bir malın mülkiyetini kazanabileceği fikri ortaya çıkmıştır. Konumuz açısından önem arz eden bu istisnai hallerden biri de gerçekte akıl hastası olan bir kişiden, onu sağlıklı bir birey zannederek mal satın alan tarafa tanınmıştır. Bu şekilde alıcının, *usucapio*'nun diğer koşullarını da sağlaması halinde akıl hastasından devraldığı malın mülkiyetini kazanabileceği kabul edilmiştir¹³².

Dig. 41.4.2.16 (Paulus libro 54 ad edictum) "Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec publiciana competit nec accessio possessionis."

Sağlıklı olduğunu düşündüğüm akıl hastasından bir mal satın alırsam her ne kadar satış sözleşmesi geçersiz olsa da *utilitatis causa*'ya dayanarak *usucapio* yoluyla malın mülkiyetini iktisap edebileceğim kararlaştırılmıştır. Fakat bu durumda gerek *actio Publiciana*'dan gerek zapta karşı korumalardan gerekse de önceki zilyetlerin sürelerinden yararlanamam¹³³.

Son olarak belirtmelidir ki *causa putativa*'ya dayanarak *usucapio* ile bir mal iktisap edilebilmesi yapılan hatanın bağışlanabilir bir maddi hata

¹³⁰ *Dig. 41.3.44.6 (Papinianus libro 23 quaestionum) "Eum, qui postea quam usucapere coepit in furorem incidit, utilitate suadente relictum est..."* : "Usucapio süresini başlatan bir kişi daha sonra akıl hastalığına yakalansa bile kalan sürenin tamamlanmasından yararlanabilir..."

¹³¹ Günal, "Kazandırıcı Zamanaşımı," 133; Karadeniz Çelebican, *Eşya Hukuku*, 190.

¹³² Ayiter ve Koschaker, *Roma Hukukunun Ana Hatları*, 155; Erdoğan, *Eşya Hukuku*, 80; Karadeniz Çelebican, *Eşya Hukuku*, 193.

¹³³ Benzer bir metin için bkz. *Dig. 41.3.13.1 (Paulus libro 5 ad Plautium) "Eum, qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est."* : "Akıl hastasından iyiniyetle bir mal alan kişinin *usucapio* ile malı iktisap edebileceği kararlaştırılmıştır."

olmasına bağlıdır. Hukuki hatada bulunanların ise *usucapio*'dan istifade edebilmeleri söz konusu değildir. Dolayısıyla kendisiyle işlem yaptığı kişinin akıl hastası olduğunu bilen ancak bu kişinin yine de geçerli bir sözleşme yapabileceğine inanan tarafın hatası dikkate alınmayacaktır¹³⁴.

SONUÇ

Akıl hastalıkları, kişinin, dış dünyayı algılayış kapasitesini etkileyen, makul surette hareket edebilme iktidarını bozan ve ayırt etme gücünü tamamen ortadan kaldıran veya önemli derecede eksiltten geçici ya da kalıcı mental rahatsızlıklardır. Günümüzde akıl hastalıklarının; şizofreni, manik atak, kleptomani, mental retardasyon, nevrotik bozukluk, paranoya, borderline gibi farklı çeşitlerinin bulunduğu kabul edilmiş; ayrıca bu rahatsızlıkların unsur ve özellikleri açısından sistematik bir tasnifleme yapılmıştır. Öte yandan, modern hukuklar bakımından da akıl hastalığı ve akıl zayıflığı farklı kavramlar olarak ele alınmıştır. Ancak Romalılar açısından, bahsi geçen kavramsal farklılıklar bilinmediği gibi akıl hastaları ile akıl zayıfları arasında da bir fark görülmemiştir. Bu noktada Roma Hukuku açısından önem arz eden yegâne husus, fiilin, ayırt etme gücünün bulunduğu bir zamanda işlenip işlenmediğidir. Bu husustan hareketle Post Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren aklı melekeleri zaman zaman geri gelebilen ve bu imkâna hiç sahip olmayan kişiler bakımından kavramsal bir farklılaşma ortaya çıkmış ve *furiosus*, *dementia*, *mente captus* gibi kelimelelere farklı anlamlar yüklenmeye başlanmıştır. Ancak her ne kadar Roma'nın son dönemlerinde kavramsal açıdan farklılaşmalar ortaya çıksa da tâbi olunan hukuki sonuçlar açısından bu ayrımların herhangi bir önemi yoktur. Bunun yanı sıra *Corpus Iuris Civilis* külliyyatında dahi bu kavramları tam anlamıyla birbirinden ayırmak mümkün değildir.

Roma Hukuku'nda akıl hastalarına, hukuki ve ticari işlerini düzenlemek, malvarlığını yönetmek, kişinin sağlığını korumak ve davalarda bizzat temsil etmek üzere kayyım (*curator furiosi*) tayin edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. XII Levha Kanunu ile birlikte *potestas* altında olmayan akıl hastalarının, hastalık belirtilerinin görülmesiyle birlikte fiil ehliyetlerinin kısıtlandığı ve ilgili semptomların görülmesi üzerine en yakın *agnatio* hısımlarının otomatik olarak kayyımlık görevine geleceği kabul edilmiştir. Ancak yalnızca bu hükümden yola çıkarak, Roma Hukuku'nun her döneminde akıl hastalarının, bir hacir kararına lüzum olmaksızın doğrudan doğruya fiil ehliyetlerinin kısıtlı olduğu sonucunun çıkarılmaması gerekir.

¹³⁴ Karadeniz Çelebican, *Eşya Hukuku*, 193.

Nitekim bu durum, sadece Eski Hukuk Dönemi ile Klasik Hukuk Dönemi açısından söz konusudur. Post Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren ise akıl hastalarına yalnızca resmi bir karar sonucunda kayyım tayin edilmesi uygun görülmüştür. Bu karar, akıl hastalığının da bir nevi resmi tespiti durumundadır. Semptomlar açısından ise belirli bir ölçü veya standart getirilmemiştir. Antik kaynaklardan, “normal” olarak kabul edilen davranış kalıplarının dışına çıkan, toplumsal açıdan kınanabilecek çeşitli fiillerin, yetkili makamlar tarafından akıl hastalığı olarak ele alınabildiği sonucuna varılmaktadır.

Akıl hastalarının fiil ehliyetinin kısıtlanmasının çeşitli hukuki sonuçları bulunmaktadır. Bu noktada özellikle belirtmelidir ki fiil ehliyetinin kısıtlanması, kişinin hak ehliyetini etkilenmemekte ve *potestas*, *manus* veya *dominium* şeklinde tezahür eden hâkimiyet ilişkileri hastalık süresince de varlığını sürdürmektedir. Ancak aile hukuku açısından kişinin; evlenme veya boşanma serbestileri ile çocukları ve köleleri üzerindeki tasarruf imkânları kısıtlanmaktadır. Borçlar hukuku açısından ise, borç kaynaklarına göre bir ayırmda bulunmak gerekir. Akıl hastalarının işledikleri fiillerin anlam ve önemini kavrayamamaları sebebiyle iradeleri hükümsüz sayılmış ve hiçbir sözleşmeye borçlu ya da alacaklı olarak taraf olabilmelerine izin verilmemiştir. Ayrıca kendilerine kusur isnat edebilmenin mümkün olmaması sebebiyle işledikleri haksız fiillerden dolayı da borç altına girmelerine imkân sağlanmamıştır. Fakat haksız fiillerden dolayı, zarar gören sıfatıyla bu kişilerin alacaklı konumuna gelmeleri söz konusu olabilir. Haksız fiil benzerlerinde de akıl hastalarının alacaklı taraf olabileceği kabul edilmekle birlikte, borçlu olup olamayacakları hususu tartışmalıdır. Kanaatimizce, *Iustinianus* Dönemi açısından bu kimselerin, haksız fiil benzerleri sebebiyle borç altına giremeyecekleri açık olmakla birlikte, Klasik Hukuk Dönemi'nde de aynı durumun söz konusu olması muhtemeldir. Son borç kaynağı olan sözleşme benzerlerinin ise konumuz açısından özel bir önemi bulunmaktadır. Nitekim sözleşme benzerleri dolayısıyla akıl hastalarının alacaklı konumuna gelebilmesi ihtimal dâhilinde olsa da diğer borç kaynaklarından farklı olarak, bu ilişkiler sonucunda akıl hastalarının borç altına girmesi de mümkündür. Gerçekten de borç ilişkisinin kurulması açısından irade gerektirmeyen tesadüfî müşterek mülkiyet ve sebepsiz zenginleşme hükümlerince bizzat akıl hastalarının da borç altına girebileceği kabul edilmiştir. Son olarak, eşya hukuku açısından fiil ehliyetinin kısıtlanması, bu kimselerin hastalık süresi boyunca bir malın mülkiyet ve zilyetliğini bizzat kazanamaması sonucunu doğurmaktadır. Ancak *accessio* ve semere iktisabında olduğu gibi irade gerektirmeyen kazanımlarda bu temel prensibe istisna getirilmiştir.

KAYNAKÇA

- Accarias, Calixte. *Précis de droit romain, Tome I*. Paris: Cotillon, 1874.
- Appleton, Charles. *Le fou et le prodigue, en droit romain*. Paris: E. Thorin&Fils, 1893.
- Aras, Bahattin. "Roma Hukukunda Evlenme ve Boşanma (Divortium)." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, 2 (2010): 215–242.
- Audibert, Adrien. "Des deux formes d'aliénation mentale reconnues par le droit romain (furor et dementia)." *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 14 (1890): 846–890.
- Ayiter, Kudret ve Koschaker, Paul. *Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları*. İzmir: Sevinç Matbaası, 1993.
- Ayiter, Kudret. *Roma Hukuku Dersleri: Aile Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1963.
- Bán, Katalin. "Madness in Seneca's Medea and Celsus's De Medicina." *Graeco-Latina Brunensia* 24, no. 1 (January 2019): 5–16.
- Berger, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1968.
- Berki, Şakir. *Roma Hukuku*. Ankara: Nur Basımevi, 1949.
- Buckland, William Warwick. *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*. Cambridge: Cambridge University Press, 1921.
- Cook, W. G. H. "Mental Deficiency and the English Law of Contract." *Columbia Law Review* 21, no. 5 (1921): 424–441.
- Cousin, Albert. *Des incapacités résultant de la folie en droit romain et en droit français*. Paris: Alphonse Derenne, 1881.
- De Jong, Hylkje. "The development of Enrichment Liability: Byzantine Law in the Teachings of the Digest of Stephanus." *Fundamina* 16, no. 1 (2010): 29–39.
- Demangeat, Charles. *Cours élémentaire de droit romain, Tome I*. Paris: Marescq aîné, 1866.
- Descheemaeker, Eric. "Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law." *The Journal of Legal History* 31, no. 1 (2010): 1–20.
- Di Marzo, Salvatore. *Roma Hukuku*. çev. Ziya Umur. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1959.
- Diez, Javier Rodriguez. *Potestas alienandi, Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR*. Oisterwijk: WLP, 2016.

- Du Plessis, Paul. *Borkowski's Textbook on Roman Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Dural, Mustafa. "Roma Hukukunda Akit Benzerleri." *İstanbul Hukuk Mecmuası* 33, 3-4 (1967): 257–272.
- Dysert, Anna. "Capturing Medical Tradition: Caelius Aurelianus' on Acute Diseases." *Hirundo* 5, no. 1 (2007): 161–173.
- Erdoğan, Belgin. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2005. (*Borçlar Hukuku*).
- Erdoğan, Belgin. *Roma Eşya Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2018. (*Eşya Hukuku*).
- Ernout, Alfred ve Meillet, Alfred. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Paris: Klincksieck, 2001.
- Evans, Elizabeth Cornelia. "Roman Descriptions of Personal Appearance in History and Biography." *Harvard Studies in Classical Philology* 46 (1935): 43–84.
- Gardner, Jane F. *Being a Roman Citizen*. London: Routledge, 1993.
- Gazmuri Susana. "The Mentally Ill in Roman Society (Late Republic and Empire)." *ARGOS* 30 (2006): 87–102.
- Girard, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris: Arthur-Rousseau, 1918.
- Gönenç, Fulya İlçin. "Roma Hukukunda Boşanma (Divortium)." *AÜEHFD* 7, 1-2 (2003): 645–654.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Günel, Ahmet Nadi. "Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 47, 1-4 (1998): 119–136.
- Güneş Ceylan Seldağ. *Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010. (*Evlenme*).
- Güneş Ceylan, Seldağ. *Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004. (*Velayet-Vesayet Hukuku*).
- Güneş Ceylan, Seldağ. "Roma Hukuku'nda Kayyımlik (Cura) Müessesesine Genel Bir Bakış." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, 1 (2004): 221–230. ("Kayyımlik").

- Hächler, Nikolas. "Galen's Observations on Diseases of the Soul and the Mind of Men." *Rosetta* 13 (2013): 53–72.
- Hilton, John. "Furor, dementia, rabies: Social displacement, madness and religion in the metamorphoses of Apuleius," *Acta Classica*, no. 3 (2009): 84–105.
- Hunter, William Alexander. *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code*. London: William Maxwell&Son, 1803.
- Israelowich, Ido. "Physicians as Figures of Authority in the Roman Courts." *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte* 63, no. 4 (2014): 445–462.
- İpek, Nurcan. "Roma Hukukunda Hısımlık." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, 1 (2015): 167–204.
- İpek, Nurcan. "Roma Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğü." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, 3 (2013): 277–290.
- Karadeniz Çelebican, Özcan. *Roma Eşya Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015. (*Eşya Hukuku*).
- Karadeniz Çelebican, Özcan. *Roma Hukuku: Tarihi, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019. (*Roma Hukuku*).
- Kaser, Max. *Roman Private Law*. çev. Rolf Dannenbring. Pretoria: Gutenberg Book Printers, 1984.
- King, Peter. "The *Cognitio* into Insanity." Doktora Tezi, University of North Carolina, 2000.
- Korkmaz, Fırat. "Roma Hukukunda Stipulatio." Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Leage, Richard ve Prichard, William. *Leage's Roman Private Law: Founded on the Institutes of Gaius and Justinian*. London: St. Martin's Press, 1961.
- May, Gaston. *Éléments de droit romain, à l'usage des étudiants des Facultés de droit*. Paris: Larose & Forcel, 1901.
- Maynz, Charles. *Cours de droit romain, précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome, Vol. I*. Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1891.
- Melville, Robert. *A Manual of the Principles of Roman Law Relating to Persons, Property, and Obligations with a Historical Introduction*. Edinburg: W Green&Son, 1921.

- Monier, Raymond. *Manuel élémentaire de droit romain, Tome I*. Paris: Domat Montchrestien, 1947.
- Mousourakis, George. *Fundamentals of Roman Private Law*. New York: Springer, 2012.
- Myers, Bob. "Drapetomania: Rebellion, Defiance and Free Black Insanity in the Antebellum United States." Doktora Tezi, University of California, 2014.
- Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit. *Roma Hukuku*. Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1959.
- Paschall, Dorothy May. "The Vocabulary of Mental Aberration in Roman Comedy and Petronius." *Language* 15, no. 1 (1939): 4–88.
- Petit, Eugène. *Traité élémentaire de droit romain*. Paris: Arthur Rousseau, 1903.
- Rado, Türkan. *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Renier, Ernest. "Observations sur la terminologie de l'aliénation mentale," *RIDA*, n°4 (1950): 429–455.
- Rosen, George. *Madness in Society: Chapters in the Historical Sociology of Mental Illness*. Chicago: University of Chicago Press, 1968.
- Rotenstreich, Nathan. "On the Ecstatic Sources of the Concept of Alienation" *The Review of Metaphysics* 16, no. 3 (1963): 550–555.
- Sachdev, Perminder. "Is It Time to Retire the Term "Dementia?." *J Neuropsychiatry Clin Neurosci* 12, no. 2 (2000): 276–279.
- Schulz, Fritz. *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon Press, 1951.
- Somer, Pervin. "Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları." *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, 2 (2002): 155–180.
- Söğütlü Erişgin, Özlem. *Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2002.
- Söğütlü, Özlem. *Roma Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Spruit, J. E. "The Penal Conceptions of the Emperor Marcus Aurelius in Respect of Lunatics." *International Journal of Law and Psychiatry* 21, no. 4 (1998): 315–333.
- Tahiroğlu, Bülent ve Erdoğan, Belgin. *Roma Hukuku Dersleri: Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2018.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- Toohy, Peter. "Madness in the Digest." İçinde *Mental Disorders in the Classical World*, ed. William Harris, 441–460. Leiden: Brill, 2013.

Trenchard-Smith, Margaret. "Insanity, Exculpation and Disempowerment in Byzantine Law." İçinde *Madness in Medieval Law and Customs*, ed. Wendy J. Turner, 1–20. Leiden: Brill, 2010.

Umur, Ziya. *Roma Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1987. (*Ders Notları*).

Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lügati*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1975. (*Lügat*).

Umur, Ziya. *Roma Hukuku: Tarihi Giriş – Kaynaklar – Umumi Mefhumlar – Hakların Himayesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1974. (*Roma Hukuku*).

Üçer, Mehmet. *Roma Hukukuna Giriş*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Yeşiller, Mehmet. "Roma Hukuku'nda Hükümsüzlük Halleri." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, 3 (2011): 77–94.

Yıldız, Sevil. "Roma Hukukunda Evlenme Engelleri." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, 2 (2020): 879–914.

Latince Metin ve Tercümelere Kullanılan Kaynaklar

Gaius. *Institutes of Roman Law*. çev. Edward Poste. Oxford: Clarendon Press, 1904.

Gaius. *Institutes*. çev. Julien Reinach. Paris: Les Belles Lettres, 1965.

Gaius. *Institutiones (Borçlar Kısmı)*. çev. Türkan Rado. İstanbul: Doğan Kardeş Yayınları, 1953.

Mommsen, Theodor ve Krueger, Paul edr. *Digesta Iustiniani Augusti*, vol. I-II. Berlin: Weidmann, 1870.

Umur, Ziya. ed. ve çev. *Iustinianus Institutiones*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968.

Watson, Alan. ed. ve çev. *Digesta Iustiniani, Vol. 1-4*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998.

"Le Portail Numérique de l'Histoire du Droit," Corpus Iuris Civilis, Erişim Tarihi 05.07.2023, http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html.

"The Roman Law Library," Iustinianus Project, Erişim Tarihi 07.07.2023, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>.

"Justinian Institutes," Ames Foundation, Erişim Tarihi 07.07.2023, <https://amesfoundation.law.harvard.edu/digital/CJCiv/Inst.pdf>.

"Classical Latin Texts," The Packard Humanities Institute, Erişim Tarihi 07.07.2023, <https://latin.packhum.org/>.

MİRASÇININ ALACAKLILARININ KORUNMASINDA MİRASIN REDDİNİN İPTALİ DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KOŞULLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Legal Nature and Conditions of the Action for the
Cancellation of the Rejection of Inheritance in the Protection
of the Heir's Creditors*

Kürşat Nuri TURANBOY*

ÖZ

Mirasın reddinin iptali davası, mirası reddeden mirasçının alacaklılarının korunmasını sağlamakta olup Türk Medeni Kanunu'nun 617. maddesinde “*Malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse; alacaklıları veya iflâs idaresi, kendilerine yeterli bir güvence verilmediği takdirde, ret tarihinden başlayarak altı ay içinde reddin iptali hakkında dava açabilirler*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu dava belli koşullarda açılabilir. Bu koşullar, alacaklılara zarar verme amacı, mirasçı borçlunun malvarlığının borcuna yetmiyor olması, güvence ve süredir. Bu koşullardan zarar verme amacı, malvarlığının yeterli olmaması ve güvence kanunda açık bir ifade ile düzenlenmemiştir ve yoruma gereksinim göstermektedir. Mirasın reddinin iptali davası, hukuki niteliği bakımından kendine özgü bir davadır. Bu davanın, İcra ve İflâs Hukukundaki tasarrufun iptali davasının Miras Hukukundaki bir uzantısı olarak kabul edilmesi gerekir. Her iki dava da borçlunun, hileli ve haksız davranışları ile alacaklıya zarar vermesini engellemektedir. Mirasın reddinin iptali davası, mirasçının alacaklılarını koruyan diğer kavramlardan koşulları ve koruduğu menfaatler bakımından farklılıklar taşımaktadır. Bu farklılıkların ortaya konulması, mirasın reddinin iptali davasının uygulama sınırlarını da belirgin hale getirecektir.

Anahtar Kelimeler: Miras, Mirasın Reddi, Mirasın Reddinin İptali Davası, Alacaklıların Korunması, Türk Medeni Kanun madde 617

Makalenin Geliş Tarihi: 05.08.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 04.10.2023.

* Prof. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: knturanboy@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-6997-4554.

ABSTRACT

The action for the cancellation of the rejection of inheritance is regulated under the Article 617 of the Turkish Civil Code. This action ensures the protection of the creditors of the heir who rejected the inheritance. This lawsuit may be filed under certain conditions. These conditions are “the purpose of harming the creditors”, “insufficiency of the assets of the heir debtor”, “guarantee” and “time” which means the period that the lawsuit can be filed. Among these conditions, the purpose to harm, insufficient assets and guarantee are not clearly regulated in the law and need interpretation. The action for cancellation of the rejection of inheritance is a unique (*sui-generis*) action in terms of its legal nature. This action in the law of inheritance should be considered as an extension of the action for cancellation of disposition in the law of execution and bankruptcy. Both actions prevent the debtor from damaging the creditor through fraudulent and unfair behaviors. This action differs from other concepts that also protect the heir's creditors in terms of its conditions and the interests it protects. The identification of these differences will also clarify the application limits of the action for the cancellation of the rejection of inheritance.

Keywords: Inheritance, Rejection of Inheritance, Action for the Cancellation of the Rejection of Inheritance, Protection of the Creditors, Article 617 of the Turkish Civil Code

I. MİRAS HUKUKUNDA MİRASÇILARIN ALACAKLILARININ VE MİRASBIRAKANIN ALACAKLILARININ HAKLARINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

Borçlar Hukukunda, alacaklı ve borçlunun menfaati, Kişiler Hukukunda kişisel hak, Eşya Hukukunda aynı hak sahibi odaklı menfaatler bulunmasına karşın, Miras Hukukunda menfaat durumu karmaşıklık gösterir. Miras Hukukunda, mirasbırakanın ölümünden önce düzenleme yapma hakkından başlayarak, mirasçılarının hakları, vasiyet alacaklısının hakkı, mirasbırakanın alacaklılarının hakları ve mirasçılarının alacaklılarının hakları gibi devam eden birçok menfaatin asli-tali ayırım yapılmadan düzenlendiğini görmekteyiz. Bu menfaatler bazen iç içe girmiş şekildedir ve bazen de Miras Hukukunun yanı sıra örneğin Borçlar Hukukunun kurallarının birlikte uygulamasını gerektirmektedir.

Miras Hukukundaki bu karmaşıklığa rağmen, kanun hükümlerinin çoğu kez yukarıda belirtilen menfaatleri birbirinden bağımsız olarak düzenlediği ve münferit menfaatleri ele aldığını da belirtmek gerekir. Örneğin, MK 617. mad.si başka hiçbir menfaati ele almadan, sadece mirasçılarının alacaklılarının menfaatini düzenlemektedir.

Mirasçılarının, kendilerine miras kaldığı ve malvarlıklarının aktifi arttığı zaman, kendi alacaklılarına karşı bu artışa eşlik edecek şekilde sorumlulukları da devam eder. Başka bir ifade ile, mirasçılarının alacaklıları, bu artıştan alacaklarını elde etmesi bakımından bir avantaj kazanmış olurlar. Bu nedenle, mirasçılarının alacaklılarının mirasbırakanın ölümünde mirasçıya intikal edecek değerinden, kendi alacakların elde etmeye ilişkin haklı bir beklentileri vardır denilebilir¹. Buradaki haklı beklentinin kaynağı esasen, alacaklıların borçlunun malvarlığındaki artıştan alacaklılara yararlanma imkanı veren Borçlar Hukuku kurallarıdır².

Buna karşın, mirasbırakanın alacaklılarının mirasçılara karşı olan haklarının temel kaynağı ise, tamamen Miras Hukukunun külli halefiyet prensibi çerçevesinde oluşmuştur. MK 599. mad.si mirasçılarının mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak (sınırsız) sorumlu olduklarını düzenlemiştir.³ Mirasbırakanın alacaklıları böylece, mirasçılarının alacaklılarının yukarıda söz edilen avantajlarına benzer olarak avantaj elde etmişlerdir. Bu avantaj, mirasbırakanın alacaklılarının hem mirasbırakanın

¹ Mirasçılar ve alacaklıları arasındaki borç ilişkisinin mutlaka mirasbırakanın ölümünden önce var olması şart değildir. Bu ilişki, mirasbırakanın ölümünden sonra da kurulmuş olabilir. Bkz. Christian Gübeli, *Gläubigerschutz im Erbrecht* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999), 35; Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), 44.

² Ancak, mirasçılarının alacaklılarının mirasçıya kalan tereke değerine ait taleplerinin hukuken gerçekleşebilmesi için, mirasın kabul edilmiş olması, ret süresinin geçmiş olamaması ve hükmen reddin şartlarının bulunmaması da gerekir. Ayrıca, birden fazla mirasçının bulunması halinde alacağın talep edilebilmesi için, borçlu mirasçının miras payının paylaşma ile malvarlığına girmiş olması gerekir. Mirasçılarının alacaklılarının ise, paylaşma talebinde bulunma hakkı yoktur. MK 648. mad.si belirli koşullarda mirasçılarının alacaklılarına istisnai olarak imkan tanımıştır. Paylaşmanın hukuki niteliği konusunda ayrıca bkz. Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1987), 676-678; Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Yayınevi, 2022), 320 vd.

³ Kişisel sorumluluk, mirasçılarının yine mirası kabul etmeleri, ret süresinin geçmiş olması veya hükmü reddin şartlarının bulunmaması halinde sözkonusu olduğunu belirtmek gerekir.

terekesinden hem de mirasçılarının malvarlığından tatmin olabilme imkanındır. Mirasçılarının, mirasbırakanın alacaklılarına karşı sorumluluklarının doğum anı esasen (mirasçılarının alacaklılarının haklarından farklı olarak) ölüm anıdır⁴.

II. MİRASÇILARIN KENDİ ALACAKLILARINA VE MİRASBIRAKANIN ALACAKLILARINA KARŞI SAHİP OLDUKLARI HUKUKİ İMKANLARA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

A. Mirasbırakanın Sağlığında Malvarlığında Serbestçe Tasarruf Edebilmesi

Mirasbırakan sağlığında herhangi bir nedenle kendi malvarlığında tasarruf edebilir. Sağlığında yaptığı tasarruflar, sağlığı zamanında bulunan özel menfaatlere ilişkin olabileceği gibi, ölümünden sonrasını ilgilendiren amaçlarla da olabilir. Örneğin, kendisine konut amaçlı olarak taşınmaz alabileceği gibi, ölümünden sonra malvarlığına ait bir değeri, borçlu olan mirasçısının alacaklılarına gitmemesi için diğer bir kimseye bağışlaması da mümkündür. Mirasbırakan bu tasarrufları sağlararası işlemlerle yapabileceği gibi, ölüme bağlı tasarruflarla da yapabilir. Örneğin, mirasçısını çıkartabilir, ya da vasiyetname ile miras dışı bırakabilir. Mirasbırakanın bu işlemleri dolayısı ile mirasçının kendi alacaklılarına karşı onu koruyan etkiye sahiptir.

Mirastan çıkarma örneğindeki çıkarma ölüme bağlı tasarrufla yapılır ve çıkarılan mirasçının mirasçılık sıfatı sona ereceğinden bu işlem mirasçının alacaklılarına zarar verebilir. Burada dikkat edilmesi gereken durum, mirasçılıktan çıkarmanın kanunda belirli koşullara bağlanmış olmasıdır.⁵ Bu

⁴ Her ne kadar ölüm sonrası borç doğması imkanı olmasa da, ölüm sonrası doğan bazı alacaklar mirasçılarının sorumluluğunu gerektirir. Mirasçılarının kendi alacaklılarına karşı ve mirasbırakanın alacaklılarına karşı sorumluluklarının yanında, Miras Hukukuna özgü olmak üzere, “*mirasın geçmesinden doğan borçlar*” olarak adlandırılan cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi giderleri, miras bırakanla birlikte yaşayanların üç aylık bakım ve geçim giderleri, mirasçı olacak ceninin nafaka ihtiyaçlı annesine yardım ödemeleri, vasiyetnamenin açılması giderleri, ergin altsoyun denkleştirme alacağını vb. içeren mirasçılarının sorumluluklarını öngören düzenlemelerini de anmak gerekir.

⁵ MK 510. mad.sine göre, saklı paylı mirasçı, miras bırakana veya miras bırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse ya da miras bırakan yahut miras bırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse, mirasçılıktan çıkartılabilir.

koşulların gerçekleşmiş olmasının dışında, mirastan çıkarmanın arka planında örneğin, alacaklıların alacağını elde etmesini engellemek amacı da bulunabilir. Doktrinde, çıkarma sebeplerinin elastiki nitelik taşıdığı ve çıkarmanın koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirli ölçüde hakimnin takdirinde bırakılmış olduğu belirtilmektedir⁶. Çıkarmanın iptalinde sözkonusu olduğunda mirastan çıkarılanın borç ödemekten aczi ya da iflası durumunda çıkarılanın çıkarılan mirasçının alacaklılarının tenkis davasını düzenleyen MK 562. mad.si hükmünün kıyasen uygulanacağını kabul eden fikrin benimsenmesi, mirasçılarının alacaklılarına başka bir yolu denemelerine izin vermemektedir^{7,8}.

Mirasbırakanın sağlığında ya da ölüme bağlı tasarruflarla malvarlığında tasarruf etmesi yolu ile alacaklılarına zarar verebilir. Kişiler malvarlıklarında diledikleri gibi tasarrufta bulunabilirler bunu sağlararası işlemlerle yapabilecekleri gibi ölüme bağlı tasarruflarla da yapabilirler. Bu işlemleri yaparken güttükleri amaç, bu işlemlerin esas olarak hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.

Ancak, sözkonusu bu tasarrufların mirasbırakanın ölümünden sonra bazı sınırlamalarla karşılaşması da mümkündür. Bilindiği gibi, buradaki sınırlamaların başında saklı pay sahibi mirasçılarının buna ilişkin haklarıdır. Mirasbırakanın saklı payları aşan kısma ilişkin tasarrufları tenkise tabidir. Alacaklıların tenkise ilişkin dava hakları MK 562. mad.sinde düzenlenmiştir. Buna göre, mirasbırakan, tasarruf edebileceği kısmı aştığında, saklı payı zedelenen mirasçı, iflası halinde iflas dairesinin veya mirasın geçtiği tarihte kendisine karşı ellerinde ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklıların ihtarına rağmen tenkis davası açmazsa, iflas idaresi veya bu alacaklılar, alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler⁹.

⁶ Bkz. Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2022), 249.

⁷ İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 254.

⁸ Koruyucu çıkarmada ise, mirasbırakan, hakkında borç ödemededen aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkartılması sözkonusudur. Bu ıskat esasen mirasçının alacaklıların aleyhine olduğu için, alacaklılar ıskata engel olmak için aciz belgesini almamayı tercih edebilirler. Bkz. Ferit Sayman, "Aciz Sebebiyle Mirastan İskat," *İstanbul Barosu Mecmuası* 13 (1939): 147.

⁹ Hükmün istisnai nitelik taşıdığı konusunda bkz. Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Cilt V, Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2022), 271. Alacaklıların tenkis talepleri alacakları ile sınırlıdır.

Tenkis hükmünün düzenleme amacı, tenkise tabi tasarruflardan çıkartılabilir. Tenkis edilecek tasarruflar, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufların yanında bazı sağlararası tasarruflardır. Bunlar MK 565. mad.sinde belirtilmiştir¹⁰.

B. Mirasbırakanın ve Mirasçılarının Tek Başlarına ya da Birlikte Yaptıkları Hukuki İşlemlerle, Alacaklara Karşı Korunmaları

Medeni Kanun'da mirasçılarının, kendi alacaklılarına ve mirasbırakanın alacaklılarına karşı korunmasını sağlamak için bazı hukuki kurum, işlem ve ilişki yöntemleri bulunmaktadır. Bunlar mirastan feragat, mirasın reddi, mirasın tutulan defter gereği kabul edilmesi ve resmi tasfiyedir. Bu korumalar, mirasçılar için doğabilecek sorumlulukları sınırlamak, doğmasını önlemek veya bu sorumlulukları ortadan kaldırmak sureti ile sağlanmaktadır. Örneğin, mirasın reddi, resmi tasfiye, mirastan feragat mirasçılarının alacaklılara karşı sorumluluklarını doğmasını önlerken, mirasın tutulan defter gereği kabul edilmesi bu sorumluluğu sınırlamaktadır.

Buradaki düzenlemeler, esas olarak mirasçılarının kendilerinin ve mirasbırakanın alacaklılarına karşı sorumluluklarına getirilmiş sınırlamalardır. Her bir düzenlemenin başlı başına bir menfaati düzenlediğini söylemek gerekir. Örneğin, mirastan feragat yapısı gereği, rızai olarak bir taraftan mirastan uzaklaştırmayı diğer taraftan da mirasçılık sıfatından önceden vazgeçmeyi içeren bir işlemdir. Feragatin ivazlı ya da ivazsız olması ek birtakım amaçları da taşır¹¹. Uygulamada güdülen amaçlar da ele alınacak olursa, terekede çok sayıda bölünmenin önüne geçmek, muhtemel bir mirasçının alacaklıların tereke değerlerini ele geçirmesini önlemek ya da herhangi bir kişisel nedenle feragat yapılabilir¹². Bu anlamda mirastan

¹⁰ Mirasbırakanın, mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya miras payına mahsuben yapmış olduğu kazandırmalar, geri verilmemek kaydıyla altsoyuna malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yaptığı kazandırmalar ya da alışılmışın dışında verilen çeyiz ve kuruluş sermayesi, miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar, mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümden önceki bir yıl içinde âdet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar ve mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar tenkise tabi sağlararası kazandırmalardır.

¹¹ İvazlı feragatte mirasçılık hakkı önceden satılmaktadır. Ya da feragat MK 529. mad.sine göre belirli kişi (kişiler) lehine yapılabilmektedir.

¹² BGE 138 III 497, mirasçılarının alacaklılarının alacaklarını elde etmesini engelleme amacı ile ilgili yapılan feragat ile ilgili değerlendirme ileride yapılacaktır.

feragat sözleşmesi, belli amaçlarla yapılması (ya da yapılması yasaklanan) koşula bağlanmış bir hukuki işlem değildir.

Sonuç olarak, mirastan feragat, mirasçı sıfatının kazanılmasını engellemektedir. Bu sözleşme, feragat eden mirasçı bakımından sağlararası bir hukuki işlem olup, mirasbırakana ve mirasçıya hem mirasçının hem diğer mirasçıların hem de mirasbırakanın ve mirasçıların alacaklılarının haklarını ölümden önce belirleme imkanı getirmektedir. Örneğin, ölümden önce yapılması sözkonusu olan bu sözleşme, mirasbırakanın ölümünden sonra mirasçının alacaklısının alacağını elde etmesine etkili olabilmektedir.

Buna karşın, kanun ivazlı feragat için, “*mirasın açılması anında tereke, borçları karşılamıyorsa ve borçlar mirasçılar tarafından da ödenmiyorsa, feragat eden ve mirasçuları, alacaklılara karşı feragat için ölümünden önceki beş yıl içinde mirasbırakandan almış oldukları karşılıktan, mirasın açılması anındaki zenginleşmeleri tutarında sorumludurlar*” hükmünü getirmiştir. (MK. 530. mad.)

Mirasçının korunmasına ilişkin bir başka örnek resmi tasfiyedir. Resmi tasfiye, ölümden sonrası safhada gerçekleşir. Resmi tasfiyenin amacı, mirasçının kişisel malvarlığı ile kendisine intikal eden tereke değerlerinin kaynaşmasının tereke borçlarının ödenmesine kadar engellenmesi (*separatio bonorum*) ve bu borçların terekeden ödenmesinin sağlanmasıdır. Bu amaç, mirasçının yararına olan bir durum olduğu gibi, hem mirasbırakanın alacaklılarının hem de mirasçının alacaklılarının yararınadır¹³. Resmi tasfiye bağımsız olarak istenebileceği gibi, mirasçının mirası reddetmekle karşılaşacağı risk ya da kabul etmekle karşılaşacağı sorumluluk riski karşısında ortalama imkan sağlayan bir resmi defter tutma sonrası kabul edilecek seçeneklerden birisidir¹⁴. Resmi tasfiyede, tereke borçları ödendikten sonra kalan miktar, mirasçılara (miras ortaklığına) aittir¹⁵.

Mirasçı, burada da herhangi özel bir amaçla resmi tasfiye talebinde bulunabilir¹⁶.

¹³ Resmi tasfiyenin mirasbırakanın alacaklıları bakımından alacaklarını terekeden alma konusunda, mirasçıların alacaklılarına da tereke borçları dolayısı ile alacaklarını tam elde edememe ihtimaline karşı koruma menfaatinden söz edilebilir.

¹⁴ Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 411; Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku*, 635.

¹⁵ Resmi tasfiye ile mirasbırakanın borçları tamamen ödendikten sonra, vasiyet alacaklılarının alacakları ödenir. Tasfiyede sona kalan tereke değeri mirasçılara verilir. Mirasçıların alacaklıları haklarını bu safhadan sonra elde edebilecektir. Bkz. Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 424.

¹⁶ İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 404.

Resmi tasfiye talebi, mirasçılara ait olmakla birlikte kanun, mirasbırakanın alacaklılarına bazı koşullar altında bu imkanı tanımaktadır¹⁷. Buna karşın mirasçıların alacaklılarının resmi tasfiye istemeleri öngörülmemiştir¹⁸. Burada, genel olarak alacaklıların durumunu düzenleyen MK 603. mad.sinin benzeri bir düzenleme bulunmaktadır.

Özellikle, mirasçının alacaklılarının resmi tasfiye haklarının olmaması, yukarıda belirtildiği gibi onların zararına olabilir. Kanunkoyucu mirasçının alacaklılarını, mirasçılar gibi aynı menfaate sahip kişiler olarak görmemiştir. Mirasçılar Miras Hukukundan doğan ret hakları ile bağdaştırılabilen resmi tasfiye hakkına sahipken, mirasçıların alacaklılarının durumu ise aynı değildir. Mirasçıların kendilerine kalan miras hakkı ile ilgili tasarrufta bulunma hakları (örneğin ret ve resmi tasfiye) olmasına karşın, mirasçının alacaklılarının tereke üzerinde doğrudan etkiye sahip olma yetkileri hukuken tanınmamıştır.

Fakat MK 612. mad.si özel bir durum olarak mirasın en yakın mirasçılarının tamamı tarafından reddi halinde kendiliğinden uygulanacak resmi tasfiye halini de düzenlemiştir. Bunun yanında, mirasın reddinin iptali halinde MK 617. mad.sine göre resmi tasfiye yapılır. Bu düzenlemeler özel haller ilişkindir ve resmi tasfiye talebi ile ilgili değildir¹⁹.

Resmi tasfiye hem mirasçı, hem de mirasbırakanın alacaklıları için mutlak nitelikli bir haktır. Miras bırakanın alacaklılarının mirasçının mirası kabulü halinde dahi talep bulunabilmesi mümkündür. Mirasbırakanın alacaklılarının MK 633. mad.sindeki koşullar altında resmi tasfiye isteyebilmesi dışında, mirasçılarının feragatte olduğu gibi herhangi bir özel amaçla resmi tasfiye isteyebilmesi mümkündür.

Görüldüğü gibi, mirasbırakan ve mirasçılarının sahip oldukları bu hukuki imkanlar karşısında, alacaklılar için menfaatlerini dengeleyen birtakım karşı

¹⁷ MK 633. mad.sine göre, mirasbırakanın alacaklıları alacaklarını elde etme konusunda endişe etmeleri halinde alacaklılarını talep etmelerine rağmen elde edememişler veya teminat da elde edilememişse ölümden veya vasiyetnamenin açılmasından itibaren üç ay içerisinde resmi tasfiye isteyebilirler.

¹⁸ Bu konudaki değerlendirme için bkz. Rona Serozan ve B. İlkay Engin, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008), 409; Gübeli, *Gläubigerschutz im Erbrecht*, 157; Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 89.

¹⁹ MK 617. mad.sinde mirasçının alacaklısının reddin iptalini isteme hakkının sonucu uygulanacak resmi tasfiye, mirasçının alacaklısının doğrudan resmi tasfiyeyi isteyememesinin dolaylı olarak giderilmesidir. Bkz. Serozan ve Ergin, *Miras Hukuku*, 409.

imkanlar da getirilmiştir. Örneğin, feragat halinde mirasçılarının sorumluluğunu tekrar getiren MK 530. mad.si, mirasın resmi deftere göre kabul edilmesinde MK 629/2. mad.si, resmi tasfiyede MK 633. mad.si, mirasın reddinde iptali hüküm olan MK 617. mad.si, saklı payın aşılması halinde uygulanan MK 562. mad.si bu imkanları sağlayan hükümlerdendir²⁰.

Miras Hukukunda alacaklıların korunması söz konusu olduğunda, burada alacaklıların menfaatlerinin yanında mirasçılarının menfaatlerinin de iç içe geçmiş bir şekilde bulunduğu görülebilir. Kişilerin çeşitli ilişkilerini düzenleyen hukuk kuralları, ilgili bütün kişilere eşit bir şekilde ve onların tüm menfaatlerini sağlayacak ölçüde düzenleme getiremez. Örneğin, Miras Hukukumuz yasal mirasçılarının miras hakkına ait beklentilerini vasiyet alacaklısına oranla daha sağlam korumaktadır. Yasal mirasçılar arasında da zümre esaslı getirilmek sureti ile farklılıklar oluşturulmaktadır. Örnekleri konuya bağlantılı olarak çoğaltabiliriz; örneğin, mirasçılarının alacaklıları da mirasbırakanın alacaklılarına göre daha çok imkana sahiptir.

Bu karmaşıklık içerisinde ulaşılabilecek sonuç, mirasçılarının ve alacaklıların korunmasına ait düzenlemelerin doğrudan ya da alternatifli olarak düzenlenmiş olması bunlar arasında asli-tali nitelik olmasına neden olmaz. Her bir düzenleme kendi koşullarına, kendilerinin getirdiği menfaatlerin korunmasına ilişkindir. Burada ulaşılan sonucun mirasın reddini iptali, davası bakımından değerlendirilmesi çalışmanın bundan sonraki kısmında değerlendirilecektir.

III. MİRASIN REDDİ

MK 599. mad.si hükmüne göre, kanuni ve atanmış mirasçılar, mirasbırakanın ölümünde külli halef olarak mirasçı olurlar. Mirasçı olabilmeleri için irade açıklamasında bulunmaları ya da ek bir hukuki işleme de gereksinim yoktur. Ancak, külli halefiyet ilkesiyle, mirasçılarının mirasçı olmayı kabul etmeye zorlandıkları da çıkarılmamalıdır²¹. Mirasçılar mirası reddederek, mirastan vazgeçebilirler. Böylece, mirasçılara mirasbırakanın bırakmış olduğu borçlardan sorumluluktan kurtulma imkanı sağlanmıştır²².

²⁰ Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 171.

²¹ Ivo Schwander, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB.)* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003), ZGB 566, N 4; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku, Cilt III* (İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2021), 430.

²² Gerçekte mirasın borca batık olması durumunda hükmen ret söz konusu olduğundan, mirasın en önemli reddi sebebi olarak alacaklılardan miras payını kurtarmak amacı

Mirasın reddi ile, ölüm anına kadar geriye dönerek hiç mirasçı olunmamış sonucu oluşur²³. Bu bakımdan, mirasın açılmasından mirasın reddi için öngörülen süresinin sona ermesine kadar, kazanılmış olan mirasçı statüsü geçicidir. Mirası reddi, yasal ve atanmış mirasçılara aittir. Vasiyet alacaklısının mirası ret hakkı bulunmamaktadır²⁴.

MK 605. mad.sine göre, mirasçılar mirası ret hakkına, mirasçı sıfatını kazanmalarından sonra sahiptirler. Başka bir ifade ile, mirasbırakan hayatta iken mirasın reddi mümkün değildir. Ayrıca, mirasın reddedilmesi kanunen mümkün olmalıdır. Yedek mirasçının ret hakkı için, vasiyetname ile atanmış mirasçının kendisinden önce ölmüş ya da mirası onun da reddetmiş olması gerekir. Yine, art mirasçı atamasında art mirasçının ret hakkı mirasın kendisine geçmesine bağlıdır²⁵. Ayrıca, mal ortaklığı rejiminde diğer eşin rızası olmadan miras reddedilemez.

Ret hakkı emredici niteliktedir ve vasiyetçi tarafından engellenemez ve mirasçı da mirastan önce ret hakkından feragat edemez²⁶. Mirasçılık sıfatı kazanıldıktan sonra ise ret hakkından feragat mümkündür²⁷.

Tam ehliyetli olmayan mirasçı ancak yasal temsilcilerinin rızasıyla mirası reddedebilir. Ret hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı hak değildir²⁸.

gösterilmektedir. Bkz. Gübeli, *Gläubigerschutz im Erbrecht*, 108. Öyle ki aşırı borçlu mirasçının mirası reddetmesinde mal kaçırma amacı karine olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, mal kaçırma amacı reddin özel ve baskın nedeni olmak durumunda değildir denkleştirmeye tabi sağlararası kazandırmayı iade yükümlüğünden kurtulma, mirastan diğer mirasçılarının yararlanmasını sağlama gibi özel amaçlar güdülmektedir. Serozan ve Ergin, *Miras Hukuku*, 386; Tarkan Göksu, *CHK- Handkommentar Zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB* (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), Art 566, N 4.

²³ Peter Tuor ve Vito Piconi, *Berner Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht 2. Abteilung: Der Erbgang Artikel 537-640 ZGB* (Bern: Stämpfli Verlag, 1966), Art 566, N 1; Ahmet Can İyilikli ve Feyza İyilikli, "Mirasın Reddi ve İptali," *Yargıtay Dergisi* 47 (Nisan 2021): 456.

²⁴ Schwander, *BSK*, Art 566, N 2; Tuor ve Piconi, *BK*, Art 566, N 2.

²⁵ Arnold Escher, *Züricher Kommentar, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640)* (Zürich: Schulthess & CO AG, 1960), Art 566, N 1.

²⁶ Escher, *ZK*, Art 566, N 7; Schwander, *BSK*, Art 566, N 2; Erhan Günay, *Miras Hukukunda Mirasçılarının Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 125.

²⁷ Göksu, *CHK*, Art 566, N 3.

²⁸ Bu konuda bkz. Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 398-399.

Mirasçı mirası reddederken, birlikte mirasçı olduğu mirasçılara veya ret sonucu onun yerini alacak mirasçılara fayda sağlamalıdır²⁹.

Mirasın reddi bozucu yenilik doğuran bir haktır. Buna göre, şarta bağlanamaz ve geri alınamaz³⁰. Geçerliliği için şekil şartı öngörülmemiştir. Mirasın reddi varması gerekli irade beyanı olup irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilir³¹.

Ret hakkı MK 606. ve 610. mad.sinde belirtilen hallerde düşer. Bunlar; üç aylık hak düşürücü sürenin geçmesi veya açık kabul beyanında bulunulması, tereke işlerine karışılması (örtülü kabul) olarak düzenlenmiştir.

Son olarak, MK 605. mad.sinde mirasbırakanın borç ödemedi aczinin belirli olması halinde mirasın reddedilmiş sayılacağına ilişkin reddin bir çeşidi olan hükmi reddi de anmamız gerekir.

IV. MİRASIN REDDİNİN İPTALİ DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Mirasın Reddi Davası ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki

Mirasın reddinin iptali davası ve onun benzeri olan İcra ve İflas Kanununda düzenlenen tasarrufun iptali davaları in *fraudem creditorum* ilkesinin bir uzantısıdır (borçlunun malvarlığı değerlerini başkasına intikal ettirmesi). Borçlunun hileli davranışları ile alacaklılarını zarara uğratmasını önlemek için getirilen bu hükümler amaçsal bakımdan aynı esastan hareket etmektedir. İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş olan tasarrufun iptali hükümleri, Medeni Kanunun düzenlemiş olduğu reddin iptalinin hükmünün tekrarı sayılabilir ve alacaklılara bir dava hakkı vermektedir. Fakat, MK 617. mad.si, tasarrufun iptali davasına göre, mirasın reddinden zarar görmüş alacaklılar için sınırlandırılmış daha bir özel bir hüküm niteliğindedir³².

İKK 280. mad.sinde düzenlenen iptal davası ve MK 617. mad.sinde düzenlenen reddin iptali davası arasındaki yakın ilişkiye, çoğunluk görüş tarafından dikkat çekilmektedir. İİK 280. mad.sinde düzenlenen ve (*actio Paulina*) olarak adlandırılan iptal davası, İcra ve İflas Hukukunda alacaklılardan mal kaçırmanın önlenmesi için düzenlenmiştir. Buna karşın

²⁹ Schwander, *BSK*, Art 578, N 8; Göksu, *CHK*, Art 578, N 1.

³⁰ Göksu, *CHK*, Art 566, N 6; BGE 129 III 395.

³¹ BGE 129 III 395.

³² Escher, *ZK*, Art 570, N 6; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 403.

MK 617. mad.si ise, özel nitelikte olup, mirasın reddi ile mirasçının, alacaklılarından mal kaçırmasının önlenmesini amaçlamıştır.

Buna karşın, her iki davada da borçlunun malvarlığının borca batık olması sözkonusudur. Alacaklıların İİK 280. maddesine göre iptal davası açabilmesi için kesin ya da geçici aciz belgesi verilmiş olması gerekir. Ancak, borçlunun malvarlığının borcunu ödemesine yetmemesi, sadece borcun vadesinde ödenmemesi ya da aciz belgesi verilmesi değildir. Medeni Kanunda mirasın reddinin iptali davasının düzenlenmesi, borca batık olma durumunu, aciz belgesi verilmesinden daha geniş olarak içine almakta, mirası reddeden mirasçının malvarlığının aktifinin pasifinden az olmasını yeterli görmektedir³³.

İcra ve İflas Kanununa göre açılan iptal davası ve mirasın reddinin iptali davası arasındaki farklar sıra ile şunlardır;

MK 617. mad.sinde, mirası reddeden mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaması yeterlidir. Malvarlığının borcunu karşılayamaması olgusunun zamansal olarak ret sırasında olması gerekir. İİK 280. maddesine göre ise, iptal davası açabilmesi için kesin ya da geçici aciz belgesi düzenlenmiş olması gerekir.

İİK 282. mad.si tasarrufun iptali davasının borçlunun yanında borçlu ile hukuki işlem yapan ya da borçlunun ödeme yaptığı kişilere ve kötüniyetli üçüncü kişilere karşı da açılabileceğini öngörmüştür³⁴. MK 617 mad.sinde ise davalı taraf bakımından bir hüküm açık olarak bulunmamaktadır.

MK 617. mad.sinde iptal davası için, alacaklıların diğer tarafa zarar verme amacını aramakta iken, İİK 280. mad.si borçlunun zarar verme kastını aramaktadır.³⁵ Bu hükme göre kastın ayrıca üçüncü kişilerce de bilinmesi gerekir (ya da bilinmesini sağlayacak açık belirtilerin olması).³⁶ MK 617.

³³ Escher, ZK, Art 578, N 1; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş: *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 526; Seda Gözde Eğilmezgil, *Miras Hukukunda Alacaklıların Durumu* (İstanbul: Platon Hukuk, 2021), 114.

³⁴ Damla Gürtürk, *İcra ve İflas Hukukunda İvazsız Tasarruflardan Dolayı İptal Davası* (Ankara: Seçkin Yayınevi 2021), 48; Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davasının Tarafları," içinde *Fırat Öztan'a Armağan, C. 2*, ed. Prof. Dr. Sabih Arkan (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 3010.

³⁵ Escher, ZK, Art 578, N 23.

³⁶ İcra ve İflas Kanununa göre açılacak iptal davalarında üçüncü kişilerin kötü niyetli olmaları sözkonusudur. Bkz. Gübeli, *Gläubigerschutz im Erbrecht*, 104; Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 137.

mad.sinde ise bu anlamda üçüncü kişi yoktur. Mirasın reddinin iptalinde, üçüncü kişi yerine mirasın reddinden yararlanacak diğer mirasçılar sözkonusudur. Bu kişilere, üçüncü kişi denilmesi doğru olmaz. Bunların da ayrıca reddeden mirasçının alacaklılarına zarar verme amacını bilmelerine gerek yoktur. Redden yararlanan mirasçıların reddeden mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamadığını bilmelerine de gerek yoktur. Mirasın reddinin iptali davası, reddeden mirasçı ve bundan yararlanan mirasçılar arasında muvazaa ya da herhangi bir gizli bir anlaşmanın varlığını da gerektirmez³⁷.

Mirasın reddinin iptali davası mirasçının reddetmesinden itibaren 6 ay içerisinde açılması gerekir. Buna karşın İİK 284. mad.sine göre, iptal davası açma süresi iptali istenen tasarrufun yapıldığı tarihten beş senedir.

Reddin iptali davasında, MK 578. mad.si yeterli güvence gösterilmesi halinde davanın engellenebilmesini öngörmektedir. Buna karşın, İcra ve İflas Kanununda düzenlenen tasarrufun iptali davasında güvence hükmü bulunmamaktadır³⁸.

Son olarak, tasarrufun iptalin davasının olumlu sonuçlanması halinde cebri icra hükümleri uygulanır Buna karşın, mirasın reddin iptali davası olumlu sonuçlandığında rehinin paraya çevrilmesi ya da cebri icra işlemleri değil, resmi tasfiye uygulanır³⁹.

Bu farklıların bulunduğu olaylarda, iki davanın şartları birbirinden farklı olduğu için, hangi davanın şartları gerçekleşmişse o davanın açılması mümkündür⁴⁰.

Her iki davanın koşulların aynı olayda gerçekleşmesi halinde ise, iki davadan birini tercih edilerek açılabilmesini kabul etmek gerekir. Buna göre, bu iki davanın yarışması mümkündür.⁴¹ Bu konuda aksi fikirde olan yazarlar

³⁷ Escher, ZK, Art 578, N 23.

³⁸ Escher, ZK, Art 578, N 23.

³⁹ Escher, ZK, Art 578, N 23; Schwander, BSK, Art 578, N 2.

⁴⁰ Bu durumda özellikle davalar için öngörülmuş süreler için dikkate alınmalıdır. Bunun yanında, zarar verme amacı veya zarar verme kastı ve borç ödemekten aciz belgesinin bulup bulunmadığı olguları davalar için aranan koşullar bakımından açılabilme şanslarını farklılaştırmaktadır.

⁴¹ Bu davalar yarışabildiği gibi terditli de açılabilir. Bkz. İdil Tuncer Kazancı ve Bahar Öcal Apaydın, "Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6 (2015): 794. Terditli davada, mirasın reddini iptalinin öncelik gösterilmesi halinde, reddeden faydalanan

da bulunmaktadır. Bir görüş; MK 617. mad.sindeki davanın, İİK 280. mad.sindeki davaya göre özel nitelik taşıdığını belirtmektedir.⁴² Benzer bir başka görüş MK 617. mad.sinin İİK 280. mad.sinden daha geniş hukuki koruma getirdiğini belirtmektedir⁴³.

B. Mirası Ret Davasının Hukuki Niteliği

Mirasın reddi hükümleri mirası reddeden mirasçı ve bu reddeden yararlanan mirasçılar için avantaj getirmişken, mirasın reddinin iptali hükümlerinde ise menfaat mirası reddeden mirasçının alacaklılarına aittir. Başka bir ifade ile, mirasçı ve alacaklılarının menfaatleri bu iki durumda tersine çevrilmiştir. Bu menfaat değişikliğinin bir nedeni, mirasın reddinin iptali davasının hukuk niteliklerinden birinin, iptal davasının dürüstlük kurallarının özel düzenlemesi olup olmaması ile de ilgilidir.

1. Mirasın Reddi Davasının Dürüstlük Kurallarının Bir Sonucu Olması

Mirasın reddinin iptalinin dürüstlük kuralına dayandırılması görüşü, mirasçının mirası reddederken alacaklılarına zarar vermek amacıyla hareket etmiş olmasına dayandırılabilir⁴⁴. Dürüstlük kurallarının öngördüğü güven ilişkisi nedeni ile, borçlundan borçlarını kendisine kalan mirasla ödemesi beklenmektedir⁴⁵.

mirasçılarının da davalı gösterilmeleri gerekir. Bu durumda alacaklı her iki dava için ortak koşul olan alacaklılara zarar verme amacını (kastını) ispatlamakla yetinecektir. Mirasın reddinin iptalinin sonuçsuz kalması halinde, alacaklıın tasarrufun iptali çerçevesinde bu amacın bilindiğine ilişkin durumu da ispatlaması gerekir. Borçlunun alacaklılara zarar verme kastıyla mirası reddetmesi halinde tasarrufun iptali davasına da açılacağına Yargıtay da olumlu bakmaktadır. Mirasın reddinin iptalinin İİK 277 vd. mad. göre açılacak itirazın iptali davasına konu edilmesi mümkün görülmesine ilişkin “...mirasın reddine dair işlemin terekenin açılmasıyla borçlunun aktifine geçecek olan mal, para vs. değerlerin karşılıksız olarak diğer mirasçılara geçişini sağlayacak oluşundan, koşullarının varlığı halinde İİK.nun 277. ve devamı maddeleri uyarınca iptale konu olabilecek tasarruflardan olduğu halde mirasın reddi işleminin iptale tabi bir tasarruf olarak kabul edilmemesi de doğru bulunmamıştır.” YHGK, E. 2010/596 K. 2010/641 T. 8.12.2010 karar için bkz. www.lexpera.com.tr.

⁴² Görüş için bkz. Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 136.

⁴³ Tuor ve Picononi, *BK*, Art 578, N 5.

⁴⁴ Bkz. Y. 14. HD, E. 2013/9472, K. 2013/11401, T. 12.9.2013, www.kazanci.com

⁴⁵ Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi, II. Cilt* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020), mad. 617, 1003.

Ekonomik durumu iyi olmayan mirasçının borcunu ödemekten kaçınması yerine, ondan beklenen davranış borcunu ödemek için gerekeni yapması ve karşılaştığı fırsatları değerlendirerek borcunu ödemeye çalışmasıdır. Alacaklılarının da borçluya kalan miras değerlerinden alacaklarını elde etmeye ilişkin haklı beklentileri vardır. Buna karşın mirasçının iyi olmayan ekonomik durumunu da kullanarak alacaklılarına zarar vermek için kendisine kalan mirası reddetmesi ise dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur⁴⁶.

Miras, mirasçı tarafından herhangi bir nedenle reddedilebilir. Mirasçının hayat felsefesi, mirasbırakanla olan ilişkileri ya da diğer mirasçılarla ilişkileri mirası ret için birçok subjektif özellikler taşıyan ret sebeplerinden olabilir. Kanun koyucu, bu sebeplerden hiç birisini reddin iptali sebebi olarak görmemiştir. Başka bir ifade ile, alacaklılara zarar verme amacı dışında herhangi bir sebeple mirasın reddi halinde, reddin iptali istenemeyecektir. Hatta, bu durumda mirasın reddinin hakkın kötüye kullanılması olduğunu ileri sürmek fiilen mümkün olmayacaktır. Kanun koyucu sadece bir durumda, mirasın reddinin iptaline imkan tanımıştır. Bu durum da, mirasçının alacaklılara zarar verme amacının bulunması ve mirası bu nedenle reddetmiş olmasıdır.

Bu durumu bir de tersinden hareket ederek değerlendirmek gerekebilir ve şu sorunun sorulması mümkündür. MK 617. mad.sindeki şartlarla mirasın reddinin iptalini düzenlememiş olsaydı, reddin iptaline ilişkin aynı sonuca MK 2. mad.sinin hükmü ile ulaşmak mümkün olabilir miydi? Mirasın reddinin iptalinin koşulu olan alacaklılara zarar verme amacının değerlendirmesinde, mirasçının reddinin alacaklılara zarar verdiğini bilmesinin zarar verme amacı koşulunun gerçekleşmesi için yeterli görülmesi, mirasın reddini iptalinin dürüstlük kurallarından kaynaklanıyor olması görüşünün doğruluğuna bir işaret oluşturmaktadır.

Mirasın reddinin dürüstlük kuralına aykırılığın özel bir düzenleme olmasının kabul edilmesi, reddin iptalinin uygulama sınırlarının genişlemesine neden olabilir mi? Uygulamada sık olarak buna ilişkin olaylar ve mahkeme kararlarına rastlamak mümkündür. Bu konuya “*mirasçının zarar verme amacı ile ilgili koşulun*” incelediği kısımda tekrar değinilecektir.

⁴⁶ Görüş için bkz. Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 113; Osman Hoşlan, “Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı,” *Yargıtay Dergisi* 18 (Ocak 1975): 319; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 372.

2. Yenilik Doğuran Dava Olması

MK 617. mad.sı mirasın reddinin iptaline ait talep hakkını dava açmak şeklinde düzenlemiştir. Reddin iptal olmasını isteyen mirasçının alacaklıları, bu haklarını dava açarak kullanabilirler. Kanunun alacaklılara ret işlemi tek taraflı irade açıklaması ile geçersiz kılma imkanı vermemesinin nedeni, alacaklıların ret işlemine çoğu kez yabancı olmaları (mirasçının mirası reddetmesini bilmemeleri ve bilecek durumda da olmamaları) ve mirasın reddi işlemi bakımından üçüncü kişi niteliğinde olmaları ile ilgilidir. Yani, mirası reddeden mirasçının alacaklılarının ret işlemi üzerinde tek başlarına yapabilecekleri bir tasarruf sözkonusu değildir. Bu yetki mahkemeye verilmiştir. Mahkeme ayrıca MK 617. mad.sinde de öngörülen diğer koşulların bulunup bulunmadığını da denetleyebilecektir⁴⁷.

Yenilik doğuran dava niteliği gereği, mahkemenin reddin iptaline karar vermesi halinde, MK 617. mad.sindeki iptalin sonuçları doğacaktır. Bu sonuç başlı başına, mirasın resmi tasfiyesi sonucudur. Resmi tasfiye mahkemenin iptal kararının zorunlu bir sonucudur⁴⁸. Reddin iptaline karar verildikten sonra, başka işleme gerek kalmaksızın resmi tasfiye yapılır^{49, 50}.

V. MİRASIN REDDİNİN İPTALİ DAVASININ KOŞULLARI

A. Mirası Reddeden Mirasçının Malvarlığının Borcuna Yetmemesi⁵¹

Burada ifade edilen mirasçı kavramına, yasal mirasçılar ve atanmış mirasçılar girmektedir. Vasiyet alacaklısı MK 617. mad.sinin kapsamına dahil edilmemiştir. Borçlar Hukuku kurallarına göre, mirasçının alacaklılarının borcunu ifa etmemiş olan borçludan alacaklarını ona kalan miras hakkından elde etmeleri mümkündür. Borçlu için henüz miras hakkı doğmadan bulunan miras beklentisi, alacaklıları borç ilişkisinin kurulmasına yöneltmesinin yanı sıra; ayrıca bu miras beklentisi borçlunun taahhütte

⁴⁷ Schwander, *BSK*, Art 578, N 5; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 373; Escher, *ZK*, Art 578, N 5.

⁴⁸ Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 130.

⁴⁹ Y. 14. HD, E. 2018/3781 K. 2019/1530 T. 21.2.2019, www.lexpera.com.tr.

⁵⁰ Yetkili mahkeme, miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesidir. Görevli mahkeme, Asliye Hukuk Mahkemesidir. Y. 14. HD, E. 2018/3781 K. 2019/1530 T. 21.2.2019, www.lexpera.com.tr.

⁵¹ Mirası reddeden mirasçının malvarlığının borca batık olması olarak da ifade edilebilir.

bulunmasına gerek olmaksızın kendiliğinden bir teminat işlevi de görmektedir⁵². Başka bir ifade ile, alacaklılar borçluya kalacak mirası bir çeşit teminat olarak değerlendirebilmektedirler. Mirasçının alacaklılarının mirasçının ret işlemine karşı korunmasının asıl dayanağı bu beklentidir. Çünkü mirasçıya kalacak miras, yasal olarak öngörülmüştür.

Buna karşın, vasiyet alacaklısından alacaklı olan kişinin, vasiyet alacaklısına miras payı düşmesine ilişkin bir beklentisi yoktur. Vasiyet alacaklısının, borçlu lehine ölüme bağlı tasarruf yapılması beklentisi aynı şeyi ifade etmemektedir. Bu nedenle, vasiyet alacaklısının reddin iptali davası açması MK 617. mad.sinde düzenlenmemiştir⁵³.

Bu koşul bakımından mirasçı kavramının açıklığa kavuşturulmasından sonraki altbaşlıkta “*malvarlığının borca yetmemesinin*” ne anlama geldiği incelenecektir.

1. Malvarlığının Borca Yetmemesi Kavramının Anlamı

Bu kavram, mirası reddeden mirasçının malvarlığının aktifinin pasifini karşılması olarak ifade edilebilir. Kendisine intikal edecek tereke değerleri söz konusu olmadan malvarlığının aktif kısmı, borçlarını karşılamayan borçlu, malvarlığının aktifini artıracak mirası da reddetmek sureti ile alacaklıların alacağını elde etmeye ilişkin şansını da engellemektedir⁵⁴.

Malvarlığının borçları karşılamaması kavramı, aciz vesikası düzenlenmesi, mirasçının iflas etmesi veya borcunu zamanında ödememek vb. durumlarda karşımıza çıkabilir. Bunlardan hangisinin gerçekleşmesinde, malvarlığının borcu karşılamaması sözkonusu olur? Malvarlığının borcunu karşılamaması kavramını açıklayabilmek için öncelikle MK 617. mad.sinin

⁵² Escher, ZK, Art 578, N 23.

⁵³ Vasiyet alacaklıların beklentisi başka bir hükümlerle korunmaktadır. Bu hüküm saklı paya ilişkin düzenlemedir. Escher, ZK, Art 578, N 2, Mirasın reddinin iptalinin davasının açılmasında ise saklı pay sahibi mirasçı olmak gerekmektedir. Ayrıca burada İcra ve İflas Kanununun tasarrufun iptaline ilişkin hükümleri de uygulanabilir. Vasiyet alacaklısının reddi haline kendisi lehine doğmuş olan bir alacaktan vazgeçilmesi söz konusudur. Bu durumda İcra ve İflas Kanundaki iptal davasının açılmasının şartları da oluşmuştur. Zaten vasiyet alacaklısının mirasın reddine ilişkin iptal davası açılmasına yol açacak MK 587. mad.si anlamında mirası ret hakkı da yoktur.

⁵⁴ Buna mirasın reddinin iptali davasının objektif koşulu denilmektedir. Bkz. Doruk Gönen, “Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının TMK mad. 617 Kapsamında Korunması,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80 (Eylül 2022): 853.

ifadesine bakmak gerekir. Burada İcra ve İflas Kanunundaki tasarrufun iptali davası için öngörülen aciz vesikası düzenlenmesi gibi bir koşulun ifade edilmediğini görmekteyiz. MK 617. mad.si sadece “malvarlığı borcuna yetmeyen” ifadesine yer vermiştir⁵⁵. Medeni Kanun, İcra İflas Kanununda olduğu gibi, malvarlığının yetmemesine ilişkin somut bir durum öngörmemiştir. Bu nedenle, kanundaki bu genel ve soyut ifadeyi yorumlamak gerekir^{56, 57}. MK 617. mad.si borçlunun iflas etmesi, aciz vesikası düzenlenmesi gibi somut belirlemeleri getirmediği için, bunlar dışında kalan durumlarda dahi reddin iptali kararı verilebilecektir. İptal davası açılan mahkemenin durumu takdir etmesi ve bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vermesi gerekmektedir. Mahkeme genel anlamda mirası reddeden mirasçının malvarlığının aktifinin pasifini karşılayamaz olup olmadığını değerlendirecektir.

2. Malvarlığının Borca Yetmemesi Anı ve Malvarlığının Hesaplanması

MK 617. mad.sinden bu anı açıkça anlamak mümkün değildir. Malvarlığı zaman içerisinde değişken bir durumdur. Bir dönem malvarlığı yeterli iken bir başka dönem bunun tersi olabilir⁵⁸.

Malvarlığının borca yetmemesi anını, uygulama ve doktrin ortak bir şekilde mirasın reddi anı olarak kabul etmektedir⁵⁹. Bu anın kabul edilmesinde alternatif seçenek, mirasın açılması anı olabilir. Mirasın açılması anında mirasçının malvarlığının yeterli olması, fakat sonradan yetersiz hale gelmesi halinde iptal davası açılmayacağı için bu seçeneğin kabul edilmesi mirasçının alacaklılarının zararına olabilir. Bu seçeneğin kabul edilmesi, mirası reddeden mirasçı aleyhine de sonuç oluşturabilir. Çünkü başlangıçta, malvarlığının yetmemesi durumu redde kadar sonradan

⁵⁵ Bu bakımdan MK 617.mad.si İcra ve İflas Kanundaki düzenlemeden daha geniştir.

⁵⁶ Tuor ve Piconi, *BK*, Art. 578, N 14.

⁵⁷ Borçlunun iflası, aciz vesikası düzenlenmiş olması halinde, malvarlığının borcuna yetmediği resmen tespit edildiği için bir kesinlik bulunur. Böyle bir durumda mirası reddetmiş borçlu için başkaca bir kıstas aranmaksızın evleviyetle iptal kararı verilmesi uygundur bkz. Gönen, “Mirası Reddeden,” 854.

⁵⁸ Ya da geçen zamanda aciz belgesi hükümsüz kalmışsa bkz. Gönen, “Mirası Reddeden,” 854.

⁵⁹ Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 144; Tuor ve Piconi, *BK*, Art 578, N 14; Hoşlan, “Mirasın Reddini İptal,” 577; İlhan Helvacı, *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 215.

düzelebilir, fakat mirasçı mirası malvarlığındaki düzelmeden sonra reddetse bile, bu redde karşı iptal davası açılabilirdi. Bu ihtimal, mirasçının alacaklılarına MK 617. mad.sinde sağlanan koruma amacına da uygun düşmeyecektir. Çünkü, malvarlığı yeterli hale gelmiş borçluya karşı iptal davası açmak artık makul bir durum oluşturmaz.

Bu nedenlerle, MK 617. mad.sinde getirilen koruma amacına uygun düşecek şekilde, malvarlığının yetmemesi olgusunun mirası ret anında mevcut olması fikri doğru kabul edilmelidir⁶⁰.

Buna karşın, malvarlığının borcuna yetmemesi anını, mirasçının alacaklılara zarar verme amacından hareket ederek mirası ret anı olarak belirlemek gerekir fikri⁶¹ ise, zarar verme amacının reddeden önce oluşmuş olması karşısında eleştirilebilir.

Mirasın reddinden sonra, önceden yeterli olan malvarlığının yetmez hale gelmesinde ise, iptal isteme hakkı olmaması gerekir. Bu durumda ayrıca, mirası reddeden mirasçının alacaklılara zarar verme amacı da bulunmaz⁶².

Mirasın reddinin iptali, muaccel olmamış, miktarı belirli olmayan veya koşula bağlı alacaklar için mümkündür. Bu durumda, muacceliyet ve koşulun gerçekleşme (muhtemel) tarihinde, mirasçının muhtemel malvarlığının buna göre değerlendirilmesi gerekir⁶³.

3. Malvarlığının Borca Yetmemesinde İspat ve İspat Yükü

Malvarlığının borca yetmediğine ilişkin ispat yükü mirasçının alacaklılarına aittir. Çünkü iptal davasını alacaklılar açmaktadır⁶⁴. Bu konuda, genel ispat yükü kuralı dışında bir durum yoktur.

⁶⁰ Bkz. Helvacı, *Mirasın Reddi*, 215.

⁶¹ Buna göre, alacaklılara zarar verme amacı ret anında mevcut olmalıdır ve bu nedenle malvarlığının borca yetmemesi ve alacaklılara zarar verme anı ile birlikte değerlendirilmelidir. Bkz. Çabri, *Miras Hukuku Şerhi*, mad. 617, 1018; Gönen, "Mirası Reddeden," 854. ve "kötüniyetle reddeden söz edilebilmesi için, reddeden mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yetmediğinin sabit olması gerekir (TMK m. 617). Onun için her şeyden önce davalı durumunda bulunan mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yeterli olup olmadığı hususunun etraflı şekilde araştırılıp tespit edilmesi zorunludur". Y. 14. HD, E. 2015/18136, K. 2017/368, T. 19.01.2017, www.lexpera.com.tr (23.07.2023).

⁶² Çabri, *Miras Hukuku Şerhi*, mad. 617, 1018.

⁶³ Hoşlan, "Mirasın Reddini İptal," 324.

⁶⁴ Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 145.

İspat aracı olarak MK 617. mad.sindeki düzenlemeden anlaşıldığı gibi, belirli bir ispat aracı da öngörülmemiştir. MK 617. mad.si aciz belgesi, iflas kararı gibi belirli ispat araçlarını kanun metninde anmamıştır. Bu nedenle, alacaklılar her türlü belge ile mirası reddeden mirasçının malvarlığının borcuna yetmediğini ileri sürebilirler. Hakim, kendisini ikna edebilecek her türlü bilgi ve belgeyi kanaatinin oluşması bakımından değerlendirebilecektir. Mirasçının alacaklıları, ispat bakımından ispat aracı (belge) sunma zorluğu ile karşılaşmaları halinde⁶⁵ ⁶⁶, örnek olarak, mirasçının icra takiplerine uğradığını, ödeme taleplerine olumlu cevap vermediğini ya da itiraz ettiğini ortaya koyarak malvarlığının borca yetmediğini ispat edebilirler⁶⁷.

B. Alacaklılara Zarar Verme Amacı

1. Zarar Verme Amacının Çerçevesi

Reddin iptali davasının kendine özgü koşulu, mirası reddeden mirasçının mirası reddini, alacaklılarını haklarından yoksun bırakma amacı ile yapmasıdır. Mirasbırakanın ret iradesinde mirasçılara zarar verme amacı olduğu için, bu koşula sübjektif koşul denilmektedir⁶⁸.

MK. 617. mad.si tek başına ve objektif bir koşul olarak, mirasın reddinden mirasçının alacaklısının zarar görmüş olmasını kabul edilmemiştir. Reddin iptali için tek başına ret ile mirasçının alacaklısının zarar görmesini yeterli görmemiz halinde, menfaat dengesinde mirası reddeden mirasçı aleyhine haksız bir düzenleme olurdu. Yani, mirasçının mirası reddettiği ve alacaklısının zarar gördüğü her bir ret otomatik olarak iptal davasına konu olurdu.

Kanun koyucu mirası reddeden mirasçının redde ilişkin hukuki durumunu daha da daraltmak istememiştir. Haklı ve kabul edilebilir bir

⁶⁵ "... Mirasçının malvarlığının borcunu ödemeye yetip yetmediğinin tespiti bankalara, tapu sicil müdürlüklerine ve trafik tescil şube müdürlüğüne yazılacak yazılarla ve zabita marifeti ile araştırma yapılarak mirasçının malvarlığının belirlenmesi mümkün olacağından ... yeterli inceleme yapılmaksızın karar verilmesinin isabetsiz olduğu ..." Y. 14. HD. T. 01.03.2016, 12652/2580, www. euyar.com (23.07.2023).

⁶⁶ Mirasçının alacaklıları çoğu kez bu zorlukla karşılaşacaklardır. Mirasçılarının alacaklıları çoğu kez mirası reddeden mirasçının üstelik ret anındaki malvarlığı durumuna yabancıdır.

⁶⁷ Helvacı, *Mirasın Reddi*, 215; Şahan Gökhan, "Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının Korunması," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (2020): 13.

⁶⁸ Escher, *ZK*, Art 578, N 4.

menfaat dengesinin olması için, miras bırakanın zarar verme amacının varlığı da aranmıştır.

Mirasçının alacaklılara zarar vermek amacı ile mirası reddetmesi halinde, bu durumun gerçekte dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu ve esasen bu nedenle mirasın reddinin iptal yaptırımına bağlandığı kabul edilmektedir (bu durumda alacaklılara zarar verme amacı ile hareket eden mirasçı için kullanılacak ifade, kötüniyetli mirasçı değil, hakkını kötüye kullanan mirasçı olmalıdır). Dürüstlük kural görüşünün dayanağı alacaklılara zarar verme amacının kınanabilir olmasıdır⁶⁹.

Doktrinde, alacaklıya zarar verme amacı, amaç ifadesinin sınırlarından taşarak daha geniş değerlendirilmektedir⁷⁰. Buna göre, ret ile alacaklılara zarar verme olgusu, mirası reddeden borçlu tarafından reddin bir sonucu olarak öngörülebiliyorsa sübjektif koşul gerçekleşmiş olacaktır. Başka bir ifade ile, mirası reddeden mirasçının alacaklılarının zarara uğradığını bilmesi ya da zarara uğrayabileceklerini öngörmesi yeterlidir^{71 72}. Böylece, reddin iptalini isteyen alacaklıların, mirası reddeden mirasçının zarar verme amacını ispatlaması gerekmeden, onun kendilerinin zarara uğrayabileceğini öngörüyor olmasını ispat etmeleri yeterli olacaktır. Alacaklılar, mirasçının zararı öngörebiliyor olmasını, onun zarar verme amacından daha kolay ispatlama imkanına sahiptirler. Alacaklılar, birçok fiili karineden de yararlanarak reddin iptalini sağlayabileceklerdir.

Burada karşılaşılabilecek başka bir sorun, mirası reddeden mirasçının gerçekte sadece mirasçılara zarar verme amacı ile değil bazen birden çok amaçla hareket edebiliyor olmasıdır. Mirasın reddi, mirasbırakanın

⁶⁹ Y. 6. HD. E. 2012/2964, K. 2012/6143, T. 18. 9.2013, www.lexpera.com (23.07.2023).

⁷⁰ MK 617. mad.si sadece “zarar verme amacı” ifadesine yer vermiştir.

⁷¹ Helvacı, *Mirasın Reddi*, 216; Gübeli, *Gläubigerschutz im Erbrecht*, 109; Escher, *ZK*, Art 578, N 4; Schwander, *BSK*, Art 578, N 8; Hoşlan, “Mirasın Reddini İptal,” 326; Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 145; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 372; Kazancı ve Apaydın, “Tasarrufun İptali,” 791; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi*, 617. mad., 1020; hatta makul bir neden olmaksızın mirasın reddi halinde reddin iptali mümkündür bkz. Y. 2. HD, E. 2009/931, K. 2010/6720, T. 06.04.2010, www.kazanci.com (23.03.2023).

⁷² Mirasın reddedilmesinde alacaklıların zarara uğrayabileceklerinin öngörülmesi dolaylı kast bulunmaktadır ve bu iptal davasının açılması için yeterlidir ve kastın yoğunluğu önem taşıyabilir değerlendirilmesi için bkz. Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 146.

terekesinden sorumlu olmamayı sağlamak, diğer mirasçılara avantaj oluşturmak ve kişisel diğer birçok amaçlarla yapılabilir. Çoğu kez bu nedenler birlikte bulunabilir. Örneğin, mirasçı, hem mirasbırakanla aralarındaki kişisel bir sorun, hem de kendi alacaklılarına zarar verme amacı ile mirası reddetmiş olabilir. Bu örnekte, mirası ret bakımından, esas olarak mirasbırakanla olan kişisel sorunlar ön planda olabileceği gibi, mirasçılar zarar verme amacı da ön planda olabilir.

Mirasçının alacaklılarından mal kaçırmaması olarak da adlandırılan alacaklılara zarar verme amacı, ret işleminin özel veya baskın nedeni olmak zorunda değildir⁷³. Böyle bir durumda mirasçının alacaklıları açacakları iptal davasında özellikle ispat bakımından zorlukla karşılaşacaklardır⁷⁴. Ayrıca birçok somut olayda, zarar verme amacının diğer amaçlara göre tali nitelik taşıdığı itirazı ile karşılaşılabilir. Böylece birçok durumda, iptal davası açma imkanı olmayacaktır. Buna karşılık, zarar verme amacının, alacaklıların zarara uğrayabileceğinin öngörülmesi olarak kabul edilmesi, zarar vermenin öngörülebildiği her olayda iptal davası açılmasına imkan sağlayacaktır.

Mirası reddeden mirasçının alacaklılara zarar verme amacının bu şekilde yorumlanması ile mirası reddetmiş mirasçının davranışının ahlaki olup olmaması da önem taşımadığı gibi, zarar verme amacının açık olması da gerekmemektedir.⁷⁵

Buna karşılık diğer bir görüş, mirasın kişisel nedenlerle mirası reddetmiş olması halinde mirasçının alacaklılara zarar verme amacının olup olmadığının buna göre ayrıca değerlendirilmesi gerekir yönündedir. Özellikle ahlaki amaçlarla mirasın reddinde, bu durumun gözardı edilmesi haksız durumlar oluşturur⁷⁶.

“Zarar verme amacı ile hareket etme” kavramının, zarar vermenin bilinebilir olması şeklinde geniş anlaşılmasının alacaklılara ispat kolaylığı sağlamasından yanında, MK 617. mad.si hükmünün uygulama alanının

⁷³ Gübeli, *Gläubigerschutz im Erbrecht*, 108; Göksu, *CHK*, Art 578, N 4; mirasçının mirası reddederken, aşırı borçlu olması halinde zarar verme amacı ile hareket ettiği kabul edilir. Bkz. Göksu, *CHK*, Art 578, N 4.

⁷⁴ Alacaklılar mirası reddeden mirasçının, mirası kişisel sebeplerle reddettiği itirazı ile karşılaşabileceklerdir.

⁷⁵ Escher, *ZK*, Art 578, N 5.

⁷⁶ Örneğin mirasçının babasının ahlaka aykırı edindiği değerleri içeren mirasını reddi hali örnek ve görüşü için, bkz. Şahan, “Alacaklılarının Korunması,” 14-15.

genişlemesini sağladığını belirtmek gerekir⁷⁷. MK 617. mad.sinde kullanılan “zarar verme amacı ile hareket etme” ifadesinin, mirası reddeden mirasçının reddin alacaklılara zarar verebileceğini öngörüyor olması şeklinde geniş anlaşılmasının dayanağı, dürüstlük kurallarının dikkate alınmasıdır. Bu fikri destekleyebilecek en iyi argüman reddin iptalini sağlayacak olaylarda “reddin alacaklılara zarar verme durumunun borçlu tarafından önceden satın alınmış olması” olarak değerlendirilebilir⁷⁸.

Mirasçının reddin alacaklılara zarar verebileceğini öngörüyor olması şeklinde yapılacak bu yorum ile alacaklılar reddin iptali hakkını kullanabilmek için çok büyük kolaylığa sahip olurlar. Alacaklılar birçok ispat aracına başvurabilir ve ayrıca mirası reddeden mirasçının itirazlarını ortadan kaldırma imkanına da sahip olurlar.

Buna karşın, mirasın hükmen reddedin koşullarını gerçekleştirmiş olması halinde reddin iptali anlamsızdır ve talep edilemez. MK. 607. mad.si mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belirli veya resmen tespit edilmiş bir

⁷⁷ Burada sözü edilen bilinebilirlik kavramı ile MK 3. mad.sinde hakların kazanılmasında iyiniyet ilkesi arasında ifade bakımından benzerlik vardır. Ancak belirtmek gerekir ki MK 617. mad.sinde iyiniyetle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. MK 3. mad.si bir hakkın kazanılması ya da hukuki bir durumun oluşmasında var olan bir hukuki engelin bilinmemesi ve bilinmesinin beklenmemesidir. Ayrıca, iyiniyete dayanarak bir hakkın kazanılması kanun hükmünde düzenlenmiş olmalıdır. MK 617. mad.si ile MK 3. mad.si arasında hiçbir ilişki bulunmamaktadır. Böyle bir ilişkinin olabilmesi için, MK 617. mad.sinde mirası reddeden mirasçının (ya da alacaklıların) iyiniyetle hareket etmesi gerektiğini öngören bir ifade olması gerekirdi. Konuyu daha iyi anlayabilmek için, ayrıca İİK 280 mad.sine değinmek gerekir. (MK 617. mad.sindeki “amaç” ve İcra ve İflas Kanununda tasarrufun iptaline ilişkin hükümlerdeki “kast” ibarelerinin farklı olmasına karşın, temelde birbiri ile uyumlu olması yanında, her iki kanunda güdülen amacın gerçekleşmesini sağlaması bakımından MK 617. mad.sinde yer alan amaç ibaresinin daha uygun olduğunu söylemek gerekir). İki hüküm arasındaki fark, İİK 280. mad.sinde zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca biliniyor ya da bilinmesini gerektirecek açık emareler ibaresinin MK 617. mad.sinde yer almamasıdır. Yine bilinmeme ya da bilinmemesinin beklenmesi İİK 280. mad.sinde işlemin karşı tarafı için söz konusu iken MK 617. mad.sinde mirası reddeden mirasçı için söz konusu olabilecektir. Buradaki farklılık, (MK 617. mad.sinde alacaklıların bilip, bilmemesinin söz konusu edilmemesine karşın, İİK 280. mad.sinde işlemin karşı tarafınca kastın bilinebilir olması) MK 617. mad.sinin uygulamada, gizli bir anlaşma da dahil olmak üzere hiç bir koşul olmadan, reddeden mirasçının zarar verebileceğini biliyor olması halini içeren her bir olayda uygulanabilmesini sağlamaktadır. Bkz. Escher, ZK, Art 578, N 5.

⁷⁸ Bu ifade için bkz. Escher, ZK, Art 578, N 4.

mirasın reddedilmiş sayılacağını öngörmektedir. Kanun düzenlenmesine göre kendiliğinden sonuç doğuran hükmen redde, zaten mirasın reddedilmesine gerek yoktur. Ret olmadığına göre, reddin iptalinden de söz edilemez. Hükmen ret olarak adlandırılan bu ret çeşidinde resmi tasfiye uygulanır ve resmi tasfiyeye kadar miras herhangi bir mirasçı tarafından kabul edilebilir. Hükmen redde konu olan bir mirasın kabul edilmesi esasen mirasbırakanın borçları ile ilgili mirasçının sorumluluğunu canlandırır. Bu da mirası kabul eden mirasçının malvarlığını alacaklılarını aleyhine de olacak şekilde azaltır. Bu durumda ise hükmen redde konu olan bir mirasın kabul edilmesinde alacaklıların zarar uğratılması ile hareket edilmesinden söz edilebilir mi sorusu ortaya çıkar. Çünkü, mirasçılardan alacaklıların elde edecekleri havuz küçülmüş olur. Bu durumda reddin iptali hükümlerine dayanarak mirasın kabul edilmesini iptali istenebilir mi? Öncelikle söylemek gerekir ki MK 617. mad. si hükmü, hükmi ret için uygun değildir. Mirasçının hükmi ret koşulları içerisinde alacaklılarını zarar uğratma amacı ile davranış olması MK 617. mad.sinin uygulanmasını sağlayacak nitelikte değildir⁷⁹.

Buna karşın, mirasçı hükmi reddin koşulları oluşmadığı halde, hükmi reddin gerçekleştiğine ilişkin mahkemenin tespit kararını hileli davranışla elde etmişse, yargılamanın iadesi yoluna gitmek gerekir⁸⁰.

Zarar verme amacı koşulu alt başlığı içerisinde, zarar verme amacı ile birlikte ayrıca mirasçılardan mirasın reddedilmiş olmasıyla zarara uğramış olmaları gerektiği de belirtilmektedir. Buna göre, mirası reddeden mirasçının alacaklıları, mirasın reddedilmemiş olması halinde mirasçının elde edeceği miras değerinden, kısmen ya da tamamen alacaklılarını elde etmemiş olduklarını ileri süreceklerdir⁸¹. Yani, reddeden dolayı zarara uğradıklarını ortaya koyacaklardır. Alacaklıların zararı bu maddi zarar ilişkindir. Zarar söz konusu olmadan reddin iptali istenemeyeceği için, bu koşul için ayrıca bir alt başlık açılması gerekli görülmemektedir.

2. Zarar Verme Amacının Zaman Bakımından Değerlendirilmesi

MK 617. mad.si, mirasçının malvarlığının borcuna yetmemesi koşulunun aranacağı an bakımından açık bir hüküm getirmediği gibi, zarar uğratma amacının aranacağı an bakımından da açık bir hüküm getirmemiştir.

⁷⁹ Helvacı, *Mirasın Reddi*, 213; Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 146; krş. Gönen, "Mirası Reddeden," 856.

⁸⁰ Bkz. Helvacı, *Mirasın Reddi*, 527 nolu dipnot, 213.

⁸¹ Bkz. Helvacı, *Mirasın Reddi*, 217; Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 147.

Mirasçının malvarlığının borcuna yetmemesinin koşulu için, bunun ret anında olmasını kabul edildiği daha önceki başlıklarda belirtilmişti. Zarar verme amacının bulunması gereken zaman bakımından ise, doktrinde bir değerlendirme yapılmamıştır.

Öncelikle, zarar verme amacının reddin sonraki ya da önceki bir zamanda değil, ret anında bulunması gerektiğini belirtmek gerekir. Ancak ret anındaki alacaklılara zarar verme amacı, esasen reddin önce (bu amaç redde kadar terkedilmemişse) oluşur. Bu şekilde oluşan zarar verme amacı redde kadar devam eder. Mirasçının alacaklıları da, mirasçının zarar verme amacını esasen bu dönemdeki olay ve olgulara dayandırarak ortaya koyarlar. Buna göre, zarar verme amacını zamansal olarak değerlendirilmesinin ilk fonksiyonu, mirasçının alacaklılarının zarar verme amacını ispatlamaları bakımından değer taşır.

Buna karşılık, ikinci olarak, mirasçının mirasbırakanla (onun sağlığında ve reddin önce) yapmış olduğu ve mirasçının alacaklılarına zarar verme amacı taşıyan diğer bazı işlemlerin mirasın reddinin iptali davasına konu edilip edilemeyeceği uygulamada davalara konu olabilmektedir. Bu durumlarda alacaklıları zarar uğratma amacı, baştan başka işlemler yapılmak sureti ile oluşmakta ve mirası reddedilmesi ile sonuçlandırılabilir.

Federal Mahkeme'nin kararına konu olan bir olayda, mirasbırakan ve bir mirasçısı mirastan feragat sözleşmesi yapmıştır. Mirastan feragat eden mirasçının alacaklıları, feragat sözleşmesinin mirasçının alacaklılarını zarar uğratma amacı ile yapıldığı ileri sürülmektedir. Bu nedenle olayda, hakkın kötüye kullanımı sayılması gereken bu feragat işlemi için, mirasın reddinin iptaline ilişkin, MK 617. mad.sinin uygulanması talep edilmiştir⁸².

Benzeri bir duruma örnek olarak, mirasbırakanın sağlığında mirasçılardan birine malvarlığı değerlerini devretmesi⁸³ diğer mirasçının ise bu işleme eşlik ederek alacaklılarını zarara uğratmak amacı ile mirası reddetmesi olarak verilebilir⁸⁴. Bu son örnekte ve benzeri olaylarda alacaklılar, miras reddedildiği için mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu kazandırmaya karşı tenkis davası açamamakta ve ayrıca bunun yanında,

⁸² BGE 138 III 497.

⁸³ Bu durumda bu mirasçının tenkis davası açmak ya da o açmıyorsa onun alacaklılarını açması mümkündür.

⁸⁴ Bu davayı Yargıtay kararlarına göre mirasçılar açabilmektedir. YİBK, E. 1972/1, K. 1974/2, T. 1.4.1974 www.lexpera.com.tr (09.07.2023).

mirası reddeden borçlu mirasçıya karşı mirasın reddinin iptali davası açsalar dahi, alacaklarını terekeden elde edebilmeleri mirasbırakanın daha önce başka bir mirasçıya yaptığı kazandırma nedeni ile engellenmiş olmaktadır. Bu örnekte, mirası reddeden mirasçının alacaklılarına zarar verme amacı reddeden çok önce hatta mirasbırakanın sağlığında oluşmaktadır. Bu durumda, alacaklılar MK 617. mad.sinde yer alan alacaklılara zarar verme amacı unsuruna dayanarak, reddin iptalinin sonuçlarını, zarar verme amacının oluştuğu ilk işlemi de (mirasbırakanın sağlararası işleme bir başka mirasçıya yaptığı kazandırma işlemi) içine alacak şekilde sağlayabilirler mi? Buna bağlı olarak, mirasın reddinin, hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilerek reddin iptaline ilişkin hükümlerin mirasbırakanın sağlararası işlemini iptalini sağlayacak şekilde uygulanması mümkün müdür sorusu sorulabilir. Mirasın reddinin iptali davasının MK 2. mad.sinin özel bir düzenlemesi olarak kabul edilmesi, bu gibi taleplerin ileri sürülmesine neden olabilir.

Her iki örnek olayda alacaklılara zarar verme amacı, mirasın mirasbırakanın ölümünden önceki dönemden başlamaktadır. Son olayda, ayrıca miras reddedilerek istenilen sonuca ulaşılmaktadır.

Sözü edilen örneklerin değerlendirilmesi ile mirasın reddinin iptali davasının hukuki niteliği konusunda fikir oluşturmak mümkündür.

Federal Mahkemenin verdiği kararda somut olaya ilişkin diğer gerekçelerinin dışında, özellikle mirasın reddinin iptalinin hukuk niteliği ve mirasçının alacaklılara zarar verme amacına ilişkin değerlendirmeleri dikkat çekicidir. Buna göre, Miras Hukuku kuralları esasen mirasçının alacaklılarına, mirasbırakanın malvarlığı üzerinde talep hakkı vermemektedir. Mirasçılar ise, mirasbırakanın malvarlığı üzerinde onun ölümünden sonra külli halef oldukları için hakları bulunmaktadır. Bu nedenle, mirasbırakanın kendi malvarlığında mirasçının alacaklılarını zarar uğraması hedefleyerek ya da bu hedef olmaksızın tasarruf etmesi mümkündür. Burada Miras Hukukunun mirasçının alacaklılarına getirdiği koruma sadece MK 562. mad.sidir.

Feragat sözleşmesinde mirasçının alacaklılarının menfaati, feragat sözleşmesi olmasaydı mirasçının elde edeceği tereke değerleri ile ilgilidir. Buna karşın mirasın reddinin iptalinde ise, bu menfaat mirasçı reddetmeseydi mirasçının elde edeceği tereke değerleri ile ilgilidir⁸⁵. Aynı

⁸⁵ BGE 138 III 497.

şekilde benzer bir değerlendirme, verilen ikinci örnek için de yapılabilir. Mirasbırakanın sağlararası işlemle yaptığı kazandırma ile ilgili diğer mirasçının(ların) alacaklılarının menfaati saklı payı aşan kısım ile ilgiliyken, mirasın reddinde ise ret olmasaydı mirasçının edineceği malvarlığı değeri ile ilgilidir. Kanun bu menfaatleri ayrı hükümlerde düzenlemiştir ve bu sonuca hakkın kötüye kullanımı değerlendirmesi olmaksızın ulaşılabilmektedir.

Bunun yanında ayrıca, mirasçının alacaklıları mirasbırakanın malvarlığı ile ilgili olası gelişmeleri kendisi hesaba almalıdır. Alacaklının durumu alacak hakkına ilişkindir ve alacak hakkı temelde belirsiz ve beklentisel nitelikte olmaz. Mirasçının miras beklentisinden vazgeçebilmesi karşısında, mirasçının alacaklılarının alacaklarını mirasçının muhtemel miras hakkından elde etme beklentileri, alacak hakkının bu özelliği nedeni ile temelsiz kalmaktadır. Mirasçı, miras beklentisinden miras açılmadan feragat sözleşmesi ile ya da miras açıldıktan sonra mirası reddederek vazgeçebilir. Bu bakımdan, alacaklının mirasbırakanın malvarlığına ilişkin beklentileri kendi alacağı için kesin bir talep hakkı vermez, sadece bir ümit verir⁸⁶.

Mirasbırakan sağlığında malvarlığında ölünceye kadar serbestçe ve dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Malvarlığına ait değerlerini elden çıkartabilir, yükümlülükler altına girebilir. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarla mirasçılar atamak yoluyla da mirasçılardan alacaklılarının zarara uğramalarına neden olması mümkündür. Görüldüğü gibi, mirastan feragat ya da feragatin geçersiz kılınmasında ya da mirasın reddi ve iptalinde veya tenkis davasında farklı menfaatler düzenlenmiştir. Bu hükümlerde mirasçının alacaklılarının korunması farklı esaslara dayandırılmıştır. Alacaklılara zarar verme amacının mirasın reddinden öncesine taşınarak bu dönemde yapılan işlemlerin geçersiz kılınması, MK 617. mad.sı hükmü ile sağlanamaz. Miras Hukukunda, mirasçının alacaklıları için getirilen her bir koruma hükmü, kendisine özgü amaç ve koşulları içermektedir.

Sonuç olarak, mirasın reddinin iptalinin, mirasçının alacaklıları koruyan diğer hükümler gibi kendisine özgü nitelik taşıdığı ve İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş olan tasarrufun iptali davasının Miras Hukukundaki uzantısı olduğu kabul edilmelidir.

⁸⁶ BGE 138 III 497; Mustafa Fadıl Yıldırım, "Miras Hakkından İvazsız Feragat Halinde Feragat Eden Mirasçının Alacaklılarının Feragatin İptalini İsteme Sorunu," *Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 18 (2014): 73.

3. Alacaklıları Zarar Uğratma Amacının İspatı

Mirasçının alacaklılarını zarar uğratma amacının ispat yükü de alacaklılara (davacılar) aittir. İspatın konusu ise, zarar uğratma amacının nasıl değerlendirileceği ile ilgilidir. Zarar uğratma amacı MK 617. mad.sinde, mirasçının alacaklıların ret nedeniyle zarar uğrayacaklarının bilincinde olması olarak anlaşılması gerektiğinden alacaklıların da bu olguyu ispatlamaları gerekir. Başka bir ifade ile, alacaklılar mirasçının mirası ret anında kendi malvarlığını borçlarına yetmediğini bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispatlayacaklardır⁸⁷.

C. Güvence Koşulu

MK 617. mad.si mirasın reddini iptalinin koşulu olarak güvence verilmesidir. Ancak, buradaki koşul, mirası reddeden mirasçının aleyhine açılacak ya da açılmış iptal davasını önlemek olarak da ifade edilebilir. Buna göre, mirası reddeden mirasçı güvence vererek alacaklıların iptal davası açma hakkını ortadan kaldıracaktır⁸⁸. Güvence sağlandıktan sonra alacaklıların reddinin iptalini istemeleri sözkonusu değildir⁸⁹.

Güvence, öncelikle iptal davasını açan alacaklının alacağına ilişkindir. Ayrıca MK 617. mad.sine göre güvence yeterli olmalıdır. İptal davasının açılabilmesi için güvencenin yeterli olması gerekir⁹⁰. Yeterli güvence ifadesinden, güvencenin miktarı (değer) ve çeşidi ile yeterli olmasının anlaşılması gerekir. Bu noktadan hareket edilerek güvencenin, reddin iptalini talep eden alacaklının alacağını karşılayacak miktarda olması gerektiği sonucuna ulaşılır.⁹¹ Mirasın reddinin iptali davasında, güvence iflas idaresi tarafından istenmişse, güvencenin iflas masasına dahil olan bütün alacakları karşılayacak miktarda olması gerekir.

Mirasçının göstereceği güvencenin türü kanunda belirtilmemiştir. Bu nedenle türlü güvence olabilir. Aynı nitelikte olan rehin ve kişisel nitelikte olan kefalet bu kapsamdadır. Mirasçının alacak için daha önceden sağlanmış olduğu güvencenin teminat değerinin azalmış olması halinde, MK 617.

⁸⁷ Helvacı, *Mirasın Reddi*, 216.

⁸⁸ Helvacı, *Mirasın Reddi*, 217; Schwander, *BSK*, Art 578, N 9; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 519; Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 146, 147.

⁸⁹ Escher, *ZK*, Art 578, N 13.

⁹⁰ Bkz. Helvacı, *Mirasın Reddi*, 217.

⁹¹ MK'nın 617. mad.si, güvencenin miktarı konusunda hakime takdir yetkisi vermektedir.

mad.sinin güvence hükmüne göre, yeterli düzeye ulaştırılması istenebilir. Mirasın reddinden önce ya da iptal davasının açılmasından önce bulunan kefalette kefilin ödeme günün azalması ya da ortadan kalkması buna örnek gösterilebilir. Güvencenin rehinle sağlanması halinde de aynı durum oluşabilir⁹². Böyle bir durumda alacaklının açacağı iptal davasında zaten bir güvencenin olduğu itirazı haksız kalacak ya da alacaklı açtığı iptal davasında güvencenin yeterli hale getirilmesini talep edebilecektir. Bütün bu durumlarda dahi (güvencenin yetersiz hale gelmesi) hakim MK 617. mad.sinde kendisine verilmiş takdir hakkına dayanarak durumu değerlendirme imkanı bulunmaktadır⁹³. Alacaklıların sağlanan güvenceyi kabul etmeleri halinde güvence koşulu da gerçekleşmiş olur⁹⁴.

İptal davasında alacaklı lehine teminat yeterli teminat olmalıdır. Örneğin kefaletle sağlanan teminatta kefilin niteliği ve ödeme gücü bu ölçüyü karşılamayabilir.

Aynı durumla, teminat değerini kaybeden ipotekle sağlanmış rehinde de karşılaşılabılır. Alacaklı burada genel (terekedeki) rehin hakkından önce kendisine verilmiş özel rehin hakkını kullanacaktır. Alacaklının her zaman rehinin yetersiz olduğunu iddia etmesi mümkündür. Bu durumda teminatın artırılması istenebilir. Teminatın miktarı, reddedilen miras hissesinin aktif kısmını karşıliyor olması gereklidir.

Güvence koşulunun yerine gelmesinde, güvencenin kim tarafından verdiğinin önemi de yoktur. Bu kişi mirası reddeden ya da reddeden yararlanan mirasçı ya da diğer mirasçılar hatta üçüncü kişi dahi olabilir. Yeterli güvence sağlanmasına karşın açılan iptal davasında ise buna itiraz edilebilir⁹⁵.

D. Dava Açma Süresi

Mirasın reddinde iptal davasını belirli sürede açmak da koşullardan birisidir. Alacaklılar mirasçının mirası reddedip etmediğini öğrenmek ve mirasçını malvarlığını alçaklarına yetip yetmediğini öğrenmeleri ve bunun

⁹² Bkz. Helvacı, *Mirasın Reddi*, 356. nolu dipnot, 217.

⁹³ Güvencenin rehin ile sağlanmış olması halinde, rehin konusunun güvence değerinin yetersiz hale gelmesini sadece rehin açık belgesi ile ispatlaması gerekir. Ancak alacaklı bu yola başvurmadan açtığı iptal davasına devam etmekte serbesttir (*Cordey*); yazar ve görüş için bkz. Helvacı, *Mirasın Reddi*, 218.

⁹⁴ Escher, *ZK*, Art 578, N 12.

⁹⁵ Escher, *ZK*, Art 578, N 13; Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 147; Gübeli, *Gläubigerschutz im Erbrecht*, 111.

için gerekli bir araştırma süresini kendilerine tanımış olması işin gerekliliğinin doğal bir sonucudur.

Bu süre MK 617. mad.sine göre, reddin itibaren 6 aydır⁹⁶. Sürenin hak düşürücü niteliktedir⁹⁷. 6 aylık süre yukarıda belirtilen amacı karşılamayacak kadar kısa olması eleştirisi karşında, sürenin kısa olmasının mirasın paylaşılmasından önceki yakın bir zamanın hedeflenerek resmi tasfiyenin zorlukla karşılaşmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir⁹⁸.

Sürenin başlangıç tarihi, MK 617. mad.sine göre reddin yapıldığı tarihtir. Kanun hükmü alacaklıların reddi öğrendiği tarihi sürenin başlama anı olarak kabul etmemiştir. Bunu kabul edilmesi, iptal davasının açılma süresine ilişkin menfaat dengesini haksız yere alacaklılar lehine bozmuş olurdu. Bu nedenle objektif bir anın kabul edilmesi gerekirdi. Kanun koyucu alacaklıların reddi öğrenebilecekleri tarihi kabul ederek bunu sağlamaya çalışmıştır.

⁹⁶ Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 515; Önceki Medeni Kanunda (mad. 557.) bu süre daha kısa ve 3 aydı. Mirasın reddi anı olarak MK 609 mad.si hükmünü esas almak gerekir. Buna göre, mahkemeye yapılan ret beyanı kütüğe kaydedildiği an kabul edilmelidir. Escher, *ZK*, Art 578, Art 13., Böylece alacaklılar için reddi öğrenmelerinin mümkün olması da başlamış olur. Bkz. Baygın *Alacaklıların Korunması*, 148.

⁹⁷ Ebrar Aydın Günal, *Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları* (İstanbul: Platon Hukuk, 2023), 120. Süre koşulunun olup olmadığı itiraz hakkının konusudur ve hakim tarafından resen dikkate alınır.

⁹⁸ Escher, *ZK*, Art 578, N 14; Eleştiriler için bkz. Baygın, *Alacaklıların Korunması*, 148'de belirtilen görüş ve kararlar.

Kaynakça

- Antalya, Gökhan. *Miras Hukuku, Cilt III*. İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Baygın, Cem. *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.
- Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi, II. Cilt*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz. *Türk Özel Hukuku, Cilt V, Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Eğilmezgil, S. Gözde. *Miras Hukukunda Alacaklıların Durumu*. İstanbul: Platon Hukuk, 2021.
- Eren, Fikret ve İpek Yücer Aktürk. *Türk Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Escher, Arnold. *Züricher Kommentar, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang Art. 537-640*. Zürich: Schulthess & CO AG, 1960.
- Gönen, Doruk. "Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının TMK mad. 617 Kapsamında Korunması." *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, no. 3 (Eylül 2022): 847-879.
- Gübeli, Christian. *Gläubigerschutz im Erbrecht*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999.
- Günel, Ebrar Aydın. *Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları*. İstanbul: Platon Hukuk, 2023.
- Günay, Erhan. *Miras Hukukunda Mirasçılarının Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması*. Ankara: Seçkin, 2019.
- Göksu, Tarkan. *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB*. Zürich: Schulthess Verlag, 2016.
- Gürtürk, Damla. *İcra ve İflas Hukukunda İvazsız Tasarruflardan Dolayı İptal Davası*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Helvacı, İlhan. *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Hoşlan, Osman. "Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı." *Yargıtay Dergisi* 18, no. 3 (Ocak 1975): 318-335.
- Kazancı, İdil Tuncer ve Bahar Öcal Apaydın. "Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 4 (2015): 775-808.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Yayınevi, 2022.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1987.
- İmre, Zahit ve Hasan Erman. *Miras Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2022.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş. *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- İyilikli, Ahmet Can ve Feyza İyilikli. "Mirasın Reddi ve İptali." *Yargıtay Dergisi* 47, no. 2 (Nisan 2021): 451-540.
- Öztaş, Bilge. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Sayman, Ferit, "Aciz Sebebiyle Mirastan İskat." *İstanbul Barosu Mecmuası* 13, no. 3 (1939): 145-169.
- Schwander, Ivo. *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB)*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003.
- Serozan, Rona ve B. İlkey Engin. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2008.
- Şahan, Gökhan. "Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının Korunması." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 1 (2020): 1-40.
- Tuor, Peter ve Vito Picononi. *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht 2. Abteilung: Der Erbgang Artikel 537-640 ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag, 1966.
- Uyar, Talih. "Tasarrufun İptali Davasının Tarafları." İçinde *Fırat Öztaş'a Armağan, C. 2*, Editör: Prof. Dr. Sabih Arkan, 3005-3070. Ankara: Turhan, 2010.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl. "Miras Hakkından İvazsız Feragat Halinde Feragat Eden Mirasçının Alacaklılarının Feragatin İptalini İsteme Sorunu." *Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 3-4 (2014): 67-76.

İnternet Kaynakları

www.euyar.com

www.kazanci.com

www.lexpera.com.tr

TACİRİN TÜKETİCİ SIFATI

The Consumer Status of Merchant

Alper UYUMAZ*
Mehmet Cemil TÜRK**

ÖZET

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesine göre tüketici, "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade eder. Hükümden, söz konusu amaç dışında hareket eden kişilerin tüketici olamayacağı anlaşılmaktadır. Ancak hükümde tacire ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda Türk hukukunda tartışmalar devam etmekte olup henüz bu konuda ortak bir sonuca varılmış değildir. Bu çalışmada tacirin tüketici sıfatı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Tacirin tüketici sıfatına ilişkin yapılan tartışmalarda ya sadece Türk hukuk öğretisi ve yargı kararlarından yararlanılarak bir sonuca ulaşılmış ya da AB hukuku ve Kıta Avrupası ülkelerinin hukukundan hareketle çözüm önerileri sunulmuştur. AB hukuku ve Kıta Avrupası ülkelerinin hukuku, Kanun'a mehz teşkil etmesi bakımından önemlidir. Bu nedenle çalışmada öncelikle söz konusu hukuklardaki durum ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte tüketici kavramının kapsamına tüzel kişilerin dâhil edilmesi, ticari iş karinesi ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesi gibi düzenlemeler Türk hukukuna özgüdür. Bu durum, konuyu Türk hukuku bakımından farklılaştırmaktadır. Bu nedenle sorunun, Türk hukukundaki pozitif düzenlemeler, özellikle Türk Ticaret Kanunu hükümleri dikkate alınarak çözüme kavuşturulması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Gerçek Kişi Tacir, Tüzel Kişi Tacir, Tüzel Kişi Tüketici, Tüketici, Tacir.

Makalenin Geliş Tarihi: 01.03.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 14.08.2023.

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: alperuyumaz@gmail.com, alperuyumaz@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8479-4642.

** Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: mcemilturk@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3503-1523.

ABSTRACT

According to Article 3 of the Consumer Protection Code, a consumer is "a natural or legal person acting for purposes which are not related to his trade or profession". It is clear that persons acting for purposes other than those mentioned cannot be consumers. However, the provision is not clear about the merchant. Discussions on this issue are still ongoing in Turkish law and a common conclusion has not yet been reached. This study attempts to clarify the consumer status of the merchant.

In the discussions, either a conclusion has been reached using only Turkish legal doctrine and judicial decisions, or a solution has been sought based on EU law and the law of continental European countries. EU law and the law of continental European countries are important because they form the basis of the Code. However, provisions such as the inclusion of legal persons within the scope of the concept of consumer and Article 19 of the Turkish Commercial Code on the presumption of commercial affairs are specific to Turkish law. Therefore, the problem should be solved by taking into account the positive provisions of Turkish law, in particular the provisions of the Turkish Commercial Code.

Keywords: Natural Person Merchant, Legal Person Merchant, Legal Person Consumer, Consumer, Merchant.

GİRİŞ

Türk hukukunda, tüketicinin korunması amacıyla 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹ kabul edilmiştir. Kanun'un kapsamı, 2. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; "*Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar.*". Bu çerçevede, Kanun'un uygulama alanının tespitinde iki kavram öne çıkmaktadır. Bunlardan biri; tüketici işlemi, diğeri ise tüketici kavramıdır.

Tüketici işlemi Kanun'un 3. maddesinde tanımlanmıştır. Bu hükme göre tüketici işlemi, "*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri*

¹ RG, 28.11.2013, S. 28835.

sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi” ifade eder (TKHK m. 3/1-1). Tanımdan görüleceği üzere, tüketici işlemi kavramının belirlenebilmesi için öncelikle tüketici kavramının belirlenmesi gerekir. Bu nedenle, Kanun’un uygulama alanının tespitinde tüketici kavramı önemli bir rol oynamaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3. maddesine göre tüketici, *“ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi”* ifade eder. Hükümden, söz konusu amaç dışında hareket eden kişilerin tüketici olamayacağı anlaşılmaktadır. Ancak hükümde, tacire ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır. Bu durum, akla şu soruları getirmektedir: Gerçek kişi tacir ve tüzel kişi tacir tüketici olabilir mi? Olursa bunlar hangi durumlarda tüketici sayılır? Türk hukukunda bu konudaki tartışmalar devam etmekte olup hâlâ öğretide ortak bir sonuca ulaşılamamıştır. Bu tartışmalarda, özellikle tüzel kişi tacirin tüketici sıfatı karmaşık bir hâl almıştır. Çalışmada, bu sorulara cevap verilmeye çalışılmıştır.

Öğretide, gerçek kişi tacirin tüketici sıfatına ilişkin yapılan çalışmalarda, sadece tacirin durumu incelenmiş; ancak tacir sayılanlar (TTK m. 12/2) ile tacir gibi sorumlu olanların (TTK m. 12/3) durumu incelenmemiştir. Aynı şekilde, uygulamada karşılaşılan ve özellikle vergi hukukuna ilişkin yükümlülüklerden kaçınma amacıyla gerçekleştirilen, gerçek kişi tacir tarafından gerçeğe aykırı beyanda bulunulması durumu da ele alınmamıştır. Tüzel kişi tacirin tüketici sıfatına ilişkin yapılan çalışmalarda ise konu genellikle ticaret şirketleri bakımından incelenmiş, amacına varmak için ticari işletme işleten dernekler ve vakıflar bakımından yeterince inceleme yapılmamıştır. Ayrıca amacına varmak için ticari işletme işleten dernekler ve vakıflar bakımından yapılan bu çalışmalarda özellikle Türk Ticaret Kanunu² m. 19 hükmü göz ardı edilerek, gerçek kişi tacirden hareketle konu açıklanmaya çalışılmıştır. Bu çalışmada, söz konusu hususlar mümkün olduğunca ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Tacirin tüketici sıfatına ilişkin yapılan tartışmalarda ya sadece Türk hukuk öğretisi ve yargı kararlarından yararlanılarak bir sonuca ulaşılmış ya da AB hukuku ve Kıta Avrupası ülkelerinin hukukundan hareketle çözüm aranmıştır. AB hukuku ve Kıta Avrupası ülkelerinin hukuku, Kanun’a mehz teşkil etmesi sebebiyle önemlidir. Bununla birlikte tüketici kavramının kapsamına *tüzel kişilerin* dâhil edilmesi, ticari iş karinesi ilişkin Türk Ticaret

² RG, 14.02.2011, S. 27846.

Kanunu m. 19’da yer alan düzenlemeler Türk hukukuna özgüdür. Bu nedenle çalışmada Türk hukukunda, AB hukukunda ve Kıta Avrupası ülkelerinin hukukunda ortaya atılan görüşler ile Türk hukukuna özgü düzenlemeler bir arada yorumlanarak sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın konusu, pozitif hukuk ile sınırlandırılmış olup çalışmada, pozitif hukuk çerçevesinde ve tümdengelim yöntemiyle tacirin tüketici sıfatı belirlenmeye çalışılmıştır. Türk hukuk öğretisinin yanında AB hukuku ile Kıta Avrupası ülkelerinden Almanya, İsviçre ve Estonya hukukuna ilişkin öğretilerden de yararlanılmıştır.

I. TÜKETİCİ VE TACİR KAVRAMLARI

A. Tüketici Kavramı

1. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Tüketici Kavramı

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3. maddesine göre tüketici, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade eder. Bu tanımın mehası, Tüketici Mallarının Satışı ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 25 Mayıs 1999 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 1999/44/EC Sayılı Yönergesinde³ yer alan tüketici tanımıdır. Söz konusu Yönerge’nin 1. maddesinde tüketici, “*Bu Yönerge kapsamındaki sözleşmelerde, tüketici, işi veya mesleği ile ilgili olmayan amaçlarla hareket eden gerçek kişiyi ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır⁴. Bu tanım, Türk hukukuna aktarılırken tanımdaki gerçek kişiye ek olarak veya bağlacı ile *tüzel kişiler* de eklenmiştir (TKHK.m.3/1, k)⁵.

Aslında, tüketici tanımının kapsamına *tüzel kişilerin* eklenmesi hukukumuzda yeni bir gelişme değildir. Mülga 4077 sayılı Tüketicinin

³ OJ L 171, 07.07.1999, p. 12-16.

⁴ 1999/44/EC Sayılı Yönerge m. 1: “... *consumer: shall mean any natural person who, in the contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are not related to his trade, business or profession;...*”.

⁵ Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C. 1 (Madde: 1-46) (İstanbul: Vedat, 2014), 17; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet, 2021), 81; Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Seçkin, 2021), 59; Özge Yenice, “Tüzel Kişilerin Tüketici Niteliği,” *LHD* 13, 156 (2015): 73; İpek Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı,” *GÜHFD XX*, 2 (2016): 111; Sezer Çabri, *6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Ankara: Adalet, 2016), 51.

Korunması Hakkında Kanun⁶ m. 3/e’de yer alan tüketici tanımında⁷ da tüketicinin “*gerçek ya da tüzel kişi*” olabileceği ifade edilmişti. Ancak *tüzel kişinin* tüketici olabileceği yönündeki bu düzenlemeler, AB Parlamentosu ve Konseyi’nin yönergeleri ile Kıta Avrupası ülkelerinin hukukuna uyumsuzluk yaratmıştır⁸.

Tüzel kişinin tüketici olabileceğinin kabulü, öncelikle Kanun’da yer alan tüketici tanımının mehzını teşkil eden Tüketici Mallarının Satışı ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 25 Mayıs 1999 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 1999/44/EC Sayılı Yönergesi ile uyumsuzdur. Zira bu Yönerge’nin 1. maddesinde, yukarıda da belirtildiği üzere tüketici *gerçek kişi* olarak tanımlanmıştır. Bu Yönerge, Malların Satışına İlişkin Sözleşmelerle İlgili Bazı Hususlar Hakkında 20 Mayıs 2019 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 2019/771 Sayılı Yönergesi⁹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2019/771 sayılı Yönerge’de, konuya ilişkin bazı değişiklikler yapılmasına karşın tüketici tanımında *kişinin niteliği* yönünden bir değişiklik yapılmamıştır. Bu Yönerge’nin 2. maddesine göre; “*tüketici, bu Yönerge kapsamındaki sözleşmelerle ilgili olarak, kendi ticareti, işi, zanaati veya mesleği dışındaki amaçlarla hareket eden gerçek kişiyi ifade eder*”¹⁰.

Benzer uyumsuzluk, Kanun’a mehz teşkil eden yönergelerden biri olan¹¹ Tüketicilere İlişkin Kredi Sözleşmeleri Hakkında 23 Nisan 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 2008/48/EC Sayılı Yönergesi¹² için de söz konusudur. Bu Yönerge’nin 3. maddesine göre; “*tüketici, bu Yönerge kapsamındaki işlemlerde, kendi ticareti, işi veya mesleği dışındaki amaçlarla hareket eden gerçek kişiyi ifade eder*”¹³.

⁶ RG, 08.03.1995, S. 22221.

⁷ Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/e: “*Tüketici: Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi, ... ifade eder*”.

⁸ H. Tamer İnal, *Tüketici Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin, 2014), 68, 73.

⁹ OJ L 136, 22.05.2019, p. 28-50.

¹⁰ 2019/771 sayılı Yönerge m. 2: “*... ‘consumer’ means any natural person who, in relation to contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside that person’s trade, business, craft or profession...*”.

¹¹ TKHK’nın Genel Gerekçesi.

¹² OJ L 133, 22.05.2008, p. 66-92.

¹³ 2008/48/EC sayılı Yönerge m. 3: “*... ‘consumer’ means a natural person who, in transactions covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession...*”.

Kıta Avrupası ülkelerinin hukukları ile de uyumsuzluk söz konusudur. Zira birçok ülkede tüketici sıfatı sadece gerçek kişilere tanınmıştır. İsviçre bu ülkelerden bir tanesidir. İsviçre’de tüketicinin korunmasına yönelik genel bir kanun bulunmamaktadır. Tüketicinin korunmasına yönelik hükümler birçok kanunda dağınık hâlde bulunur. İsviçre öğretisinde, bu durumun, tüketici kavramının dinamik yapısından kaynaklandığı ifade edilmektedir¹⁴. Bu nedenle İsviçre’de üzerinde uyushulan bir tüketici tanımı bulunmamaktadır¹⁵. Ancak öğretilerde öne sürülen farklı tüketici tanımlarına rağmen, tanımlardaki ortak husus, tüketici kavramının gerçek kişiler ile sınırlı olduğudur¹⁶. Örneğin İsviçre Tüketici Kredisi Hakkında Federal Kanun (Bundesgesetz über den Konsumkredit)¹⁷ m. 3’e göre “*tüketici, mesleki veya ticari faaliyetiyle ilişkilendirilemeyecek bir amaç için tüketici kredisi sözleşmesi akdeden gerçek kişidir*” (Artikel 3)¹⁸.

Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch)¹⁹ m. 13’e göre; “*tüketici, ağırlıklı olarak ne ticari ne de serbest meslek faaliyeti olarak sayılan amaçlarla hukuki bir işleme giren gerçek kişidir*” (§13)²⁰. Alman öğretisinde, bu hükümden hareketle sadece gerçek kişilerin tüketici sayılabileceği belirtilmektedir²¹. Buna gerekçe olarak da *ticari veya mesleki faaliyete*

¹⁴ Helmut Heiss, “Der Rechtsbegriff «Konsument»,” içinde *Grundfragen des Konsumentenrechts*, ed. Helmut Heiss ve Leander D. Loacker (Zürich: Schulthess, 2020), 90.

¹⁵ İsviçre’deki tüketici tanımlarında yer alan farklı ölçütlere ilişkin bkz. Heiss, 90-91.

¹⁶ Christine Möhler, *Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten*, ed. Jörg Schmid (Zürich: Schulthess, 2014), 16; Heiss, 91-93.

¹⁷ SR 221.214.1.

¹⁸ Bundesgesetz über den Konsumkredit Art. 3: “*Als Konsumentin oder Konsument gilt jede natürliche Person, die einen Konsum-kreditvertrag zu einem Zweck abschließt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.*”.

¹⁹ <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, E. T. 02.02.2023.

²⁰ Bürgerliches Gesetzbuch §13: “*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.*”.

²¹ Hans-W. Micklitz, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG*, ed. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg, 9. Auflage (München: C.H.Beck, 2021), § 13 N. 8; Matteo Fornasier, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I*, ed. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg, 9. Auflage

atfedilemeyen-özel alanın gerçek kişi ile bağlantılı olması gösterilmektedir²². Hatta Alman hukukunda dernek ve vakıfların, amacına varmak için ticari işletme *işletmeseler* dahi tüketici olamayacağı hem öğretide²³ hem de yargı kararlarında açıkça belirtilmektedir²⁴.

Benzer durum Fransız Tüketici Kanunu (Code de la consommation)²⁵ için de geçerlidir. Bu Kanun'da da tüketici, gerçek kişi olarak tanımlanmıştır (Article L311-1). Hem Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'unda hem de Borçlar Kanunu'nda ayrı ayrı tüketici tanımına yer verilen Estonya'da da durum benzerdir. Estonya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketici, ticari veya mesleki faaliyetleriyle ilgili olmayan amaçlarla kendisine mal veya hizmet sunulan ya da mal veya hizmeti satın alan veya kullanan *gerçek kişi* olarak tanımlanmıştır²⁶. Estonya Borçlar Kanunu'nda ise tüketici, bağımsız bir ekonomik veya mesleki faaliyetiyle ilgili olmayan bir işlem gerçekleştiren *gerçek kişi* olarak tanımlanmıştır²⁷.

AB Parlamentosu ve Konseyi yönergelerinde gerçek kişi esas alınarak tüketici tanımı yapılmasının sebebi, AB hukukunda tüketicinin *gerçek kişi*

(München: C.H.Beck, 2022), § 310 N. 74; Sebastian Martens, *BeckOK BGB*, ed. Wolfgang Hau ve Roman Poseck, 64. Edition (München: C.H.Beck, 2022), § 13 N. 24; Andrea Schmidt, "Verbraucher," içinde *Weber kompakt, Rechtswörterbuch*, ed. Klaus Weber, 7. Edition (München: C.H.Beck, 2022); Hans-Joachim Musielak ve Wolfgang Voit, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar*, 19. Auflage (München: Franz Vahlen, 2022), § 1031, N. 8; Olaf Lenkeit, *Privates Baurecht: Kommentar zu §§ 631 ff. BGB samt systematischen Darstellungen sowie Kurzkommentierungen zu VOB/B, HOAI und BauFordSiG*, ed. Burkhard Messerschmidt ve Wolfgang Voit, 4. Auflage (München: C.H.Beck, 2022), N. 11, 13.

²² Micklitz, § 13 N. 8, 13.

²³ Micklitz, § 13 N. 14; Martens, § 13 N. 25.

²⁴ Almanya'da bankacılık alanında tüketicinin korunması hakkında uzmanlaşmış bir tüketici derneğinin, tüketici olmadığı yönünde Alman Federal Mahkemesi Kararı için bkz. BGH, 23.02.2010, XI ZR 186/09 (NJW-RR 2010, s. 1712). Alman hukukunda en azından az sayıda üyesi olan ve örgütsel aygıtı bulunmayan derneklerin tüketici kapsamına alınması gerektiği yönünde bkz. Micklitz, § 13 N. 15.

²⁵ <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069565/>, E. T. 02.02.2023.

²⁶ Margus Kingisepp ve Age Värvi, "The Notion Of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive – a Significant Change Of Paradigm?," *Juridica International XVIII* (2011): 46.

²⁷ Kingisepp / Värvi, 46.

olacağı düşüncesidir²⁸. AB hukukunda tüketici, iç pazarın gerçekleştirilmesi için çalışan ve bunu yaparken de kendine güvenerek hareket eden bilgilendirilmiş gerçek kişidir²⁹. Burada tüzel kişilerin tüketici olarak kabul edilmemesinin sebebi; tüketicinin özellikle, kişisel, ailevi veya ev işlerinde kullanım gibi *ticari veya mesleki olmayan bir amaç* takip ederek işlemlerde bulunmasının tüzel kişilik kavramı ile bağdaştırılmasının mümkün olmamasıdır³⁰.

Tüketici Hakları Hakkında 25 Ekim 2011 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2011/83/EU Sayılı Yönergesi'nde³¹, Yönerge ile sağlanan korumanın tüzel kişileri kapsayacak şekilde genişletilebilmesi imkânı üye devletlere bırakılmıştır. Ancak bu imkân bir dizi Birlik ülkesi tarafından genişletilmemiş, bu ülkelerin hem pozitif hukuklarında hem de yargı kararlarında tüketici kavramı *gerçek kişiler* ile sınırlandırılmıştır³². Örneğin Alman öğretisinde bu tercih, tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi ele alınması olarak değerlendirilmiş ve Almanya'da tüzel kişiler tüketici olarak kabul görmemiştir³³.

Ayrıca AB'de hukuki bir uyumlaştırmaya temel teşkil edecek genel medenî hukuk kuralları bulunmadığından, Birlik hukukunda tüzel kişinin tanımı da bulunmamaktadır³⁴. Durum böyle olunca tüzel kişiden ne anlaşılması gerektiği her ülkenin kendi tercihlerine göre belirlenmekte olup ortak bir tüzel kişi tanımı söz konusu değildir. Ancak buna rağmen dernek ve vakıfların, AB hukukunda kabul gören tüketici kavramının kapsamına girmediği açıkça ifade edilmelidir³⁵.

²⁸ Micklitz, § 13 N. 3; Fornasier, § 310 N. 74. AB hukukunda tüzel kişilerin tüketici olarak görülmediği ve tüketici kavramının sadece gerçek kişilerle sınırlandırıldığı; tüketici hukuku alanındaki yeni gelişmelerin AB hukukunda bu konuda bir paradigma değişikliği yaratmadığı yönünde bkz. Kingisepp / Vär, 48-49.

²⁹ Micklitz, § 13 N. 3.

³⁰ Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)," *AÜHFD* 50, 1 (2001): 72.

³¹ OJ L 304, 22.11.2011, p. 64-88.

³² Kingisepp / Vär, 48. Bu yaklaşımın öğretisi tarafından da desteklendiği yönünde bkz. Kingisepp / Vär, 48.

³³ Micklitz, § 13 N. 14.

³⁴ Micklitz, § 13 N. 14.

³⁵ Micklitz, § 13 N. 14; Fornasier, § 310 N. 74.

AB hukukunun bu yaklaşımı, yukarıda verilen Almanya, Fransa ve Estonya örneklerinden görüleceği üzere Birlik ülkelerinin hukuklarına hatta Birlik'te yer almayan İsviçre hukukuna dahi yansımıştır. Zira Birlik ülkelerinin ulusal düzenlemeleri, sadece ülke içindeki kuralları yeknesaklaştırmayı değil, aynı zamanda AB hukukunun gerekliliklerini de yerine getirmeyi amaçlamaktadır³⁶. Dolayısıyla AB ülkelerinin kanunlarında yer alan tüketici tanımları ile AB Parlamentosu ve Konseyi yönergelerindeki tüketici tanımları birbiriyle örtüşmektedir³⁷.

Söz konusu uyumsuzluklar çerçevesinde, tüzel kişilerin tüketici sıfatının belirlenmesi Türkiye'ye özgü bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle sorunun, Türk hukukundaki düzenlemeler dikkate alınarak çözüme kavuşturulması gerekir. Ayrıca öğretilerde tüzel kişilerin tüketici sıfatının istisnai olması gerektiği belirtilmektedir³⁸. Bu husus, tüzel kişilerin tüketici sıfatının belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

2. Tüketici Sıfatının Belirlenmesinde Amaç Unsuru

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketici sıfatının belirlenmesinde, “amaç” unsurundan hareket edilmiştir³⁹. Tanımın esas unsuru da budur⁴⁰. Buna göre tüketici, “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla” hareket etmelidir⁴¹. Başka bir deyişle tüketici, özel bir amaçla

³⁶ Micklitz, § 13 N. 1.

³⁷ Micklitz, § 13 N. 4.

³⁸ Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi,” *MÜHF – HAD* 22, 3 (Cevdet Yavuz'a Armağan) (2016): 404; Gümüş, 17, 30.

³⁹ Erden Kuntalp, “Finansal Kiralama Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketim ve Yatırım Malı Ayrımı,” içinde *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1998), 308; Aydoğdu / Kahveci, 74; İlhan Kara, *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku* (Ankara: Engin, 2015), 57; Şebnem Akipek Öcal ve İlhan Kara, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Ankara: Yetkin, 2021), 25; Bahtiyar / Biçer, 400; Mehmet Akif Tutumlu, “Tüketici Davaları Bakımından Tüketici Kavramı,” *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, 1 (2016): 181, 182; Ömer Faruk İlgin, *Tüketici İşlemleri Hukuku* (İstanbul: Legal, 2021), 2.

⁴⁰ Renan Baykan, *Tüketici Hukuku, Mevzuata İlişkin Yorum – Eleştiri – Öneri* (İstanbul: İstanbul Ticaret Odası, 2004), 33.

⁴¹ TKHK m. 51/9'a göre; “Ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilir.”. Bu hüküm, kişinin tüketici olabilmesi için ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi gerektiği yönündeki TKHK m. 3/1-k'nın istisnasıdır.

hareket etmeli, yani kişisel, ailevi veya özel kullanıma özgü bir amaç gütmelidir⁴². Kişinin sürekli bir ticari faaliyet içinde bulunmaksızın kâr elde etmesi, arızı bir kazanım sağlaması ticari amaç olarak değerlendirilemez⁴³.

Bu tanım, modern tüketici hukukuna hâkim olan amaç teorisinin bir yansımasıdır⁴⁴. Bu teoriye göre, özel hukuk kapsamında yer alan özel nitelikli kuralların somut olaya uygulanmasında belirleyici kıstas tarafların işlem iradesidir⁴⁵. Bu teoride tüketici, hukuki işlem ile ulaşmak istediği amaç sebebiyle bu sıfatı haizdir; hukuki işlemin zayıf tarafını oluşturmasının veya hukuki işlemdeki statüsünün tüketici sıfatına bir etkisi yoktur⁴⁶. Bu nedenle, tüketici tanımında yer alan *ticari veya mesleki olmayan amaçlarla* ifadesi bilinçli bir tercih olup⁴⁷ hükmün yorumlanmasında, söz konusu ifade *aynen*

⁴² Kuntalp, 293; Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri,” 72; Aydoğdu / Kahveci, 89; Nihat Yavuz, *Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı (Ankara: Adalet, 2010), 16; Yenice, 75; Çabri, 60; Bahtiyar / Biçer, 412; Yücer Aktürk, 113; Ahmet Karakocalı ve Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)* (İstanbul: Aristo, 2015), 27; Şafak Narbay ve Muhammed Akkuş, “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler,” *TAAD* 11, 44 (2020): 312; Tutumlu, 183. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde, tüketicinin bir mal veya hizmeti nihai olarak kullanan veya tüketen kişiler olarak tanımlanmayıp bunun yerine, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinme kriterinin tercih edilmesinin sorunlara yol açtığı ve Kanun’un uygulama alanını daralttığı yönünde bkz. Oya Şahin McCarthy, “Sözleşme Serbestisinin Bir Sınırı Olarak Tüketici Hukuku ve Uygulaması,” *İstanbul Barosu Dergisi* 85, 5 (2011): 87.

⁴³ Akipek Öcal / Kara, 25-26.

⁴⁴ Tüketici kavramının tanımlanmasında esas alınan ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım),” içinde *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan* (İstanbul: Beta, 2000), 667-684. Tüketici hukukunun maddi uygulama alanının tespitine ilişkin teoriler hakkında ayrıca bkz. Reha Poroy, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları,” içinde *Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), 520-527; Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri,” 56-61; Aydoğdu / Kahveci, 74-76; İ. Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, (Bursa: Ekin, 2021), 27-28.

⁴⁵ Ozanoğlu, “Tüketici Kavramı,” 671; Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri,” 59; Çabri, 61; Bahtiyar / Biçer, 402.

⁴⁶ Ozanoğlu, “Tüketici Kavramı,” 671; Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri,” 59; Möhler, 16; Heiss, 93; Bahtiyar / Biçer, 402; Karakocalı / Kurşun, 22-23.

⁴⁷ Gümüş, 17, 30. TKHK m. 3’teki satıcı ve sağlayıcı tanımlarında yer alan “*ticari veya mesleki amaçlarla*” ifadesinin hem bu kavramların mehasız Tüketici Mallarının Satışı ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 25 Mayıs 1999 tarihli Avrupa

lafzı gibi okunarak bir sonuca varılmalıdır⁴⁸. Tüketici sıfatını haiz olduğunu iddia eden kişi bu iddiasını ispatla yükümlüdür (TMK m. 6)⁴⁹.

Tüketici sıfatının belirlenmesinde amaç unsurunun esas unsur olarak kabulü, hem tüketici sıfatının statik – değişmeyen bir anlam kazanmasını önlüyor hem de ticari veya mesleki faaliyet yürüten kişilerin de tüketici olarak nitelendirilebilmelerine imkân sağlar⁵⁰. Böylece, bir hukuki ilişkide tüketici olarak yer alan kişi başka bir hukuki ilişkide satıcı veya sağlayıcı sıfatıyla yer alabilir⁵¹. Ancak her ne kadar ticari veya mesleki faaliyet yürüten kişiler tüketici olarak nitelendirilebilseler de modern tüketici hukukuna hâkim olan amaç teorisi ile tüzel kişi kavramı uyumlu olmayıp bunların bağdaştırılması mümkün değildir⁵².

Bazı durumlarda, hukuki işleme taraf olan kişinin karma amaçla hareket etmesi söz konusu olabilir. Kişinin hukuki işlem ile ulaşmak istediği amacın bir taraftan ticari veya mesleki olmaması, diğer taraftan ise ticari veya mesleki

Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (1999/44/EC) ile uyumlu olmadığı hem de tüketici hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmadığı yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gümüş, 13-16.

⁴⁸ Gümüş, 17, 30; Şebnem Akipek Öcal, “Madde 3 / Akipek Şerhi”, içinde *Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (İstanbul: Aristo, 2016), 56.

⁴⁹ Messerschmidt / Voit / Lenkeit, N. 12; Möhler, 18; Gümüş, 17, 30; Yenice, 74; Osman Levent Özay, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi,” *ASEAD* 4, 12 (2017): 264. BGH, 11.07.2007, VIII ZR 110/06: “*Genel ilkelere göre, bir uyumsuzlukta açıklama ve ispat yükü, kendi lehine olan bir hukuk normunun olgularına dayanan tarafa aittir. Bu nedenle, hâkim görüşüne göre, tüketici BGB §§ 474 vd. maddelerinde yer alan tüketiciyi koruma hükümlerinin kendi durumunda geçerli olduğunu açıklamak ve kanıtlamak zorundadır.*” (BeckRS 2007, 12410); Y. HGK., E. 2010/46, K. 2010/75, 17.02.2020: “*... Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi hükmü uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Gerek doktrinde gerek Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Öte yandan ileri sürdüğü bir olaydan kendi yararına haklar çıkarmak isteyen kimse iddia ettiği olayı kanıtlaması gerekir...*” (Yargıtay Karar Arama, E. T. 19.11.2022).

⁵⁰ Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri,” 71-72; Möhler, 17.

⁵¹ Heiss, 93; Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri,” 71.

⁵² Ozanoğlu, “Tüketici Kavramı,” 690; Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri,” 72, dn. 59. Benzer yönde bkz. Heiss, 94.

olması hâlinde karma amaç söz konusudur⁵³. Bir avukatın hem bürosunda hem de evinde kullanmak üzere dizüstü bir bilgisayar satın alması örneğinde, avukatın karma amaçla hareket ettiği söylenebilir⁵⁴. Ancak bir mal veya hizmet, ticari veya mesleki amaçla alınmasına rağmen istisnai olarak özel amaçlar için de kullanılıyorsa ya da özel amaçlar için alınmasına rağmen istisnai olarak ticari veya mesleki amaçlarla da kullanılıyorsa, bu durumda karma amaçtan söz edilemez⁵⁵. Zira karma amaçtan anlaşılması gereken istisnai kullanımların var olması değil, her iki amacın da birlikte var olmasıdır⁵⁶.

Bir görüşe göre⁵⁷, karma amacın söz konusu olduğu durumda hukuki işlemin muhtevasına bakılmalıdır. İşlemin muhtevasından özel amacın değil de ticari ve mesleki amacın ağırlıklı olduğu anlaşılıyorsa, işlem tarafının tüketici niteliğinin olmadığı kabul edilmelidir⁵⁸.

İkinci bir görüşe göre⁵⁹, karma amaçla hareket eden kişilerin işlemleri bir yönüyle ticari veya mesleki olduğundan ve bu işlemlere ilişkin kayıtlar muhasebe tekniği bakımından bir bütün olarak kayda geçeceğinden, bölünme söz konusu olmayacaktır. Bu işlem tüketici işlemi, kişiler de tüketici olarak kabul edilmeyecektir⁶⁰.

Üçüncü bir görüşe göre⁶¹, ilgili işleme konu mal veya hizmetin ticari amaçlı olmayan kısımlarının diğer kısımlardan ayrılabilirdiği hallerde, bu kısımlar bakımından tüketici sıfatı mevcuttur⁶².

⁵³ Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2016), 95; Ozanoğlu, “Tüketici Kavramı,” 682; Özel, 61; Yücer Aktürk, 115; Nihat Taşdelen, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a Göre Tüketici Sıfatı,” *İKÜHFD* 16, 2 (2017): 710.

⁵⁴ Böyle kişilerin kısmen tüketici gibi kısmen de işletmeci ya da ticaret erbabı olarak davrandığı yönünde bkz. Zevkliler / Özel, 95.

⁵⁵ Yakup Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu,” *TAAD* 13, 50 (2022): 371.

⁵⁶ Bal, 371.

⁵⁷ Bu yönde bkz. Ozanoğlu, “Tüketici Kavramı,” 682; Bal, 372. İsviçre hukukunda bu yönde bkz. Möhler, 18. Estonya hukukunda bu yönde bkz. Kingisepp / Värvi, 50.

⁵⁸ Ozanoğlu, “Tüketici Kavramı,” 682; Bal, 372.

⁵⁹ Bu yönde bkz. Zevkliler / Özel, 95; Taşdelen, 710. Benzer yönde bkz. Özel, 61-62.

⁶⁰ Zevkliler / Özel, 95; Taşdelen, 710.

⁶¹ Bu yönde bkz. Yücer Aktürk, 115.

⁶² Yücer Aktürk, 115.

Dördüncü bir görüşe göre⁶³, Kanun'un zayıf konumdaki tüketiciyi koruma amacı göz önünde bulundurularak, karma amaçla edinilen mal veya hizmete ilişkin işlemler tüketici işlemi sayılmalıdır. Ancak ticari veya mesleki amacın ağırlığı özel kullanıma göre çok daha fazla ise bu halde işlemin genel hükümlere tâbi olması gerekir⁶⁴.

Bu konuda ileri sürülen ve bizim de katıldığımız, diğer görüşleri birleştiren görüşe göre ise⁶⁵ her somut olaya göre yapılacak değerlendirme farklı olmalıdır. Öncelikle işlemin bölünebilir olup olmadığı tespit edilmelidir. İşleme konu mal veya hizmetin ticari amaçlı olmayan kısımlarının diğer kısımlardan ayrılabilirdiği durumlarda, bu kısımlar bakımından tüketici sıfatı söz konusu olacak, geri kalan kısım için ise tüketici sıfatından söz edilemeyecektir. Eğer işlem bölünebilir değilse, o zaman durumun özelliğine göre (dürüstlük kuralı gerektiriyorsa) ve amacın baskınlığına bakılarak bir sonuca ulaşılmalıdır⁶⁶.

Amacın baskınlığı şu şekilde belirlenmelidir: Ticari amaçla alınan kısım, ticari olmayan amaçla alınan kısımdan, ekonomik açıdan daha baskın ve işlemin vergisel açıdan işyerine (muhasabe) kaydı söz konusu ise, tamamen ticari veya genel hükümler uygulanır; bu durumda tüketici sıfatı ve tüketici işlemi söz konusu olmaz⁶⁷. Ancak ticari olmayan amaçla alınan kısım, ekonomik bakımdan daha baskın ve işlemin vergisel anlamda kaydı da söz konusu değilse, bu durumda tüketici sıfatı ve tüketici işlemi söz konusu olur⁶⁸.

B. Tacir Kavramı

1. Gerçek Kişi Tacir

Gerçek kişi tacir, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmıştır. TTK m. 12/1'e göre; "*Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir.*". Bu çerçevede, bir gerçek kişinin tacir sıfatını haiz olabilmesi için öncelikle bir ticari işletme (TTK m. 11/1) mevcut olmalıdır. Ancak bir ticari işletme mevcut olmasa da "*bir ticari işletme açmış gibi ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse,*

⁶³ Bu yönde bkz. Çabri, 64.

⁶⁴ Çabri, 64-65.

⁶⁵ Bu yönde bkz. Aydoğdu / Kahveci, 97.

⁶⁶ Aydoğdu / Kahveci, 97.

⁶⁷ Aydoğdu / Kahveci, 97.

⁶⁸ Aydoğdu / Kahveci, 97.

iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.”. Bu durumda bulunan kişi, hukuken tam olarak tacir değildir⁶⁹. Bu kişi, özellikle tacir sıfatından doğan haklardan yararlanamaz; sadece sorumluluk bakımından iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur⁷⁰.

Gerçek kişi tacirden söz edilebilmesi için ikinci olarak, ticari işletmenin işletilmesi gerekir. Ticari işletmenin işletilmesinden anlaşılması gereken, müşteri çevresiyle temasa geçilerek ticari işletmeyi ilgilendiren işlemlere başlanmış olmasıdır⁷¹. Ticari işletmenin işletilmesi ifadesi geniş kapsamlı yorumlanmalıdır. Bu çerçevede, ticari işletmenin kurulması ve işletilmesi için gerekli olan işlemlere başlanmış olması, ticari işletmenin işletiliyor olarak kabul edilebilmesi için yeterlidir⁷². Burada ticari işletme için bir taşınmaz kiralanması, ticari temsilci atanması, mal satın alınması örnek olarak verilebilir⁷³. Ancak iki hâlde, henüz ticari işletmeyi fiilen işletmeye başlamamış olan kişiler de tacir sayılırlar. Bunlardan birincisi, işletmenin kurulup açıldığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş olan kimselerdir. Bu kimseler, ticari işletmeyi fiilen işletmeye başlamamış olsalar da tacir sayılırlar (TTK m. 12/2). İkinci olarak, işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan ettirmiş olan kimselerdir. Bu kimseler de ticari işletmeyi fiilen işletmeye başlamamış olmalarına rağmen

⁶⁹ Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku, I. Giriş – Ticari İşletme*, 3. Baskı (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968), 193; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 18. Bası (İstanbul: Vedat, 2019), 149.

⁷⁰ Karayalçın, 193; Poroy / Yasaman, 150; Fahiman Tekil, *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Bası (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1997), 120; Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. I (İstanbul: Temel, 1988), 107; İrfan Baştuğ ve H. Ercüment Erdem, *Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları)* (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1993), 73; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 28. Bası (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2022), 128; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020), 78; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar*, 14. Baskı (Ankara: Yetkin, 2021), 212; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası (İstanbul: Vedat, 2019), 256; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku, Ders Kitabı*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin, 2020), 151; Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı (Ankara: Yetkin, 2023), 190.

⁷¹ Poroy / Yasaman, 149; Arkan, 129; Ayhan / Çağlar / Özdamar, 210; Nomer Ertan (Ülgen / Helvacı / Kaya), 253; Şener, 155; Bozkurt, 190-191.

⁷² Karayalçın, 193; Arkan, 129, dn. 1; Bozer / Göle, 79. Aksi yönde bkz. Nomer Ertan (Ülgen / Helvacı / Kaya), 254.

⁷³ Karayalçın, 193; Bozer / Göle, 79.

tacir sayılırlar (TTK m. 12/2). Tacir sayılanlar, *tacir gibi sorumlu olanlardan* farklı olarak, hem tacirin sahip olduğu haklardan yararlanırlar hem de tacir gibi sorumlu olurlar⁷⁴.

Gerçek kişi tacirden söz edilebilmesi için üçüncü ve son olarak, ticari işletmenin kişinin kendi adına işletilmesi gerekir. İşletmenin kendi adına işletilmesinden anlaşılması gereken, söz konusu ticari işletmenin bizzat – doğrudan doğruya – kârından yararlanılması ve zararına katlanılmasıdır⁷⁵. Ticari işletmeyi başkası adına işleten kişi tacir olamaz. Bununla birlikte, ticari işletmenin bizzat işletilmesi şart değildir, sözleşmesel (ticari temsilci) veya kanuni temsilci (veli, vâsi gibi) vasıtasıyla da işletilebilir⁷⁶. Ayrıca ticari işletmeyi kendi adına işletmek tamamen veya kısmen de olabilir. Bu husus, TTK m. 12/1’de yer alan “*kısmen de olsa*” ifadesiyle açıkça belirtilmiştir.

Bir gerçek kişinin tacir sayılabilmesi için fiil ehliyetini haiz olması şart değildir. Türk Ticaret Kanunu sisteminde, tacir sıfatı için ayrı bir ehliyetin varlığı aranmamış, başka bir deyişle, ehliyet ile tacir sıfatı arasında bir ilişki tesis edilmemiştir⁷⁷. Bu durum TTK m. 13’te de açıkça belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre; “*Küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmaz. Tacir sıfatı, temsil edilene aittir. Ancak, yasal temsilci ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olur.*”.

⁷⁴ Halil Arslanlı, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler*, 3. Bası, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960), 44; Tekil, 120; Poroy / Yasaman, 149-150; Domaniç, 105, 107; Baştuğ / Erdem, 73; Arkan, 131; Ayhan / Çağlar / Özdamar, 211; Nomer Ertan (Ülgen / Helvacı / Kaya), 255, 256; Şener, 156; Bozkurt, 196.

⁷⁵ Ayhan / Çağlar / Özdamar, 210; Şener, 152-153.

⁷⁶ Karayalçın, 193-194; Poroy / Yasaman, 151; Baştuğ / Erdem, 71-72; Arkan, 129; Bozer / Göle, 80; Ayhan / Çağlar / Özdamar, 210; Nomer Ertan (Ülgen / Helvacı / Kaya), 254; Şener, 153.

⁷⁷ Karayalçın, 196; Ayhan / Çağlar / Özdamar, 212; Nomer Ertan (Ülgen / Helvacı / Kaya), 256; Şener, 157. Karş. İrfan Baştuğ, “Küçük ve Kısıtlıların Tacirlik Sıfatı,” *Batider* 5, 4 (1970): 808; Arkan, 130-131. Aksi yönde bkz. Arslanlı, 46; Bozer / Göle, 81. *Arslanlı* ve *Bozer / Göle*’ye göre; küçük ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin izni olmaksızın kendi başlarına bir ticari işletmeyi işletmeleri halinde, bunlar hukuken tam ehliyetli olmadıkları ve dolayısıyla ticari işletme için yaptıkları işlemlerde ehliyet yönünden sakatlık bulunacağından bu kişiler tacir sıfatını kazanamazlar (Arslanlı, 46; Bozer / Göle, 81).

Bazı kanunlarımızda ticaret yapmayı yasaklayan ya da izin veya onaya bağlayan hükümler bulunmaktadır⁷⁸. Türk Ticaret Kanunu'nda, bu hükümlere uyulmamasının kişinin tacir sıfatı üzerinde olumsuz bir etkisi olmayacağı açıkça belirtilmiştir⁷⁹. TTK m. 14'e göre; "*Kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır. Birinci fıkraya aykırı hareketin doğurduğu hukuki, cezai ve disipline ilişkin sorumluluk saklıdır.*".

2. Tüzel Kişi Tacir

Tüzel kişi tacir, TTK m. 16'da düzenlenmiştir. Buna göre; "*Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar. Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.*".

Ticaret şirketleri, TTK m. 124/1'de sayma yoluyla belirlenmiştir. Buna göre; "*Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir.*". Bunların icra ettikleri faaliyetin türünün veya başka herhangi bir hususun, tacir sıfatları üzerinde bir etkisi yoktur⁸⁰. Bütün ticaret şirketleri TTK m. 16/1 uyarınca tacirdir.

Dernek ve vakıfların tacir sıfatı konusunda ticaret şirketlerine göre farklı bir esas benimsenmiştir. Dernek ve vakıfların tacir sıfatını haiz olabilmesi için

⁷⁸ Bkz. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 28/1 (RG, 23.07.1965, S. 12056), 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 11 (RG, 07.04.1969, S. 13168), 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 50 (RG, 05.02.1972, S. 14090), 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun m. 5 (RG, 24.12.1953, S. 8591).

⁷⁹ Arslanlı, 49; Karayalçın, 197; Poroy / Yasaman, 153; Ayhan / Çağlar / Özdamar, 213.

⁸⁰ Arslanlı, 51; Poroy / Yasaman, 154; Domaniç, 118-119; Ayhan / Çağlar / Özdamar, 217; Nomer Ertan (Ülgen / Helvacı / Kaya), 259.

amacına varmak için ticari bir işletme işletmesi gerekir⁸¹. Ancak kamu yararına çalışan dernekler ile gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar tacir sayılmazlar (TTK m. 16/2).

Kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşların tacir sayılabilmesi için kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmeleri veya ticari şekilde işletilmeleri şartı aranmıştır. TTK m. 16/1 hükmünün karşıt anlamından, kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen kurum ve kuruluşların tacir olmayacağı anlaşılmaktadır.

Kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve tacir sayılan kurum ve kuruluşlar iki grupta incelenebilir. Birinci grubu kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunlara ait müesseseler oluşturur. İkinci grupta ise özel hukuk hükümleri uyarınca yönetilen veya ticari şekilde işletilen diğer kurum ve kuruluşlar yer alır⁸².

Kamu iktisadi teşebbüsleri, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de⁸³ düzenlenmiştir. Kamu iktisadi teşebbüsü, “*iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adıdır*” (233 sayılı KHK m. 2/1). İktisadi devlet teşekkülü, “*sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür.*” (233 sayılı KHK m. 2/2). Kamu iktisadi kuruluşu ise “*sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür.*” (233 sayılı KHK m. 2/3). Sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olup, ona bağlı işletme veya işletmeler topluluğuna da müessese denir (233 sayılı KHK m. 2/4).

⁸¹ Derneklerin esas gayelerini takip ederken yaptıkları işlemlere ticari vasıf izafe edilemeyeceğinden bu sahada tacir sıfatlarının olmadığı yönünde bkz. Arslanlı, 54. Amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların, sadece ticari işletme faaliyetlerinden dolayı tüzel kişi tacir sayılacağı; ticari işletmesi ile ilgili olmayan faaliyetlerinden dolayı tacir sayılmasının söz konusu edilemeyeceği yönünde bkz. Ayhan / Çağlar / Özdamar, 218, 219.

⁸² Arkan, 138-142; Şener, 167-168.

⁸³ RG, 18.06.1984, S. 18435 (Mükerrer Sayı).

233 sayılı KHK m. 4'e göre, kamu iktisadi teşebbüsleri tüzel kişiliği haiz olup 233 sayılı KHK'da saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabidir. Dolayısıyla tüm kamu iktisadi teşebbüsleri, TTK m. 16/1 uyarınca tüzel kişi tacirdir⁸⁴. Müesseseler 233 sayılı KHK m. 16'ya göre tüzel kişiliği haizdir ve 233 sayılı KHK'da saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu nedenle, müesseseler de tüzel kişi tacirdir⁸⁵.

Özel hukuk hükümleri uyarınca yönetilen veya ticari şekilde işletilen diğer kurum ve kuruluşların kapsamını, kamu iktisadi teşebbüsü olmamakla birlikte kuruluş kanunları uyarınca özel hukuk hükümleri uyarınca yönetilen veya⁸⁶ ticari şekilde işletilen, kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar anlaşılır⁸⁷. Ticari şekilde işletilmek ifadesinden anlaşılması gereken, yönetim ve işletmede kârlılık ve verimlilik ilkelerinin egemen olması ve ilgili kurum personelinin basiretli iş adamı gibi hareket etmesinin gerekmesidir⁸⁸.

II. TACİRİN TÜKETİCİ SIFATINI ETKİLEYEN NİTELİKLER

A. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amacı ve Tüketicie Sağlanan Korumanın Niteliği

Tüketici sıfatı belirlenirken TKHK m. 3/1-k'da yer alan tüketici tanımı, Kanun'un amacına ilişkin TKHK m. 1 hükmü ile birlikte yorumlanmalıdır⁸⁹. Tüketicilerin korunması, Anayasa m. 172'de yer alan "*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.*" hükmü ile anayasal güvence altına alınmış ve

⁸⁴ Domaniç, 120; Baştuğ / Erdem, 83-84; Arkan, 139; Bozer / Göle, 93; Şener, 167; Bozkurt, 206. Y. HGK., E. 2005/560, K. 2005/587, 19.10.2005: "... Kamu İktisadi Teşebbüsleri ticari işletme kurup işlettikleri için, tacirdirler. Sermayelerinin Devlete ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinin özellik arz etmesi, bu kurumlara kamu hukuku müessesesi vasfı kazandırmaz; özel hukuk tüzel kişileridirler ve haklarında hususi hukuk hükümleri uygulanır..." (Yargıtay Karar Arama, E. T. 17.11.2022).

⁸⁵ Arkan, 139; Bozer / Göle, 93; Şener, 168.

⁸⁶ Kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşların tacir sıfatına ilişkin şartların yer aldığı TTK m. 16/1'de "veya" bağlacına yerine "ve" bağlacı kullanılarak, her iki şartın beraberce aranmasının daha doğru olacağı yönünde bkz. Poroy / Yasaman, 157.

⁸⁷ Arkan, 140; Bozkurt, 207.

⁸⁸ Arkan, 140-141.

⁸⁹ İnal, 73.

devlete bir görev olarak yüklenmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun da yüklenen bu görev çerçevesinde hazırlanmıştır⁹⁰. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacına ilişkin 1. maddesinde de bu husus somut bir biçimde ifade edilmiştir. Söz konusu hükme göre; “*Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketicuyu aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir.*”.

Tüketicinin korunmasının nedeni, öncelikle, tüketicinin satıcı / sağlayıcı karşısında ekonomik olarak güçsüz konumda olmasıdır⁹¹. Zira satıcı / sağlayıcı, mali ve örgütsel olarak tüketiciden daha güçlüdür⁹². Geniş bir çeşitlilik içinde sunulan mal ve hizmetlerin nitelikleri ile piyasa koşullarına ilişkin bilgisizlik ve deneyimsizlik de tüketiciyi güçsüz kılmaktadır⁹³. Tüketicinin bu mal ve hizmetlerin içeriklerini, üretim tekniklerini, gerçek niteliklerini ve gerçek maliyetlerini bilmesi mümkün değildir⁹⁴. Bunların yanında tüketicinin mal ve hizmet seçme sürecine, satıcı / sağlayıcı tarafından reklamlar ve pazarlama teknikleri gibi yöntemler ile müdahale edilmesi de tüketicinin korunmasını gerektirmektedir⁹⁵. Bunlar neredeyse iradeyi bozacak şekilde boyut, incelik ve bilimsellik kazanmıştır⁹⁶.

⁹⁰ TKHK m. 1'in Gerekçesi. Tüketicinin korunması, Türkiye ile AB arasındaki ortaklık rejimine göre kurulan ve Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe giren gümrük birliği sisteminin de bir gereğidir. Gümrük birliği sisteminin sorunsuz işleyebilmesi için, serbest dolaşım alanlarında mevzuatın ve politikaların AB sistemi ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Tüketicinin korunması, serbest dolaşımı çok yakından ilgilendiren konulardan biri olup uyum sağlanması gereken düzenleme ve politikalar arasında yer almaktadır (Lale Sirmen, “Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi,” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, Özel Sayı (2014): 156).

⁹¹ Poroy, 517; Zevkliler / Özel, 43; Ozanoğlu, “Tüketici Kavramı,” 666; Baykan, 19; Gümüş, 7; Aydoğdu / Kahveci, 54; Kara, 68; Özlem Tüzüner, “Madde 1 / Tüzüner Şerhi,” içinde *Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (İstanbul: Aristo, 2016), 17.

⁹² Gümüş, 7; Özel, 35-38; Kara, 68; Tüzüner, 18.

⁹³ Kuntalp, 302; Zevkliler / Özel, 50; Ozanoğlu, “Tüketici Kavramı,” 666; Gümüş, 7; Tüzüner, 18.

⁹⁴ Baykan, 17; Aslan, 2; Özel, 38-40.

⁹⁵ Poroy, 516; Zevkliler / Özel, 50; Baykan, 18; Gümüş, 7; Aydoğdu / Kahveci, 54; Kara, 131; Tüzüner, 18-19.

⁹⁶ Poroy, 516. *Baykan*'a göre, artık tüketiciler, pazarlama uzmanlarının âdeta elle şekil verdiği plastik birer nesne haline gelmiştir. Bkz. Baykan, 17.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile tüketici çeşitli yollarla korunmaktadır. Bunların çoğu, tüketiciye Türk Borçlar Kanunu⁹⁷ ve diğer bazı kanunlarla verilmiş haklara ilâve haklar niteliğindedir⁹⁸. Ayrıca, yargılamanın tüketici hakem heyetleri ve tüketici mahkemelerinde gerçekleştirilmesi de tüketiciye kolaylıklar sağlamaktadır. Zira burada hem basit yargılama usulü uygulandığından (TKHK m. 73/4) yargılama daha kısa sürede sonuçlanır hem de tüketiciler her türlü harçtan muaftır (TKHK m. 73/2)⁹⁹.

B. Kanun Koyucunun Tüketici Kavramına Yaklaşımı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3'ün Gerekçesi'nde, "4077 sayılı Kanun ile mukayese edildiğinde 'Tanımlar' maddesinden bazı tanımlar çıkarılmış, yeni bazı tanımlar eklenmiş, bazı tanımlar ise değiştirilmiştir. Yapılan en esaslı değişiklikler, tüzel kişilerin tüketici kavramının dışında tutulması ve tüketici işlemi kavramının kapsamının genişletilmesidir." ifadeleri yer almaktadır¹⁰⁰. Buradan hükümetin teklif ettiği metinde tüketici tanımının yalnızca gerçek kişileri kapsayacak şekilde yapıldığı, Kanun'u hazırlayanların amacının tüzel kişileri tüketici tanımından çıkarmak olduğu anlaşılmaktadır¹⁰¹.

⁹⁷ RG, 04.02.2011, S. 27836.

⁹⁸ Ahmet Battal, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı," içinde Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998), 317.

⁹⁹ Y. HGK., E. 2010/593, K. 2010/623, 01.12.2010: "... Olayın görev yönünden değerlendirilmesine gelince; sözleşmenin taraflarından birinin tüketici, diğerinin satıcı ve uyumsuzluğun da tüketici işlemine ilişkin olmasına göre, taraflar arasındaki uyumsuzluğun 4077 sayılı Kanun kapsamında kaldığı belirgindir. Taraflar arasındaki uyumsuzluğun Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığı kabul edildiğine göre davaya bakma görevi de Tüketici Mahkemesine aittir... Ayrıca, Tüketici Mahkemelerinde yargılamanın görülmesi tüketicinin daha lehinedir. Çünkü, basit yargılama usulü uygulanır (HUMK m. 507- 511) ve tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü harçtan ve resimden muaftır (TKHK m. 23/3)..." (Yargıtay Karar Arama, E. T. 15.01.2023).

¹⁰⁰ TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlar no=131054&pkanunnumarasi=6502>, E. T. 10.01.2023.

¹⁰¹ Ayşe Havutçu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı," *Terazi Hukuk Dergisi* 9, Özel Sayı (2014): 16. Hükümet Tasarısı'nda, ticaret şirketlerinin ve kamu hukuku tüzel kişilerinin herhangi bir işleminin tüketici

Tüzel kişilerin tüketici kapsamına alınması, Alt Komisyon'un teklifi ile gerçekleşmiştir. Bu husus Komisyon Gerekçesi'nde şu şekilde açıklanmıştır: “*Alt Komisyon Tasarınının; 3 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının; ... (k) bendine, yürürlükteki 4077 sayılı Kanundaki tüketici tanımı ve uygulamada yerleşmiş yargı içtihadlarıyla tüzel kişilerin de tüketici kavramı içerisinde yer alması ve özellikle kamu yararına çalışan dernek ve vakıfların tüketici tanımı kapsamında değerlendirilmesinin yararlı olacağı düşüncesiyle "tüketici" tanımının kapsamına tüzel kişilerin de dahil edilmesini teminen "gerçek" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya tüzel" ibaresinin eklenmesi suretiyle, kabul edilmiştir.*”¹⁰². Komisyon'daki değişikliğin ne anlama geldiğinin anlaşılabilmesi için ileri sürülen gerekçelerin, makale konusu ile sınırlı olarak incelenmesi gerekir.

Komisyon tarafından ileri sürülen ilk gerekçe, 4077 sayılı Kanundaki tüketici tanımı ve uygulamada yerleşmiş yargı içtihatlarıdır. Kanun'u hazırlayanların, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan tüketici tanımını değiştirme arzusu madde gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun dönemindeki içtihatlar incelendiğinde ise Yargıtay'ın istikrar kazanmış görüşünün *tüzel kişi tacir, tüketici olamaz* yönünde olduğu söylenebilir¹⁰³.

işlemi olarak kabul edilmemesinin doğal ve isabetli olduğu, ancak bunu genelleştirerek bütün tüzel kişileri korumanın kapsamı dışında bırakmanın yerinde olmadığı yönünde bkz. Abdulkarim Yıldırım, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler,” *GÜHFD* XVII, 1-2 (2013): 1022-1023; Mehmet Akçal ve Alper Uyumaz, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme,” *İNÜHFD* 4, 2 (2013): 245.

¹⁰² TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlar_no=131054&pkanunnumarasi=6502, E. T. 10.01.2023. Bütün tüzel kişilerin tüketici kavramının kapsamına dahil edilmesinin isabetli olmadığı; bunun yerine, kazanç paylaşma amacı gütmeyen özel hukuk tüzel kişilerinin tüketici olabileceğinin belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. Akçal / Uyumaz, 246-247. Kanunda gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de tüketici tanımının içinde yer almasının yerinde olduğu yönünde bkz. Emel Tekten, “Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu ve Bu Kapsamda Taraf Oldukları Hukuki Uyuşmazlıkların Ticari/Tüketici Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri,” *SÜHFD* 31, 1 (2023): 13.

¹⁰³ Y. HGK., E. 2000/1255, K. 2000/1249, 11.10.2000: “... Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan bir tacir, yaptığı iş ve işlemin veya aldığı hizmetin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya

Komisyon tarafından ileri sürülen diğer gerekçe ise özellikle kamu yararına çalışan dernek ve vakıfların tüketici tanımı kapsamında değerlendirilmesinin yararlı olacağı düşüncesidir. TTK m. 16/2'ye göre; zaten "...kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar...tacir sayılmazlar.". Buradan hareketle, tüketici tanımında yer alan tüzel kişi ile amaçlananın tacir sıfatını haiz olmayan dernek ve vakıflar olduğu söylenebilir¹⁰⁴.

muamele fiil veya işleminin ticari sayılmasına halin icabı, müsait bulunmadığı takdirde, bu işlemlerden doğan borç adi, yani özel sayılacaktır. (TTK. md. 21) Tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. Hele somut olayda olduğu gibi ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK. 18/1 madde gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olamayacaktır. T. olmanın nimetine göre külfeti de mevcuttur. TTK. 20-25 inci maddelerinde tacir sıfatına bağlanan yerine göre "hak" yerine göre külfet" niteliği arz eden hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Bunların en önemlilerinden biri basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğudur (TTK. 20/II). Tacirin, ticari işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekir. Bu cümleden olarak ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır. O nedenle tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınmazlar." (HukukTürk, E. T. 11.01.2023); Y. 11. HD., E. 2004/14822, K. 2005/699, 03.02.2005: "...Davacı tacir olup, tüzel kişi tacirlerin özel alanı bulunmaması ve tacirin işlerinin ticari olmasının asıl olması nedeniyle ticaret şirketlerinin tüketici olarak kabulü mümkün olmayıp, haklarında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri uygulanamayacağından..." (HukukTürk, E. T. 11.01.2023); Y. 11. HD., E. 1997/1815, K. 1997/5112, 26.06.1997 (HukukTürk, E. T. 11.10.2023); Y. 11. HD., E. 1997/8979, K. 1997/9841, 29.12.1997 (HukukTürk, E. T. 11.10.2023); Y. 20. HD., E. 2002/8260, K. 2002/9761, 08.11.2002 (HukukTürk, E. T. 11.10.2023); Y. 20. HD., E. 2002/8260, K. 2002/9761, 28.11.2002 (Lexpera, E. T. 11.01.2023); Y. 11. HD., E. 2004/9717, K. 2005/6549, 21.06.2005 (Lexpera, E. T. 11.01.2023); Y. HGK., E. 2006/684, K. 2006/647, 11.10.2006 (Lexpera, E. T. 11.01.2023); Y. HGK., E. 2010/358, K. 2010/353, 30.06.2010 (Lexpera, E. T. 11.01.2023); Y. 19. HD., E. 2011/10415, K. 2012/4167, 15.03.2012 (Lexpera, E. T. 11.01.2023); Y. 12. HD., E. 2015/4190, K. 2015/14349, 26.05.2015 (Lexpera, E. T. 11.01.2023); Y. 20. HD., E. 2015/1672, K. 2015/6097, 19.06.2015 (Yargıtay Karar Arama, 14.01.2023); Y. 19. HD., E. 2015/10751, K. 2016/2252, 15.02.2016 (Lexpera, E. T. 11.01.2023).

¹⁰⁴ Akipek Öcal / Kara, 26.

C. Ticari İş Karinesi

Özel hukukun ikiliği ilkesinin kabul edildiği ülkelerde, adi iş-ticari iş ayırımı yapılmaktadır. Bu ayırımın doğal sonucu olarak da adi hüküm-ticari hüküm farkı ortaya çıkmaktadır. Bu sistemde adi işlere genel hükümler, ticari işlere ise ticari hükümler uygulanmaktadır¹⁰⁵. Türk hukukunda ticari iş, TTK m. 3 ve TTK m. 19 hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir. Bir hukuki işlemin ticari amaçla yapılıp yapılmadığı, yapılan işin ticari nitelikte bir iş olup olmadığıyla ilgilidir¹⁰⁶. Bu nedenle, ticari işin tespiti, ticari olmayan amacın belirlenmesinde önem arz etmektedir¹⁰⁷. Bu başlıkta, çalışma konusu bakımından önem arz etmesi sebebiyle, sadece TTK m. 19/1’de yer alan *ticari iş karinesi* kavramı incelenmiştir.

TTK m. 19/1’e göre; “*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır.*”.

Ticari iş karinesi, gerçek kişi tacir bakımından iki hâlde uygulanmaz. Bunlardan birincisi, işlemin yapıldığı anda tacirin, bu işlemin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmesidir. İkincisi ise işin ticari sayılmasına durumun elverişli olmamasıdır.

¹⁰⁵ Ayhan / Çağlar / Özdamar, 14; Ahmet Cemil Ünal, “Ticari İş – Tüketici İşlemi Ayırımı Kapsamında Tüzel Kişi Tacirlerin Durumu,” *BÜHFD* 6, 1 (2020): 38. Kanunlarda hangi işlerin ticari sayılacağı hakkında düzenleme yapılmasının asıl sebebinin, özellikle aynı konu hakkında hem ticari hüküm hem de adi hüküm bulunması hâlinde, ticari işlere ticari hükmün uygulanmasını sağlamak olduğu yönünde bkz. İsmail Kırca, “Ticari İş ve Ticari Hükme Dair,” *BATİDER XXXIV*, 3 (2018): 8.

¹⁰⁶ Taşdelen, 709.

¹⁰⁷ Taşdelen, 709.

Ticari iş karinesi, tüzel kişi tacir için mutlaktır¹⁰⁸. Başka bir deyişle, tüzel kişi tacirlerin ticari sayılmayan borçları, yani adi iş sahası gibi ikinci bir kategorileri yoktur. Tüzel kişi tacirlerin, bütün işlem ve fiilleri, ticari iştir¹⁰⁹.

TTK m. 19/1 hükmü ve dolayısıyla gerçek kişi tacir-tüzel kişi tacire ilişkin yapılan bu ayırım Türk hukukuna özgüdür. Hükmün bir benzeri, Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch)¹¹⁰ m. 344/1'de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre; “*Bir tacir tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemler, şüphe halinde onun ticari işletmesiyle ilgili sayılır.*” (§ 344 I)¹¹¹. Görüleceği

¹⁰⁸ Ernst E. Hırş, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 3. Baskı (İstanbul: Hak, 1948), 44; Karayalçın, 145, 218; Tekil, 44; Arkan, 153; Bozer / Göle, 107; Bahtiyar / Biçer, 404 ve dn. 31; Kürşat Göktürk, “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi,” *GÜHFD* XIX, 2 (2015): 18; Bozkurt, 130, 224; Ünal, 50; Aytekin Çelik, “Ticari İşlerde Faiz Konusundaki Hükümlerin Tüketici İşlemlerinde Uygulanması,” *BÜHFD* 7, 2 (2021): 283, dn. 66; Ebru Tüzemen Atik, “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramlarının Ticari Davaya ve Dava Şartı Arbuluculuğa Etkileri,” *SÜHFD* 30, 3 (2022): 1522. Her ne kadar ticari iş karinesi tüzel kişi tacirler arasında sayılan ticaret şirketleri bakımından mutlak olarak nitelendirilse de bu hususta 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki düzenlemelerin ihmal edilmemesi gerektiği yönünde bkz. Ayhan / Çağlar / Özdamar, 21.

¹⁰⁹ Hırş, 44; Karayalçın, 218; Poroy / Yasaman, 90, 149; Baştuğ / Erdem, 52, 90; Arkan, 74; Bozer / Göle, 107; Ülgen (Helvacı / Kaya / Nomer Ertan), 73; Nomer Ertan (Ülgen / Helvacı / Kaya), 266; Bahtiyar / Biçer, 404 ve dn. 31, 414; Göktürk, 19; Bozkurt, 130; Ünal, 50; Tüzemen Atik, 1523. Ticaret Kanunu'nda adi saha-ticari saha ayırımının sadece gerçek kişi tacirler hakkında kabul edilmekle beraber, bu ayırımın ticaret şirketleri dışındaki tüzel kişi tacirler, örneğin dernekler hakkında da geçerli olduğu; ticaretle iştigal eden kamu tüzel kişilerinin de idari ve ticari olmak üzere iki sahasının bulunduğu yönünde bkz. Arslanlı, 26, 54. Amacına varmak için ticari işletme işleten derneklerin adi sahaslarının olabileceğini kabulün bir zorunluluk olduğu yönünde bkz. Domaniç, 131. Dernek ve vakıfların, eTTK m. 21 (TTK m. 19)'e rağmen, adi borç ilişkileri alanının bulunabileceği yönünde bkz. Battal, 329. Tüzel kişi tacir olarak kabul edilen, amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıflarda adi iş ve ticari iş ayırımının söz konusu olması gerektiği; bunların işlettikleri ticari işletme dışında, diğer işlerinden kaynaklanan borçlarının adi sayılması gerektiği ve bunların bu durumu ispat olanağına sahip olması gerektiği yönünde bkz. Şener, 52. Benzer yönde bkz. Şafak Narbay ve Muhammed Akkuş, “Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş – Tüketici İşlemi Ayrımı,” içinde *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan* (Ankara: On İki Levha, 2019), 846-847; Narbay / Akkuş, “Dava Şartı,” 312; Yavuz, 20; Tüzemen Atik, 1529; Tekten, 16-18. Tüzel kişi tacirin, bir dernek olsa dahi, adi alanının olamayacağı yönünde bkz. Poroy / Yasaman, 90.

¹¹⁰ <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>, E. T. 02.02.2023.

¹¹¹ Handelsgesetzbuch § 344/I: “*Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.*”.

üzere, Alman hukukunda Türk hukukundaki gibi bir ayırım yapılmamıştır. Bu durum, Türk hukukunda konuya daha farklı bir yaklaşım sergilenmesini gerektirmektedir.

Modern tüketici hukukunun amaç teorisi ile tüzel kişi kavramının uyumlu olmadığı ve birbiriyle bağdaşmasının mümkün olmadığı yukarıda belirtilmiştir¹¹². Bir de buna ticari iş karinesinin, tüzel kişi tacirler bakımından mutlak olması hususu eklendiğinde, amaç teorisi ile tüzel kişi tacir arasındaki ilişkiyi izah etmek daha da güçleşmektedir¹¹³.

Ç. Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü

Basiretli iş adamı¹¹⁴ gibi hareket etme yükümlülüğü TTK m. 18/2’de düzenlenmiştir. Buna göre; “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.*”. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünden anlaşılması gereken, benzer ticari işle uğraşan tedbirli, tecrübeli, yetenekli, ileriye makul ve mutad bir oranda gören bir tacirin aynı durumda göstermesi beklenen özenin gösterilmesi gerekliliğidir¹¹⁵.

Tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bütün faaliyetlerinde değil, sadece ticaretine ait faaliyetlerinde söz konusudur. Bununla birlikte kanun koyucu ticari faaliyetler arasında bir ayırım yapmamıştır¹¹⁶. Bu husus, TTK m. 18/2’de yer alan “*ticaretine ait bütün faaliyetlerinde*” ifadesiyle açıkça belirtmiştir. Bu nedenle, basiretli iş adamı

¹¹² Bkz. I, A, 2.

¹¹³ Ozanoğlu, “Tüketici Kavramı,” 690; Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri,” 72, dn. 59.

¹¹⁴ Türk Ticaret Kanunu’nda bazı hükümlerde “*basiretli iş adamı*”, bazı hükümlerde ise “*basiretli tacir*” kavramlarına yer verilmiştir. Örneğin tacir olmanın hükümlerine ilişkin TTK m. 18/2’de ve kolektif şirketlerin tasfiyesine ilişkin TTK m. 286’da “*basiretli iş adamı*” kavramına yer verilirken, acentenin borçlarına ilişkin TTK m. 110/2’de “*basiretli tacir*” kavramına yer verilmiştir. Bu durum öğretide, “*basiretli tacir*” ve “*basiretli iş adamı*” kavramlarının Türk Ticaret Kanunu’nda gelişigüzel kullanıldığı şeklinde yorumlanmıştır. Bkz. Poroy / Yasaman, 181. Bu çalışmada, TTK m. 18/2 hükmü önemli hususlardan birini teşkil etmesi ve hükümde de “*basiretli iş adamı*” kavramı kullanılması sebebiyle “*basiretli iş adamı*” kavramı tercih edilmiştir.

¹¹⁵ Arslanlı, 57; Karayalçın, 218; Poroy / Yasaman, 177; Tekil, 135; Arkan, 153; Bozer / Göle, 105; Ayhan / Çağlar / Özdamar, 230; Nomer Ertan (Ülgen / Helvacı / Kaya), 269; Şener, 188; Bozkurt, 222.

¹¹⁶ Karayalçın, 218.

gibi hareket etme yükümlülüğü sadece sözleşmelerde değil, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi diğer borcun kaynakları için de geçerlidir¹¹⁷.

Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ticari işletmenin konusuna veya türüne değil, doğrudan doğruya kişinin tacir sıfatına bağlanmıştır¹¹⁸. Bu nedenle, ticari işletmesinin konusu ile ilgili olmayan bir ticari iş yapan tacir için de basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹⁹.

Tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, onun tüketiciye sağlanan korumadan yararlanmasına engel oluşturmaktadır¹²⁰. Zira bu ilke tacirin, ticari faaliyetlerinde sözleşmenin her ne sebeple olursa olsun güçsüz (zayıf) tarafı olarak görülmesine engel olur¹²¹. Tacirin her zaman kendi menfaatlerini koruyacak şekilde davrandığı varsayılır¹²².

III. TACİRİN TÜKETİCİ SIFATI

A. Gerçek Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı

Gerçek kişi tacirin borçları kural olarak ticaridir (TTK m. 19/1). Her ne kadar TTK m. 19/1’de sayılan iki hâlde, yani işlemin yapıldığı anda bunun tacirin ticari işletmesi ile ilgili olmadığına karşı tarafa bildirilmesi ve işin ticari sayılmasına durumun elverişli olmaması durumlarında, gerçek kişi tacirlerin borcunun adi sayılacağı belirtilmiş olsa da gerçek kişi tacirin ticari işletmesi ile ilgili işlerinde herhangi bir istisna öngörülmemiştir¹²³. Bu nedenle, gerçek kişi tacir, ticari işletmesi ile ilgili işlerinde tüketici sıfatına

¹¹⁷ Arslanlı, 56-57; Karayalçın, 218; Tekil, 135; Bozer / Göle, 106.

¹¹⁸ Karayalçın, 218.

¹¹⁹ Karayalçın, 218.

¹²⁰ İnal, 280; Bahtiyar / Biçer, 402. Y. HGK., E. 2017/1637, K. 2020/13, 14.01.2020: “... ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan tacirler tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınamazlar....” (Yargıtay Karar Arama, E. T. 30.07.2023); Y. HGK., E. 2000/1255, K. 2000/1249, 11.10.2000 (HukukTürk, E. T. 11.01.2023); Y. HGK., E. 2011/500, K. 2011/550, 21.09.2011 (HukukTürk, E. T. 30.07.2023); Y. HGK., E. 2017/913, K. 2020/568, 09.07.2020 (Yargıtay Karar Arama, E. T. 31.07.2023).

¹²¹ Bahtiyar / Biçer, 402.

¹²² Bahtiyar / Biçer, 402.

¹²³ Battal, 321.

sahip değildir. Bu husus, TTK m. 12/2 uyarınca tacir sayılanlar hakkında da geçerlidir. Zira tacir sayılanlar hem tacirin sahip olduğu haklardan yararlanırlar hem de tacir gibi sorumlu olurlar. Başka bir deyişle, tacir sayılanlar tacir ile aynı hükümlere tâbidirler.

Yapılan işlemin taraflardan biri için ticari iş niteliğinde olması hâlinde, bu işlem diğer taraf için de ticari niteliktedir (TTK m. 19/2). Ticari işin diğer tarafa bu şekilde sirayet etmesi, onun tüketici sıfatını kazanmasına engel değildir¹²⁴. TTK m. 12/3 uyarınca yaptığı işlemler nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olanlar da tüketici sayılmaz. Zira kanun koyucu, bu kişileri, yaptıkları işlemler bakımından tacir gibi sorumlu tutmak suretiyle yapılan işlemi *ticari iş* olarak kabul etmiştir.

İşlemin niteliğine ilişkin gerçeğe aykırı açıklamaların da bu başlık altında incelenmesi gerekir. İlk ihtimalde gerçek kişi tacir, tüketici sayılabilmek amacıyla, ticari iş niteliğindeki bir işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını karşı tarafa bildirebilir. Burada tacir, gerçek amacını gizlemeye çalışmaktadır. Bu durumda, sözleşmelerin yorumuna ilişkin TBK m. 19/1'in uygulanması önerilebilir. Hükme göre; "*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır*". Bu çerçevede, gerçek kişi tacirin asıl amacını gizlemek için kullandığı sözcüklere bakılmaksızın gerçek iradesi esas alınacaktır. Bu durumda, gerçek kişi tacir tüketici sayılmaz. Şüphesiz, bu sonuç, modern tüketici hukukuna hâkim olan amaç teorisi ile de uyumludur. Zira bu teoriye göre, tüketici hukukuna ilişkin kuralların somut olaya uygulanmasında belirleyici kıstas tarafların işlem iradesi olduğu için tüketici, hukuki işlem ile ulaşmak istediği amaç sebebiyle bu sıfatı kazanmaktadır¹²⁵.

İşlemin niteliğine ilişkin gerçeğe aykırı açıklamalardan ikincisi, gerçek kişi tacirin, ticari işletmesi ile ilgili olmayan bir işleminin, tacire tanınan haklardan yararlanmak amacıyla ticari işletmesine ilişkin olduğu yönünde açıklamalarda bulunmasıdır. Örneğin gerçekte ailesi ile birlikte kullanmak amacıyla bir otomobil alan gerçek kişi tacir, vergi iadesinden yararlanmak için otomobilini ticari faaliyetlerinde kullanmak için almış gibi gösterirse artık

¹²⁴ Taşdelen, 711. Tüketici işlemi bakımından aynı yönde bkz. Ayhan / Çağlar / Özdamar, 24.

¹²⁵ Bkz. I, A, 2.

tüketici sayılması mümkün olmayacaktır¹²⁶. Zira gerçek kişi tacir yaptığı işlemlerle amacını açıkça ortaya koyuyorsa bu durumun değerlendirmede göz önüne alınması gerekir¹²⁷.

B. Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı

1. Ticaret Şirketleri

İcra ettikleri faaliyetin türüne veya başka herhangi bir hususa bakılmaksızın bütün ticaret şirketleri TTK m. 16/1 uyarınca tacirdir. TTK m. 19/1’de yer alan ticari iş karanesi bu şirketler açısından mutlak olup bunların adi alanı yoktur. Adi alanın bulunmaması, bunların *ticari bir amaç taşımaksızın* hareket edebildikleri bir alanın *olmadığı* anlamına gelir¹²⁸. Dolayısıyla ticaret şirketleri tarafından yürütülen hiçbir faaliyet, TKHK m. 3/1-k’da belirtilen *ticari olmayan, özel bir amacı taşımaz*¹²⁹. Yapılan işlemin şirketin doğrudan ticari faaliyeti veya işletme konusuyla ilgili olup olmamasının da bir önemi yoktur¹³⁰. Bu nedenle ticaret şirketleri tüketici olamazlar¹³¹.

¹²⁶ Aydoğdu / Kahveci, 88; Akipek Öcal / Kara, 26.

¹²⁷ Akipek Öcal / Kara, 26.

¹²⁸ Narbay / Akkuş, “Ticari İş,” 854; Narbay / Akkuş, “Dava Şartı,” 317.

¹²⁹ Zevkliler / Özel, 92; Gümüş, 18, 31; Aydoğdu / Kahveci, 82; Özel, 60; Yenice, 82; Taşdelen, 714; Narbay / Akkuş, “Ticari İş,” 854; Narbay / Akkuş, “Dava Şartı,” 317.

¹³⁰ Kuntalp, 308; Tutumlu, 189. Y. HGK., E. 2017/1637, K. 2020/13, 14.01.2020: “... *davacı limited şirket, tacir olup; tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere otomobil satın almıştır. Davacı tüketici olarak tanımlanamayacağı gibi, yaptığı işlemin tüketici işlemi olarak kabulüne de olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar aracın trafik sicil kaydında ve ruhsat fotokopisinde “hususî” yazılı ise de aracın sahibinin şirket olması ve faturanın da şirket adına düzenlenmesi nedeniyle, bu araç özel değil, ticari bir araçtır...*” (Yargıtay Karar Arama, E. T. 30.07.2023); Y. HGK., E. 2017/913, K. 2020/568, 09.07.2020 (Yargıtay Karar Arama, E. T. 31.07.2023).

¹³¹ Battal, 323; Zevkliler / Özel, 92; Bozer / Göle, 43; Gümüş, 18, 31; İnal, 278; Aydoğdu / Kahveci, 82; Şener, 244; Yavuz, 20, 28; Özel, 60; Kara, 56-58, 123; Akipek Öcal / Kara, 26; Aslan, 4; Yenice, 82; Taşdelen, 714-715; Levent Biçer, “6502 Sayılı TKHK’nın Ticari İşe ve Ticari Davaya Etkisi (I),” içinde *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım*, ed. Esra Hamamcıoğlu, Özge Uzun Kazmacı, M. Ertan Yardım, Argun Karamanhoğlu ve Zeliha Gizem Sayın (Ankara: Seçkin, 2016), 45; Ünal, 50; Tutumlu, 189; Ali Selman Erkuş, “Tüketici Kavramının Genişletilmesi,” içinde *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu – 20 Kasım 2018*, ed. İpek Yücer Aktürk (Ankara: Yetkin, 2019), 25. TKHK m. 51/9’a göre;

Öğretideki bir görüşe göre, önceki tarihli kanun-sonraki tarihli kanun ve genel kanun-özel kanun ilişkisinden hareketle ticaret şirketlerinin tüketici sayılması gerektiği ifade edilmektedir¹³². Bu görüşe göre; Türk Ticaret Kanunu *önceki tarihli genel bir kanun*, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise *sonraki tarihli özel bir kanundur*. Hukukun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallara göre; her somut olayda özel kanun hükümleri genel kanun hükümlerine, yeni tarihli kanun hükümleri ise eski tarihli kanun hükümlerine tercih edilmelidir. Dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tercih edilerek şirketler de dahil olmak üzere hiçbir ayırım gözetmeksizin ticari veya mesleki amaç dışında hareket eden tüm tüzel kişiler tüketici sayılmalıdır¹³³.

Türk Ticaret Kanunu *tacir* sıfatının belirlenmesi ve *tacir olmanın hükümleri* bakımından, diğer kanunlara göre özel bir kanundur. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise *tüketici* sıfatının belirlenmesi ve tüketiciye sağlanan koruma bakımından diğer kanunlara göre özel bir kanundur. Ancak iki kanun arasında *tacir* ve *tüketici* sıfatının belirlenmesi bakımından genel ve özel ayırımı yapmak mümkün görünmemektedir. Çünkü her iki kanun tamamen farklı konuları düzenlemektedir. Bu nedenle buradaki çatışmanın genel kanun-özel kanun ilişkisinden hareketle çözülmesi mümkün görünmemektedir.

Önceki tarihli kanun-sonraki tarihli kanun ilişkisinde, sonraki tarihli kanunun üstün tutulabilmesi için, iki genel veya iki özel kanunun *aynı*

“Ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilir.” Bu hüküm, kişinin tüketici olabilmesi için *ticari veya mesleki olmayan amaçlarla* hareket etmesi gerektiği yönündeki TKHK m. 3/1-k'nın istisnasıdır. Ayrıca bu hüküm, ticaret şirketlerinin, paket tur hizmetinden faydalanmaları halinde tüketici sayılacaklarına ilişkin istisnai bir kanuni düzenlemedir. Bkz. Taşdelen, 715-717.

¹³² Bu yönde bkz. Ayhan / Çağlar / Özdamar, 24; Yücer Aktürk, 125; Bal, 378. Karş. Tekten, 16-17.

¹³³ Yücer Aktürk, 125; Bal, 378. Benzer yönde bkz. Çabri, 59. *Çabri*'ye göre; AB ve diğer Avrupa ülkelerinin düzenlemelerinin aksine tüzel kişiler tüketici olarak kabul edilmiş olup, tüzel kişi tacirlerin bütün muamele, işlem ve fiillerini ticari olması gerektiğinin ve bunların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinden yararlanamayacağının kabul edilmesi yerinde değildir. Yazara göre tüzel kişi tacirler, ticari faaliyeti kapsamında olmayan işlemleri bakımından tüketici kabul edilmelidir (Çabri, 59).

konuları düzenleyen hükümleri arasında çelişkinin bulunması gerekir¹³⁴. Burada ise *farklı konuları* düzenleyen iki özel kanunun hükümleri arasında herhangi bir çelişki bulunmamaktadır. Bu nedenle buradaki çatışmanın önceki tarihli kanun-sonraki tarihli kanun ilişkisinden hareketle çözülmesi de mümkün değildir.

Burada, kanun koyucunun amacı göz önünde bulundurularak amaçsal yorum yöntemi ile bir sonuca ulaşılmalıdır. Esasında, çatışmanın çözümü şu soruyla yakından ilişkilidir: *Kanun koyucu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki tüketici tanımında yer alan 'tüzel kişi' ifadesi ile, tüzel kişi tacire ilişkin TTK m. 19'da öngörülen kesin karineyi ve Türk Ticaret Kanunu'nun tüzel kişi tacire ilişkin tercihini değiştirmek istemiş midir?*

Yukarıda açıklandığı üzere¹³⁵, hükümet tarafından teklif edilen kanun tasarısında sadece gerçek kişiler tüketici kabul edilmekte; tüzel kişiler tüketici tanımının kapsamı dışında bırakılmaktadır. Bunun bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir. Kanunu hazırlayanlar, tüzel kişileri tüketici tanımının kapsamından çıkarmak istemektedir. Tüzel kişilerin tüketici tanımının kapsamına alınması önerisinin ortaya atıldığı Komisyon'un amacı da tüzel kişi tacire ilişkin sistemde değişiklik yapmak değil, *kamu yararına çalışan dernek ve vakıfları* tüketici kapsamına almaktır. Aslında, Komisyon'un bu düşüncesi, modern tüketici hukukunda ileri sürülen görüşlerden kaynaklanmaktadır. Örneğin Alman öğretisinde, kanun koyucuya bu yönde bir düzenleme yapması için önerilerde bulunulmaktadır¹³⁶.

Öğretide, ticaret şirketlerinin tüketici sayılması gerektiği yönünde ileri sürülen görüşe gerekçe olarak gösterilen sebeplerden bir diğeri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile gerçek kişi tüketicilere sağlanan korumadan, nihai kullanım amacıyla ve mesleki bir gelir elde etme amacı olmaksızın, sadece tüketim gayesiyle hareket eden bir ticaret şirketini mahrum etmenin doğru olmayacağı; bu durumun, Kanun'un amacı ile bağdaşmayacağı ve hukuka aykırı olacağı düşüncesidir¹³⁷. Ticaret şirketleri, basiretli iş adamı gibi

¹³⁴ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 35. Bası (Ankara: Turhan, 2017), 199.

¹³⁵ Bkz. II, B.

¹³⁶ Bkz. Micklitz, § 13 N. 15.

¹³⁷ Bu yönde bkz. Mustafa Taşkın, "Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı," *Ankara Barosu Dergisi* 1 (1997): 36; Yücer Aktürk, 124. Her ne kadar makalesini yazdığı dönemde tüketicinin korunmasına ilişkin bir kanun bulunmamasına rağmen Poroy da bu grupta zikredilebilir. Poroy, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında

hareket etme yükümlülüğü altındadır (TTK m. 18/2). Bu yükümlülük yukarıda açıklandığı üzere¹³⁸, ticaret şirketlerinin bir hukuki işlemde zayıf taraf olarak görülmesine ve dolayısıyla da tüketiciye sağlanan korumadan yararlanmalarına engel olur. Bu yükümlülüğe göre, ticaret şirketleri kendi menfaatlerini korumak zorundadırlar¹³⁹. Örneğin, faaliyetlerini düzenli sürdürebilmek için yapacakları faaliyetlerde gereken bilgiyi gerekli tüm araştırmaları yaparak edinmelidirler¹⁴⁰. Tüketicinin, diğer kişilerden ayrıcalıklı konuma getirilerek korunmasının sebebi ve temeli, tüketici olarak korunma ihtiyacının mevcudiyetidir¹⁴¹. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ise tacir bakımından tüketici olarak korunma ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, ticaret şirketlerinin tüketiciye sağlanan korumadan *yararlandırılmaması* Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacına aykırı değildir; Kanun'un amacına aykırı olan ticaret şirketlerinin bu korumadan *yararlandırılmasıdır*¹⁴².

Burada şu soruya da cevap verilmelidir: *Acaba ticaret şirketleri, tüketiciye sağlanan korumadan yararlanırsa bunun ne gibi sonuçları olur?* Bu durum, öncelikli olarak *tüketici hukukunda uzmanlaşması* gereken tüketici

Kanun'dan 17 yıl önce (1978'de) yazdığı makalesinde, şu ifadelerle yer vermiştir: "... Ancak, ticaret yapan kişi, ister gerçek, ister tüzel kişi olsun, ticaretinin icrasına ilişkin bir mukavelede nasıl olsa tüketici olarak korunmayacaktır. Böyle olunca, tüketicinin yararlandığı korumadan, tüketici sıfatıyla hareket eden bir derneği, bir kamu tüzel kişisini ve hattâ bir ticaret ortaklığını – meselâ büro ihtiyacı için kırtasiye malzemesi veya bir hesap makinesi satın alan bir anonim ortaklığı – mahrum etmek kanımca doğru değildir..." (Poroy, 524).

Aksi yönde bkz. Narbay / Akkuş, "Ticari İş," 854-855; Narbay / Akkuş, "Dava Şartı," 317. Narbay / Akkuş'a göre, ticaret dünyasının zayıf tarafı olan tüketicileri korumak maksadı taşıyan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un, ticaret şirketlerine uygulanması, velev ki faaliyet alanı dışında kalan hususlar olsa, Kanun'un amacına ters düşer; örneğin, bir gerçek kişi tacirden mal alan ticaret şirketinin, gerçek kişi tacir karşısında korunması gibi taraflar arasında dengeyi bozan sonuçlar ortaya çıkar (Narbay / Akkuş, "Ticari İş," 854-855; Narbay / Akkuş, "Dava Şartı," 317-318).

¹³⁸ Bkz. II, Ç.

¹³⁹ Bahtiyar / Biçer, 402.

¹⁴⁰ Kuntalp, 307; Yavuz, 20.

¹⁴¹ Havutçu, 16.

¹⁴² Tüzel kişilerin, olumsuz ve haksız şartlar karşısında korunduğu, ayrıca bilgisizliklerini ve tecrübesizliklerini ileri süremeyeceği; bu hâlde tüzel kişilerin özel bir korunmaya da gereksinimleri olmadığı yönünde bkz. İnal, 280.

mahkemelerinin genel görevli mahkemeye dönüşmesi sonucunu doğurur¹⁴³. İkinci olarak ise yapılan masrafin geri dönüşümü bakımından eşitsizlik ortaya çıkar. Şöyle ki ticari iş karinesinin bir sonucu olarak ticaret şirketleri, *hür türlü* harcamalarını, maliyetlerine yazabilmekte ve böylece ödedikleri bedelin özellikle vergi hukukuna ilişkin düzenlemeler yoluyla geri dönüşümünü sağlayabilmektedir¹⁴⁴. Halbuki böyle bir imkândan diğer tüketiciler yararlanamaz, daha açık bir deyişle diğer tüketiciler için maliyetlerin geri dönüşümü söz konusu bile değildir¹⁴⁵.

2. Amacına Varmak İçin Ticari Bir İşletme İşleten Dernekler ve Vakıflar

Kanun koyucu, ticaret şirketlerinin aksine, dernek ve vakıfların tacir sayılabilmeleri için bunların amaçlarına varmak için bir ticari işletmeyi işletmeleri şartını aramıştır. Dernek ve vakıfların tacir sıfatı bu yönüyle gerçek kişi tacirlerin durumuna benzemektedir. Dernek ve vakıflar, ticari işletmeleri nedeniye ve bu işletme var olduğu sürece tacir sayılırlar.

Amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların, gerçek kişi tacirde olduğu gibi ticari işletmeleri ile ilgili işlerinde tüketici sayılamayacağı açıktır. Burada sorulması gereken soru, gerçek kişi tacirde olduğu gibi bunların da adi bir alanı var mıdır, yoksa yaptıkları bütün işler ticari midir? İlk bakışta, amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların, tacir sıfatının kazanılması bakımından gerçek kişi tacir ile benzer olmasından hareketle adi bir alanının olabileceği savunulabilir. Ancak bu benzerlik yanıltıcıdır. Zira TTK m. 19/1’de yer alan ticari iş karinesine ilişkin düzenleme, gerçek kişi tacir ile tüzel kişi tacir bakımından farklıdır. Türk Ticaret Kanunu sisteminde, kanun koyucu tüzel kişi tacirler arasında herhangi bir ayırım yapmadan adi alanlarının olamayacağı yönünde *kesin bir kaine*

¹⁴³ Bu düşünce, *Havutçu* tarafından 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un tüketici işlemleri bakımından uygulama alanının tespitinde ileri sürülmüştür. Yazara göre, Kanun’a göre tüketici sıfatıyla hareket eden alıcının özel olarak korunmasını gerektiren bir durum olmamasına rağmen tüketici mahkemelerinde dava açılabilmesini kabul etmek, tüketici sorunlarında uzmanlaşması gereken tüketici mahkemelerini genel mahkemeye dönüştürür (*Havutçu*, 11-12.).

¹⁴⁴ Bahtiyar / Biçer, 405. *Bahtiyar / Biçer*’e göre bu geri dönüşüm, ticaret şirketlerinin yaptıkları işlemlerin tümünün ticari sayılmasının nedenidir (*Bahtiyar / Biçer*, 405).

¹⁴⁵ *Bahtiyar / Biçer*, 405-406.

kabul etmiştir. Bu nedenle, amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların durumu, bu yönüyle gerçek kişi tacirin durumundan farklıdır¹⁴⁶.

İlke olarak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacı satıcı / sağlayıcı karşısında güçsüz durumda olan tüketiciyi korumaktır. Kanun, bu amacını gerçekleştirmek için çeşitli yollarla örneğin bir takım ilave haklar vermek, bazı hususlarda ispat kolaylıkları sağlamak suretiyle tüketiciye diğer kanunlarda olmayan imkânlar sağlamaktadır. Bu çerçevede, ticari işletme işleten dernek ve vakıfların bu korumadan yararlanmasının gerekip gerekmediği sorusu da gündeme gelmektedir. Bu soru, tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü de hesaba katılarak cevaplanmalıdır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ticari işletmenin konusuna veya türüne değil, doğrudan doğruya kişinin tacir sıfatına bağlanmıştır. Bu nedenle, ticari işletmesinin konusu ile ilgili olmayan bir ticari iş yapan tacir için de basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Tacir sıfatını haiz dernek ve vakıfların, TTK m. 19/1 uyarınca bütün işleri ticari olduğundan, bunlar ayırım yapmaksızın basiretli davranmak zorundadır. Bu nedenle, güçsüzlük, bilgisizlik, reklam ve pazarlama tekniklerinin gelişmesi gibi tüketicinin korunmasının altında yatan sebeplere bu açıdan mesafeli bir şekilde yaklaşılmalıdır. Kaldı ki amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların adi alanının bulunmaması ve tüketici sayılmaması, bunların korunmadığı gibi bir sonuca yol açmaz¹⁴⁷. Genel hükümler çerçevesinde, özellikle sözleşmeye aykırılık ve haksız rekabet hükümleri bağlamında korumadan yine bahsedilebilir.

¹⁴⁶ Derneklerin nihai amaç olarak kazanç paylaşmak amacıyla kurulmadığı, derneklerin ticari işletme işletmesinin nihai amaca ulaşmak için bir araç olduğu düşünülürse, derneklerin işlettikleri ticari işletmenin faaliyet alanı dışında yaptıkları işlemler bakımından tüketici sayılmalarına herhangi bir engel bulunmadığı yönünde bkz. Ozanoğlu, "Tüketici Kavramı," 690, dn. 73; Ozanoğlu, "Tüketici Sözleşmeleri," 72, dn. 59. Benzer yönde bkz. İnal, 280; Aydoğdu / Kahveci, 82; Yavuz, 20, 27; Çabri, 56. Dernek ve vakıf gibi özel hukuk tüzel kişilerinin, ideal (manevi) amaçlarla davrandıkları ölçüde tüketici sayılmaları gerektiği yönünde bkz. Bahtiyar / Biçer, 404.

¹⁴⁷ Hukuki ilişkilerde korunmaya muhtaç kişilerin tüketiciye indirgenerek korumanın odak noktasının tüketici ile daraltılmasının korumada eksikliklere yol açacağı; sigorta, kira gibi ilişkilerde de koruyucu hükümlerin bulunduğu ve tüketici sayılmayan kişilerin de korunduğu yönünde bkz. Heiss, 88-89.

Bu çerçevede, amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların tüketici sayılması mümkün görünmemektedir. Kanunun tüketici tanımında yer alan tüzel kişi ifadesi ile gelir (kâr) elde etme amacı veya mesleki amacı olmayan, başka bir deyişle tacir niteliğinde olmayan dernek ve vakıflar kastedilmektedir¹⁴⁸.

3. Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Kurulan ve Tacir Sifatını Haiz Kurum ve Kuruluşlar

Kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve tacir sıfatını haiz kurum ve kuruluşların tüketici sıfatını haiz olmadığı konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır¹⁴⁹. Bunun birinci sebebi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un hedef kitlesinin, korunmaya muhtaç gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri olduğu düşüncesidir¹⁵⁰. İkinci olarak ise yukarıda ticaret şirketleri ile amacına varmak için bir ticari işletme işleten dernek ve vakıflara ilişkin söylenen hususlar, kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve tacir sıfatını haiz kurum ve kuruluşlar için de geçerlidir. Bu sebeple, bunların da tüketici sıfatından bahsetmek mümkün görünmemektedir.

SONUÇ

Türk Hukukunda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile tüketici tanımının kapsamına tüzel kişilerin eklenmesi, hem AB Parlamentosu ve Konseyi'nin yönergeleri hem de Kıta Avrupası ülkelerinin hukuklarından farklı bir düzenlemeye sebebiyet vermiştir. Zira AB Parlamentosu ve Konseyi yönergeleri ile Kıta Avrupası ülkelerinin hukuklarında tüketici tanımı, gerçek kişi esas alınarak yapılmıştır. Söz konusu hukuk sistemlerinde tüzel kişilerin tüketici olarak kabul edilmemesinin sebebi; tüzel kişilerin özellikle, kişisel, ailevi veya ev işlerinde kullanım gibi ticari veya mesleki olmayan bir amaç takip ederek işlemlerde bulunmasının tüzel kişilik kavramı ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığı düşüncesidir. Bu çerçevede, tüzel kişilerin tüketici sıfatının belirlenmesi Türkiye'ye özgü bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle sorunun, Türk hukukundaki diğer düzenlemeler, özellikle Türk Ticaret Kanunu hükümleri dikkate alınarak çözüme kavuşturulması gerekir.

¹⁴⁸ Kuntalp, 308; Akipek Öcal / Kara, 26; Yenice, 83; Ünal, 50.

¹⁴⁹ Battal, 328; Bahtiyar / Biçer, 408; Taşdelen, 713, 719.

¹⁵⁰ Battal, 328.

Kanun'da tüketici sıfatının belirlenmesinde, amaç unsurundan hareket edilmiştir. Bu yaklaşım, modern tüketici hukukuna hâkim olan amaç teorisinin bir yansımasıdır. Ancak bu teori ile tüzel kişi kavramı uyumlu olmayıp bunların bağdaştırılması mümkün değildir. Ticari iş karinesinin, tüzel kişi tacirler bakımından mutlak olması karşısında, amaç teorisi ile tüzel kişi tacir arasındaki ilişkiyi izah etmek oldukça zor olmaktadır.

Kişinin hukuki işlem ile ulaşmak istediği amacın bir taraftan ticari veya mesleki olmaması, diğer taraftan ise ticari veya mesleki olması hâlinde karma amaç söz konusudur. Ancak bir mal veya hizmet, ticari veya mesleki amaçla alınmasına rağmen istisnai olarak özel amaçlar için de kullanılıyorsa ya da tam tersi durumda yani özel amaçlar için alınmasına rağmen istisnai olarak ticari veya mesleki amaçlarla da kullanılıyorsa, karma amaçtan söz edilemez. Zira karma amaç ifadesi ile anlaşılması gereken istisnai kullanımların var olması değil, her iki amacın da birlikte var olmasıdır.

Karma amacın söz konusu olması hâlinde her somut olaya göre yapılacak değerlendirme farklı olabilir. Öncelikle işlemin bölünebilir olup olmadığı tespit edilmelidir. İşleme konu mal veya hizmetin ticari amaçlı olmayan kısımlarının diğer kısımlardan ayrılabilirdiği durumlarda, bu kısımlar bakımından tüketici sıfatı söz konusu olacak, geri kalan kısım için ise tüketici sıfatından söz edilemeyecektir. Eğer işlem bölünebilir değilse, o zaman durumun özelliğine göre dürüstlük kuralı ışığında ve baskın amaca bakılarak bir sonuca ulaşılmalıdır.

TTK m. 19/1 hükmünde düzenlenen ticari iş karinesinde, gerçek kişi tacir-tüzel kişi tacire ilişkin yapılan ayırım Türk hukukuna özgüdür. Alman Ticaret Kanunu'nda böyle bir düzenleme bulunmadığı için bu durumu, Türk hukuku özelinden ayrıca değerlendirmek gerekmektedir.

Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ticari işletmenin konusuna veya türüne değil, doğrudan doğruya kişinin tacir sıfatına bağlanmıştır. Bu nedenle, ticari işletmesinin konusu ile ilgili olmayan bir ticari iş yapan tacir için de basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, onun tüketiciye sağlanan korumadan yararlanmasına engel oluşturmaktadır. Zira bu ilke tacirin, ticari faaliyetlerinde hukuki ilişkinin güçsüz tarafı olarak görülmesine engel olur.

Gerçek kişi tacir, ticari işletmesi ile ilgili işlerinde tüketici sıfatını kazanamaz. Bu husus, TTK m. 12/2 uyarınca tacir sayılanlar hakkında da

geçerlidir. Zira tacir sayılanlar hem tacirin sahip olduğu haklardan yararlanırlar hem de tacir gibi sorumlu olurlar; başka bir deyişle, tacir ile aynı hükümlere tâbi olurlar.

Yapılan işlemin taraflardan biri için ticari iş niteliğinde olması hâlinde, bu sözleşme diğer taraf için de ticari niteliktedir (TTK m. 19/2). Ticari işin diğer tarafa bu şekilde sirayet etmesi, onun tüketici sıfatını kazanmasına engel değildir. TTK m. 12/3 uyarınca yaptığı işlemler nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olanlar da tüketici sayılamaz. Zira kanun koyucu bu kişileri yaptığı işlemler bakımından tacir gibi sorumlu tutarak yaptıkları işlemi ticari olarak kabul etmiştir.

İşlemin niteliğine ilişkin gerçeğe aykırı açıklamalar söz konusu olduğunda, sözleşmelerin yorumuna ilişkin TBK m. 19/1 uygulanması önerilebilir. Bu çerçevede, gerçek kişi tacirin gerçek amacını gizlemek için kullandığı sözcüklere bakılmaksızın gerçek iradesi esas alınacağı için gerçek kişi tacir tüketici olarak değerlendirilmez. Gerçek kişi tacirin, ticari işletmesi ile ilgili olmayan bir işleminin, tacire tanınan haklardan yararlanmak amacıyla ticari işletmesine ilişkin olduğu yönünde açıklamalarda bulunması durumunda da tüketici sıfatından bahsetmek mümkün değildir.

Ticaret şirketleri TTK m. 16/1 uyarınca tacirdir. TTK m. 19/1’de yer alan ticari iş karinesi bu şirketler açısından mutlak olup bunların adi alanı yoktur. Adi alanın bulunmaması, bunların ticari bir amaç taşımaksızın hareket edebildikleri bir alanın olmadığı anlamına geldiğinden ticaret şirketleri tarafından yürütülen hiçbir faaliyet, TKHK m. 3/1-k’da belirtilen ticari olmayan, özel bir amaç taşımaz. Yapılan işlemin şirketin doğrudan ticari faaliyeti veya işletme konusuyla ilgili olup olmamasının da bir önemi yoktur. Bu nedenle ticaret şirketleri tüketici sıfatını kazanamazlar.

Amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların tüketici sayılması mümkün görünmemektedir. Zira tüketici tanımında yer alan tüzel kişi ifadesi ile gelir elde etme amacı veya mesleki amacı olmayan, başka bir deyişle tacir niteliğinde olmayan dernek ve vakıflar kastedilmektedir. Kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve tacir sıfatını haiz kurum ve kuruluşların tüketici sıfatını haiz olmadığı da eklenmelidir.

KISALTMALAR CETVELİ

233 sayılı KHK : 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun
Hükmünde Kararname

AB : Avrupa Birliği

Art. : Artikel

ASEAD : Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BeckRS : Beck-Rechtsprechung

BGH : Bundesgerichtshof der Bundesrepublik Deutschland

bkz. : bakınız

BÜHFD : Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

C. : Cilt

dn. : dipnot

E. T. : Erişim Tarihi

E. : Esas Sayısı

EC : European Community

ed. : editör / editörler

eTTK : 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

EU : European Union

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD. : Hukuk Dairesi

HGK. : Hukuk Genel Kurulu

İKÜHFD : İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İNÜHFD : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

K. : Karar Sayısı

karş. : karşılaştırmamız

KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
L	: Legislation
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: madde
MÜHF – HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Kenar Numarası
NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	: Nummer
OJ	: Official Journal of the European Union
p.	: page
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa / Seite
S.	: Sayı
SR	: Systematische Rechtssammlung
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
ZR	: Zivilrecht

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet ve Alper Uyumaz. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme.” *İNÜHFD* 4, 2 (2013): 241-276.
- Akipek Öcal, Şebnem ve İlhan Kara. *Tüketici Hukuku Dersleri*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Akipek Öcal, Şebnem. “Madde 3 / Akipek Şerhi.” İçinde *Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Editörler: Tokbaş, Hakan ve Özlem Tüzüner, 40-60. İstanbul: Aristo, 2016.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. 28. Bası. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2022.
- Arsanlı, Halil. *Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumî Hükümler*. 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960.
- Aslan, İ. Yılmaz. *Tüketici Hukuku Dersleri*. 8. Baskı. Bursa: Ekin, 2021.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Tüketici Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet, 2021.
- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar. *Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar*. 14. Baskı. Ankara: Yetkin, 2021.
- Bahtiyar, Mehmet ve Levent Biçer. “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi.” *MÜHF – HAD* 22, 3 (Cevdet Yavuz’a Armağan) (2016): 395-436.
- Bal, Yakup. “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu.” *TAAD* 13, 50 (2022): 365-384.
- Baştuğ, İrfan ve H. Ercüment Erdem. *Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları)*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1993.
- Baştuğ, İrfan. “Küçük ve Kısıtlıların Tacirlik Sıfatı.” *Batider* 5, 4 (1970): 805-813.
- Battal, Ahmet. “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı.” İçinde *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, 313-332. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- Baykan, Renan. *Tüketici Hukuku, Mevzuata İlişkin Yorum – Eleştiri – Öneri*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası, 2004.
- Biçer, Levent. “6502 Sayılı TKHK’nın Ticari İşe ve Ticari Davaya Etkisi (I).” İçinde *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım*, Editörler: Hamamcıoğlu, Esra, Özge Uzun Kazmacı, M. Ertan Yardım, Argun Karamanlıoğlu ve Zeliha Gizem Sayın, 43-47. Ankara: Seçkin, 2016.
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı*. 35. Bası. Ankara: Turhan, 2017.
- Bozer, Ali ve Celal Göle. *Ticari İşletme Hukuku*. 6. Bası. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020.

- Bozkurt, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku*. 5. Baskı. Ankara: Yetkin, 2023.
- Çabri, Sezer. *6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. Ankara: Adalet, 2016.
- Çelik, Aytekin. "Ticari İşlerde Faiz Konusundaki Hükümlerin Tüketici İşlemlerinde Uygulanması." *BÜHFD* 7, 2 (2021): 259-290.
- Domaniç, Hayri. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*. C. I. İstanbul: Temel, 1988.
- Erkuş, Ali Selman. "Tüketici Kavramının Genişletilmesi." *İçinde Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu – 20 Kasım 2018*, Editör: İpek Yücer Aktürk, 23-29. Ankara: Yetkin, 2019.
- Fornasier, Matteo. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I*, Editörler: Säcker, Franz Jürgen, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg. 9. Auflage. München: C.H.Beck, 2022.
- Göktürk, Kürşat. "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi." *GÜHFD* XIX, 2 (2015): 3-44.
- Gümüş, Mustafa Alper. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. C. I (Madde: 1-46). İstanbul: Vedat, 2014.
- Havutçu, Ayşe. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı." *Terazi Hukuk Dergisi* 9, Özel Sayı (2014): 8-19.
- Heiss, Helmut. "Der Rechtsbegriff «Konsument»." *İçinde Grundfragen des Konsumentenrechts*, Editörler: Heiss, Helmut ve Leander D. Loacker, 85-108. Zürich: Schulthess, 2020.
- Hirş, Ernst E.. *Ticaret Hukuku Dersleri*. 3. Baskı. İstanbul: Hak, 1948.
- İlgün, Ömer Faruk. *Tüketici İşlemleri Hukuku*. İstanbul: Legal, 2021.
- İnal, H. Tamer. *Tüketici Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2014.
- Kara, İlhan. *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku*. Ankara: Engin, 2015.
- Karakocalı, Ahmet ve Ali Suphi Kurşun. *Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)*. İstanbul: Aristo, 2015.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku, I. Giriş – Ticari İşletme*. 3. Baskı. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968.
- Kırca, İsmail. "Ticari İş ve Ticari Hükme Dair." *BATİDER* XXXIV, 3 (2018): 5-17.
- Kingisepp, Margus ve Age Värvi. "The Notion Of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive – a Significant Change Of Paradigm?." *Juridica International* XVIII (2011): 44-53.

- Kuntalp, Erden. “Finansal Kiralama Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketim ve Yatırım Malı Ayırımı.” İçinde *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, 287-311. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- Lenkeit, Olaf. *Privates Baurecht: Kommentar zu §§ 631 ff. BGB samt systematischen Darstellungen sowie Kurzkommentierungen zu VOB/B, HOAI und BauFordSiG*, Editörler: Messerschmidt, Burkhard ve Wolfgang Voit. 4. Auflage. München: C.H.Beck, 2022.
- Martens, Sebastian. *BeckOK BGB*, Editörler: Hau, Wolfgang ve Roman Poseck. 64. Edition. München: C.H.Beck, 2022.
- Micklitz, Hans-W.. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProStG, AGG*, Editörler: Säcker, Franz Jürgen, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg. 9. Auflage. München: C.H.Beck, 2021.
- Möhler, Christine. *Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten*, Editör: Schmid, Jörg. Zürich: Schulthess, 2014.
- Musielak, Hans-Joachim ve Wolfgang Voit. *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar*. 19. Auflage. München: Franz Vahlen, 2022.
- Narbay, Şafak ve Muhammed Akkuş. “Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş – Tüketici İşlemi Ayırımı.” İçinde *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan*, 823-881. Ankara: On İki Levha, 2019 (Ticari İş).
- Narbay, Şafak ve Muhammed Akkuş. “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler.” *TAAD* 11, 44 (2020): 301-333 (Dava Şartı).
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım).” İçinde *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, 663-692. İstanbul: Beta, 2000 (Tüketici Kavramı).
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı).” *AÜHFD* 50, 1 (2001): 55-90 (Tüketici Sözleşmeleri).
- Özay, Osman Levent. “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi.” *ASEAD* 4, 12 (2017): 257-272.
- Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Seçkin, 2021.

- Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. *Ticari İşletme Hukuku*. 18. Bası. İstanbul: Vedat, 2019.
- Poroy, Reha. "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları." İçinde *Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan*, 513-550. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- Schmidt, Andrea. "Verbraucher." İçinde *Weber kompakt, Rechtswörterbuch* (Editör: Weber, Klaus). 7. Edition. München: C.H.Beck, 2022.
- Sirmen, Lale. "Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi." *Terazi Hukuk Dergisi* 9, Özel Sayı (2014): 156-162.
- Şahin McCarthy, Oya. "Sözleşme Serbestisinin Bir Sınırı Olarak Tüketici Hukuku ve Uygulaması." *İstanbul Barosu Dergisi* 85, 5 (2011): 85-107.
- Şener, Oruç Hami. *Ticari İşletme Hukuku, Ders Kitabı*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin, 2020.
- Taşdelen, Nihat. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Tüketici Sıfatı." *İKÜHFD* 16, 2 (2017): 705-719.
- Taşkın, Mustafa. "Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı." *Ankara Barosu Dergisi* 1 (1997): 30-37.
- Tekil, Fahiman. *Ticari İşletme Hukuku*. 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1997.
- Tekten, Emel. "Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu ve Bu Kapsamda Taraf Oldukları Hukuki Uyuşmazlıkların Ticari/Tüketici Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri." *SÜHFD* 31, 1 (2023): 1-34.
- Tutumlu, Mehmet Akif. "Tüketici Davaları Bakımından Tüketici Kavramı." *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, 1 (2016): 179-198.
- Tüzemen Atik, Ebru. "Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramlarının Ticari Davaya ve Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri." *SÜHFD* 30, 3 (2022): 1515-1560.
- Tüzüner, Özlem. "Madde 1 / Tüzüner Şerhi." İçinde *Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Editörler: Tokbaş, Hakan ve Özlem Tüzüner, 1-27. İstanbul: Aristo, 2016.
- Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan. *Ticari İşletme Hukuku*. 6. Bası. İstanbul: Vedat, 2019.
- Ünal, Ahmet Cemil. "Ticari İş – Tüketici İşlemi Ayrımı Kapsamında Tüzel Kişi Tacirlerin Durumu." *BÜHFD* 6, 1 (2020): 37-52.
- Yavuz, Nihat. *Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. 2. Baskı. Ankara: Adalet, 2010.

Yenice, Özge. “Tüzel Kişilerin Tüketici Niteliği.” *LHD* 13, 156 (2015): 71-86.

Yıldırım, Abdülkerim. “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler.” *GÜHFD* XVII, 1-2 (2013): 1015-1047.

Yücer Aktürk, İpek. “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı.” *GÜHFD* XX, 2 (2016): 103-128.

Zevkliler, Aydın ve Çağlar Özel. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2016.

İnternet Kaynakları:

Beck-Online – Die Datenbank. <https://beck-online.beck.de/Home>.

HukukTürk İhtihat Bilgi Bankası. <https://www.hukukturk.com/> (HukukTürk).

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. <https://www.lexpera.com.tr/> (Lexpera).

Swisslex. <https://www.swisslex.ch/de/>.

TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/>.

Yargıtay Karar Arama Sistemi. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Yargıtay Karar Arama).

