

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**



**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN 2651 - 4141

E-ISSN 2667 - 4068

Cilt XXVII, Ekim 2023, Sayı 4

Vol. XXVII, October 2023, No. 4

Ankara 2023

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü: Editor in Chief **:

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editörler*: Editors:**

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN Assoc. Prof. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist.Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Editör Yardımcıları: Deputy Editors:

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ*** Res. Assist. Metin GÜZEŞ****

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇİTİR Res. Assist. Nihan ÇİTİR

Arş. Gör. İrem Tuğçe SEVİNÇ Res. Assist. İrem Tuğçe SEVİNÇ

Yayın Kurulu*: Editorial Board :**

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN Assoc. Prof. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist.Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ Res. Assist. Metin GÜZEŞ

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇİTİR Res. Assist. Nihan ÇİTİR

Arş. Gör. İrem Tuğçe SEVİNÇ Res. Assist. İrem Tuğçe SEVİNÇ

Bu dergi yılda dört defa yayımlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Yüksel ERKAN

ISSN-2651-4141 E-ISSN 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

*** İlgili editör yardımcısı halen Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

**** This deputy editor currently work at Tokat Gaziosmanpaşa University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 20 07 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr> e-posta:
hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

ASOS
indeks



DANIŞMANLAR KURULU

| | |
|-------------------------------|--|
| Prof. Dr. Aydın GÜLAN | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Mahmut KOCA | İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Rıza AYHAN | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Süha TANRIVER | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR | Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Yadiğar İZMİRLİ | İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Ömer ANAYURT | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İbrahim ERMENEK | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY | Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Muhittin ASTARLI | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

Yayın Etiği

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi uluslararası yayın etiği standartlarına uygun bir şekilde faaliyet gösterir.

AHBVÜ-HFD yayın süreçlerinde Yayın Etiği Komitesi (Committee on Publication Ethics, COPE), Açık Erişim Dergiler Rehberi (Directory of Open Access Journals, DOAJ) ve Açık Erişim Akademik Yayıncılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association, OASPA) ve Dünya Tıp Editörleri Birliği (World Association of Medical Editors, WAME) tarafından yayınlanan yayın etiği standartlarını takip eder. COPE Yayın Etiği Kılavuzları, "Dergi Editörleri İçin Davranış Kuralları Ve En İyi Uygulama İlkeleri - Code Of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors" ile "Bilimsel Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkeleri-Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing" dergi editörler kurulu tarafından benimsenmiştir.-

Şeffaflık İlkesi

Dergi işleyişi şeffaflık ve önceden belirlenen usullere tabidir.

Dergi AHBVÜ Hukuk Fakültesi tarafından çıkarılmakta olup Derginin ismi AHBVÜ-HFD olup kısaltması AHBVÜ-HFD'dir. 2018 yılındaki Kanun değişikliğinden önce dergi, hukuk fakültesinin eskiden bağlı bulunduğu Gazi Üniversitesi bünyesinde Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adını taşımaktaydı. Bu bakımdan 1998-2018 yılları arasında bu isim adı altında yayınlanan makaleler de Dergiye ait olup internet sitesindeki arşivden erişilebilir.

Dergi yılda 4 kez Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarının sonunda veya en geç sonraki ayın ilk haftası içinde yayınlanır. Sistem makale kabulü için her zaman açık tutulur. Makale kabul süreci Dergipark sistemi üzerinden, ilgili birim ve kişilerin her an bilgi alabileceği ve her aşamayı takip edebileceği şekilde yürütülür.

Yazarlar makalelerini Dergipark sistemi üzerinden dergiye yollarlar. Dergipark TÜBİTAK ULAKBİM çatısı altında, Türkiye'de yayınlanan akademik hakemli dergiler için elektronik ortamda barındırma ve editöryal süreç yönetimi hizmeti sunarak teknik destek sağlayan bir kuruluştur. DergiPark'a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/page/about>

Yazışmalar dahil olmak üzere Derginin bütün süreçleri Dergipark'ın yüksek güvenli ve sürekli güncellenen sistemi üzerinden gerçekleştirilir. Makale süreçleri, dosyalar ve yazışmalar Dergipark üzerinden arşivlendirilir.

Kural olarak yayın süreci tamamlanmış dergiler sonraki ilk sayıda yayınlanır. Ancak Editörler Kurulu, makale sayısı veya makale konularını dikkate alarak bazı makalelerin sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir. Bu halde yazarlar bilgilendirilir.

Açık Erişim İlkesi ve Telif Hakkı

AHBVÜ-HFD **açık erişimli bir dergidir**. Yazarlar AHBVÜ-HFD dergisinde yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanımı dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına,

çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Bkz. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.tr>

Araştırma Etiği

Dergi, uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser.

Yazarların Sorumluluğu

Gönderilen makaleler derginin amaç ve kapsamına uygun olmalıdır.

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkâr edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir. Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır.

Yazar makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirilmediğini ıslak imzalı matbu etik beyan formunu sisteme yükler.

Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılır ve referanslarda belirtilir.

Çalışmanın oluşturulmasında içeriğe akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkı sağlamayan kişiler, yazar olarak belirtilmez. Yazarların isim sıralaması yazarların ortak kararını yansıtır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını Telif Hakkı Devir Formunda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar. Çeviri eserlerde yazardan ya da yayın hakkına sahip kişi ve kurumdan yazılı yayın izni alınır ve bu izin belgesi, başvuru evrakına eklenir.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler (teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler) "teşekkür / bilgiler" kısmında sıralanır.

Yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkileri, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan eder.

Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Yazarlar kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduklarını veya deney yapılan deneklerin rızasının alındığını gösteren belgeye sahip olmalıdır.

Yazarlar yayınlanmış, erken görünüm veya değerlendirme aşamasındaki çalışmasıyla ilgili bir yanlış ya da hatayı fark etmesi durumunda, dergi editörünü veya yayıncıyı bilgilendirme, düzeltme veya geri çekme işlemlerinde editörle işbirliği yapar.

Yazarlar çalışmalarını aynı anda birden fazla derginin başvuru sürecinde bulunduramaz. Her bir başvuru önceki başvurunun tamamlanmasını takiben başlatılabilir.

Değerlendirme süreci başlamış bir çalışmanın yazar sorumluluklarının değiştirilmesi (Yazar ekleme, yazar sırası değiştirme, yazar çıkartma gibi) teklif edilemez.

Yazar ismini ve ORCID numarası ile kurum bilgilerini açık, doğru ve eksiksiz olarak makaleyle beraber yolladığı dergi kapak sayfasına yazar. Üniversite ve Fakülte/Müdürlük adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer alır.

Editörler ve Editör Yardımcılarının Sorumlulukları

Editör, makalenin dergiye ulaşmasından yayımlanmasına kadar bütün yayın ve hakemlik sürecini yöneten ve derginin kalitesinden ve performansından sorumlu olan kişidir. Editör, Hukuk Fakültesi Dekanı tarafından, en az doktor unvanına sahip Üniversite öğretim elemanları arasından üç yıl süre için görevlendirilir. Editörlerden biri baş editördür.

Baş editör; editörler ve editör yardımcıları arasındaki uyum ve koordinasyon ile yayının toplam kalitesinden sorumludur. Kural olarak editörler uzmanlık alanlarıyla ilişkili makalelerle ilgilenirler.

Editörler, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir.

Her makalenin Dergipark sistemi üzerinden yazarlarca da görünen bir editörü ve editör yardımcısı bulunur. Konuya ilişkin görev dağılımı editörlerin ve editör yardımcılarının uzmanlık alanına göre yapılır ve bu dağılım önceden belirlidir. İş yükü ve izinli olma gibi sebeplerle bu kuralın dışında bir dağılım yapılması mümkündür.

Editörler dergiye gönderilen makaleleri kalite, içerik ve alana katkı açısından genel olarak değerlendirir ve makalenin yayın sürecine girip girmemesine karar verirler. Bu aşamada makale sürece sokulmaksızın reddedilebilir.

Editör yardımcıları görevli oldukları makalelerde makale dosyalarının tam ve eksiksiz olup olmadığını ve makalelerin dergi yazım kurallarına uygunluğunu denetler; yazarların gerekli düzenlemeleri yapmasını sağlarlar.

Editör yardımcıları, her makaleyi bizzat Turnitin intihal programına sokarak intihal raporu alırlar. İçerik ve şekil açısından sorunlu hususları alan editörüne bildirirler.

Editör yardımcıları ön inceleme süreci tamamlanan makaleleri, hakem atamalarının yapılması için ilgili alan editörüne yönlendirilirler.

Editör yardımcıları yazarlarla iletişim kurar ve editörlere gerekli bilgilendirme ve hatırlatmaları yaparak sürecin hızlı ilerlemesini sağlarlar.

Makaleler editörler tarafından adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesine yollanır. Editörler; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermezler. Editörler hakem incelemesinin makul sürede tamamlanmaması halinde hakemle iletişim kurarak sürecin hızlandırılmasını talep edebilir veya yeni bir hakem ataması gerçekleştirebilirler.

Editörler atadıkları hakemlerin içerik, hız ve üslup açısından performanslarını takip ederler.

Hakem incelemesi sonucunda editörler, hakem raporlarını değerlendirir. Editörler Kurulu toplanarak makalenin kabulüne, üçüncü bir hakeme gönderilmesine veya

reddedilmesine karar verirler. Red kararının gerekçesi ve hakem raporları yazara gönderilir.

Bu süreçte gönderilen makalelere ilişkin tüm bilgiler, makale yayınlanana kadar gizli tutulur.

Baş editör, yazarın bilgisi dahilinde gereğinde hata sayfası yayınlatabilir ya da düzeltme yapabilir.

Hakemlerin Sorumlulukları

Bilimsel araştırma makaleleri için iki, çeviri makaleleri ise bir hakem alan editörleri tarafından atanır. Hakemler, araştırma, yazarlar ve/veya araştırmaya fon sağlayanlarla çıkar çatışması bulunmaması esastır.

Hakemler çalışmanın konusuna uygun olarak belirlenir. Hakemlerin makale konusu alanda çalışmalarının bulunması veya ilgili alanda yetkin olması esastır. Genel kural, hakemle ile yazarın farklı kurumlara mensup olmasıdır.

Yazarların akademisyen olması durumunda, hakemler mümkünse bir üst unvana sahip akademisyenler arasından seçilir. (Örneğin. Doktor öğretim üyesinin makalesi doçent ya da profesör ünvanlı akademisyenlere gönderilir.)

Kör hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgileri gizli tutulur.

Hakemlerin kendilerine Dergipark üzerinden e-posta yoluyla gönderilen makale özetinin ekli olduğu davete 10 gün içinde cevap vermeleri esastır. Bu süre gerekirse iki kere daha 5 gün olarak uzatılır. Hakem daveti süresi içinde kabul etmez veya reddederse alan editörü sistem üzerinden daveti iptal ederek; başka bir kişiye hakemlik daveti yollayabilir.

Daveti kabul eden hakem Dergipark hesabı üzerinden makale dosyasına ve hakem değerlendirme formuna erişebilir.

Hakem, makale konusu hakkında kendini yetkin görmüyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecinin iptal edilmesini talep etmelidir.

Hakemler, hakem değerlendirme formunu gerçeğe uygun bir şekilde doldurmak ve bilimsel değerlendirmede bulunmakla yükümlüdür.

Makalelerin en az iki hakem tarafından yayına uygun bulunması gerekmektedir. Hakemler makalede minör ya da majör revizyon yapılmasını talep edebilirler. Bu halde yazardan hakem görüşleri doğrultusunda makalesini düzenlemesi istenir. Minör revizyon halinde düzenlenmiş makale ilgili editör yardımcısı tarafından kontrol edilir. Majör revizyon halinde makale aynı hakeme yeniden gönderilerek düzenlenmiş halinin yayına uygunluğuna karar vermesi talep edilir.

Hakemlerin ikisinin de yayına uygun görmedikleri makaleler yayımlanmaz. Hakemlerden birinin makaleyi yayına uygun görmemesi halinde diğer hakemin makaleye ilişkin yorumları göz önünde bulundurularak makale, editörler kurulu tarafından reddedilebilir veya üçüncü bir hakeme gönderilebilir. Üçüncü hakemin görüşleri doğrultusunda makalenin yayına uygun olup olmadığına alan editörü karar verir.

Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemler, gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgileri gizli tutarlar. Yazar tarafından

herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse durum editöre raporlanmalıdır.

Hakemler zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle değerlendirilir. Nezaketsiz ve bilimsel olmayan değerlendirmeler engellenir.

Yazarlar ile İlişkiler

Editörlerin yazarlara karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

Editörler, gelen makaleleri öncelikle çalışmaların önemi, özgün değeri, geçerliliği, anlatımın açıklığı ve derginin amaç ve hedeflerini dikkate alarak makalelerin yayın sürecine girmesine veya reddedilmesine karar verirler. Makalenin reddi halinde gerekçesi yazara bildirilir.

Makalenin olumsuz hakem raporları nedeniyle reddedilmesi halinde ilgili hakem raporları ve gerekçe Dergipark sistemi üzerinden yazarla paylaşılır.

Yazarlar editörler ve editör yardımcılarıyla Dergipark sistemi üzerinden her zaman iletişim kurabilir. Yazarların sorularını cevaplar; görüş veya şikayetlerini dikkate alır. Dergipark sistemi üzerindeki yazışmalar arşivde saklanır.

Editörler Kurulu

Editörler ve editör yardımcılarından oluşan editörler kurulu, yayın süreçlerinin işleyişinin yayın ilke ve kurallarına uygun ilerlemesini sağlamak için sürekli iletişim ve işbirliği içindedir. Düzenli olarak toplanır ve dergi yayın politikasına ilişkin kararları kolektif bir şekilde alırlar.

Editörler kurulunun oluşumunda cinsiyetlerin eşit temsili esastır.

Danışma Kurulu

Türk ve yabancı hocalardan oluşan ve farklı kurumlarda görev yapmakta olan danışma kurulu, derginin işleyişini takip ederek görüş ve önerilerde bulunur; uzmanlık alanlarına göre makalelerin akademik yeterliliğine ilişkin olarak editörler kurulu tarafından kendilerine danışılır.

İntihal Kontrolü

Ön inceleme aşamasında makaleler Turnitin intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranına (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) sahip olan makaleler hakkında sürece devam edilebilir. İntihal/kendi kendine intihal tespit edilirse yazarlar bilgilendirilir.

Yazım Kuralları ve Şekil Şartları

Genişletilmiş Özet

Türkçe yazılan makalelerin uluslararası çevrelerde görünürlüğünü ve atıf oranını arttırmak amacıyla, 2022 yılı 27(1) sayısından itibaren geçerli olmak üzere, hakem incelemesi olumlu sonuçlanan araştırma makaleleri için 800-1000 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet (extended abstract) hazırlanmalıdır. Burada makalenin amacı, hipotezi ve sonuçları kapsamlı bir şekilde özetlenmelidir. İngilizce yazım ve dil bilgisi kurallarına özen gösterilmelidir. Genişletilmiş özete diğer özetlerden sonra yer verilmelidir.

• Yazı Tipi, Boyutu, Satır Aralığı ve Paragrafların Yazımı:

- Akademik çalışma, “Microsoft Word” programında hazırlanmalıdır.
- Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.
- Akademik çalışmanın ana metninin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - 1,5 satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların ve başlıkların yazımında önce ve sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.
- Çalışmadaki atıflar metnin altında; bir başka deyişle, dipnotlarda yapılmalıdır.
- Dipnotların yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 10 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların yazımından önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

• Bölüm Başlıkları:

- Bütün bölüm başlıklarının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Birinci derece bölüm başlıkları bütün harfler büyük;
 - İkinci ve üçüncü derece bölüm başlıkları her sözcüğün ilk harfi büyük,
 - Dördüncü derece ve diğer bölüm başlıkları sadece ilk sözcüğün ilk harfi büyük ve diğerleri küçük olacak şekilde yazılmalıdır.
- Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);

- İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);
- Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- Dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.);
- Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır.
- Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- “SONUÇ” ve (varsa) “GİRİŞ” isimli başlıklar ise;
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Bütün harfler büyük,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Bu başlıklar numaralandırılmamalıdır.

Örnek:

GİRİŞ

I. AYNİ İKAME İLKESİ

II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI

A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

1. Genel Olarak

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

a. Eşlerin hakları

b. Eşlerin borçları

B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Malvarlığı Masaları ve Ayni İkame İlkesi Uygulaması

1. Genel Olarak

2. Eşlerin Kişisel Malları

3. Aileye Özgülenen Mallar

a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenen mallar

b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar

c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve ayni ikame uygulaması

(1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve ayni ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi

(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında ayni ikame ilkesi uygulaması

SONUÇ

• Sözcük Sayısı:

- Dergiye gönderilen akademik çalışmaların metin kısmının 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- Özetler ve kaynakça, metin kısmı için öngörülen kelime sınırına dahil değildir.

• Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

- Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir. Ancak, Dergimizde Yayın Kurulu'na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmaların yayımlanması da mümkündür. Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.

• Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:

- Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Akademik çalışma metninden önce, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ve beş tane anahtar kelime eklenmelidir.
- Özet ve Anahtar Kelimelerin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özeti ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özeti ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özeti ve Anahtar Kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,

- 12 punto harf boyutunda,
- İtalik,
- Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
- Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
- Ayrıca, “ABSTRACT” ve “Keywords” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya İngilizce başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe tercümesi bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya Türkçe başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- Almanca dilinde ve Yayın Kurulu'na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmalarda yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümesi bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe ve İngilizce tercümelerinin yazımında

aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:

- Times New Roman yazı karakterinde,
- 12 punto harf boyutunda,
- Kalın,
- Tümü büyük harflerle,
- 1,5 satır aralığı ile,
- Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
- Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- **Atf Kuralları:**
 - Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda, dipnot olarak gösterilmelidir.
 - **Yararlanılan kaynaklara yapılan ilk atıflar, dipnotlarda aşağıdaki şekillerde gösterilmelidir.** Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. **Kitaplar:**
Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.
Kitap bölümleri:
Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı”, Editörün (Editörlerin) Adı Soyadı (Ed.), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi”, Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.
Makaleler:
Ad Soyad, “Makale Adı”, *Dergi Adı*, Cilt (Sayı), Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Cumhuriyet Şahin, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19(2), 2013, s. 293.
İnternet ortamında bulunan kaynaklar:
Örnek: Abdülkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının

ETHICAL PRINCIPLES AND PUBLICATION POLICY

Publication Ethics

AHBVU-LFR operates in accordance with international publication ethics standards.

In the publication processes, AHBVU-LFR follows the publication ethics standards published by the **Committee on Publication Ethics (COPE)**, the **Directory of Open Access Journals (DOAJ)** and the **Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA)** and the **World Association of Medical Editors (WAME)**. COPE Publication Ethics Guides, “Code of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors” and “Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing” are adopted by the journal editorial board.

Transparency

The publication process of the journal is transparent and subject to predetermined procedures.

The journal is published by the AHBVU Faculty of Law. The name of the journal is Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review, and its abbreviation is AHBVU-FLR. Before the change in the Law in 2018, the journal was named as Gazi University Faculty of Law Review within the public body of Gazi University, to which the Law Faculty used to be affiliated. In this respect, the articles published under this name between 1998-2018 also belong to the Journal and can be accessed from the archive on the website.

The journal is published four times a year at the end of **January, April, July and October**. Authors submit their articles through **Dergipark** system. The system is always kept open for article submission. The article submission process operates through Dergipark System transparently. Writers are informed of every step of the publication process automatically.

Dergipark is a platform that provides technical support, electronic hosting and editorial workflow management system for high quality academic journals, published in Turkey under the umbrella of TÜBİTAK ULAKBİM. For detailed information about DergiPark, see <https://dergipark.org.tr/en/pub/page/about>

All the workflow of the Journal, including correspondence, are carried out through Dergipark’s highly secure and constantly updated system. Article processes, files and correspondence are archived through Dergipark.

As a rule, articles whose editorial process has been completed and accepted are published in the next issue. However, the Editorial Board may decide to publish some articles in the next issue, considering the number of articles. In this case, the authors are informed.

For acceptance rates and processing times, please see the statistics on the journal homepage.

Open Access Statement

AHBVU-FLR is an open access journal. It does not charge any subscription fees for any library or reader. Except for commercial purposes, users are allowed to read, download, copy, print, search, or link to the full texts of the articles in this journal without asking prior permission from the publisher or the author.

Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 238.

- **Eğer aynı kaynağa tekrar atıf yapılıyorsa bu atıflar ise dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:**

- Bir yazarın tek eserine yapılacak atıflarda:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

- Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, *Kâr Payı*, s. 100.

- **Yararlanılan kaynakların her birisinin bu atıf usullerine uygunluğu tek tek kontrol edilmelidir.**

• **Kaynakça**

- Akademik çalışmanın sonunda, akademik çalışmada yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır.
- “KAYNAKÇA”, metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.
- Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.
- Her bir kaynak;
 - Times New Roman karakteri kullanılarak,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Tek satır aralığıyla,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) olarak,
 - İlk satır asılı şekilde yazılmalıdır.
- Kaynakçada, metin içerisinde atıf yapılan mevzuat veya mahkeme kararlarının yer alması zorunlu değildir.
- Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir ve ayrıca, makalelerin ve kitap bölümlerinin sayfa aralığı gösterilir. Örnek: Ayhan R, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007. Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 237-266.

• **Dergimiz yazım ve şekil şartlarına uygun şekilde düzenlenmeden gönderilen akademik çalışmalar, yazım ve dil editörlerinin kararıyla reddedilir veya düzeltilmesi istenir.**

• **Dergiye akademik çalışma gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için lütfen “Etik İlkeler ve Yayın Politikası”nı inceleyiniz.**

• **Yazar veya yazarların bilgileri, “Kapak” formuna girilmelidir. Yazardan gelen dosya doğrudan hakeme yönlendirileceği için makalenin asıl metninde yazar bilgisi yer almamalıdır.**

• **Ayrıca, akademik çalışmalarla birlikte “Kapak” formunun yanı sıra “Etik Beyan Formu” ile “Telif Hakkı Devir Formu”nun da doldurularak sisteme yüklenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde süreç devam etmeyecektir.**

The authors own the copyright to their work published in the journal AHBVÜ-FLR and their work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). The Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license permits the work to be shared, copied, reproduced, and adapted in any size and format other than for commercial use, including re-editing, transforming, and building upon the original work, with proper attribution.

In addition, the issues published electronically are printed in a certain number and these are sent to the national libraries and people who contributed to the journal. Printing and distribution expenses are covered by the affiliated university.

Research Ethics

The journal adopts the principles of international research ethics.

Author's Responsibilities

Submitted articles must be in accordance with the purpose and scope of the journal.

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are considered unethical behaviors. The articles that do not comply with the mentioned ethical standards are rejected.

The author uploads a signed **ethical declaration form** (that is provided by the system) to the system that the article submitted is original, has not been published elsewhere, and is not under consideration for publication elsewhere.

Copyrighted material (for example, tables, figures, or large quotations) is used with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

Persons who do not directly contribute to the content academically and scientifically in the creation of the study are not specified as authors. The order of names in the author list of an article must be a collective decision and it must be indicated in the **Copyright Agreement Form** (that is provided by the system). Written publication permission is obtained from the author or the person or institution that has the right to publish in translated works, and this permission document is attached to the application documents.

The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study (providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support) are indicated in acknowledgement / information section.

All authors disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment.

In the situation of an author discovering a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor to provide retractions or corrections of mistakes.

Authors must have a document showing that they have the right to use the data used, the necessary permissions for the research/analysis, and that the consent of the

experimental subjects has been obtained.

Authors cannot submit more than one article at the same time. Each application can be started following the completion of the previous application.

It is not possible to offer a change the author responsibilities of a work whose evaluation process has started (such as adding an author, changing the author order, removing an author).

The author writes his/her name, ORCID number and institution information clearly, accurately on the **Journal Cover Page** that is provided by the system at the submission stage. Besides the University and Faculty/Directorate addresses; the city and country information should be also included.

Responsibility of the Editors and Deputy Editors

The editor is the person who manages the entire publication and peer review process from the time the article is submitted to the journal until its publication.

Editor is responsible for the quality and performance of the journal. Editor is appointed by the Dean of the Faculty of Law for a period of three years from among university faculty members holding at least a doctorate. Editor in Chief is head of the editors.

Editor in Chief is responsible for the harmony and coordination between the editors and deputy editors and is also responsible of the overall quality of the publication. As a rule, editors deal with articles related to their area of expertise.

Editors evaluate articles regardless of the authors' ethnicity, gender, nationality, religious beliefs, and political view.

Each article has an appointed editor and deputy editor, which can also be seen by the authors on Dergipark. The distribution of duties on the subject is made according to the expertise of the editors and deputy editors, and this distribution is predetermined.

Editors evaluate submitted articles in terms of quality, content and contribution to the field and decide whether the article should be put in the publication process. At this stage, the article can be rejected without being put into the process.

Deputy Editors check whether the article files are complete and that the articles comply with the journal writing rules and allow the authors to make the necessary edits.

Deputy editors receive a plagiarism report by submitting each article to the **Turnitin plagiarism program**.

Articles that's preliminary review process has been completed are directed to the relevant editor for the appointment of the referees.

Deputy Editors communicates with authors and speed up the process by informing and reminding the editors about the necessary information.

Articles are sent for fair, double-blind peer-review by the editors. Editors do not allow any conflict of interest between authors, editors and referees. If the peer review is not completed in a reasonable time, the editors can contact the referee to request an expedite or appoint a new referee.

Editors monitor the performance of the appointed referees in terms of content, speed and style.

At the end of the peer review, editors evaluate the referee reports. The Board of Editors convenes and decides to accept the article, send it to a third referee or reject it. The

grounds of refusal and the referee reports are sent to the author.

All information regarding the articles is kept confidential until the publication.

Editor in Chief may publish an error page or make corrections, if necessary.

Responsibilities of the Reviewers

Two reviewers for scientific research articles and one reviewer for translation articles are appointed by the field editors. It is essential that reviewers have no conflict of interest with the authors and/or the funders of the research.

Reviewers are determined in accordance with the subject of the study. It is essential that the reviewers have studies in the field of the article or are competent in the relevant field. The general rule is that the reviewer and the author belong to different institutions.

If the authors are academics, the reviewers are selected from academics with a higher title, if possible. (For example, if the article is written by a doctoral faculty member, it is sent to the academics with the title of associate professor or professor).

The identities of the reviewers are kept confidential.

It is essential that the reviewers respond to the invitation e-mail sent to them via Dergipark with the article abstract attached within 10 days. This period can be extended twice for 5 days if necessary. If the reviewer does not accept or reject the invitation, the editor can cancel the invitation through the system and choose another reviewer.

The reviewers who accept the invitation, can access the manuscript file and the peer review form through his/her Dergipark account.

If the reviewer does not consider himself/herself competent in the subject matter of the manuscript or is unlikely to provide a timely response, the reviewer should inform the editor and request should be canceled.

Reviewers are responsible for filling out the reviewer form truthfully with a scientific evaluation.

Articles must be reviewed by at least two reviewers. Reviewers may request minor or major revisions to the article. In this case, the author is asked to edit the article in line with the referees' opinions. In case of minor revision, the revised article is checked by the relevant deputy editor. In case of major revision, the article is resubmitted to the same reviewer, and he/she is requested to decide on the suitability of the edited version for publication.

Articles that are not considered appropriate for publication by both reviewers will not be published. If one of the reviewers deems the article inappropriate for publication, the article may be rejected by the editorial board or sent to a third reviewer, considering the comments of the other reviewer on the article. The editor decides whether the article is appropriate for publication in line with the opinions of the third referee.

Reviewers and editorial board members may not discuss manuscripts with other individuals. Reviewers keep all information about submitted manuscripts confidential. If they notice any copyright infringement and plagiarism by the author, the situation should be reported to the editor.

Reviewers are evaluated on criteria such as timeliness and performance. Unkind and

unscientific evaluations are prevented.

Relations with Authors

The duties and responsibilities of the editors towards the authors are as follows:

The editors decide whether to accept or reject the articles into the publication process, considering the importance, original value, validity, clarity of expression and the aims and objectives of the journal. If the article is rejected, the author is notified of the reason.

If the article is rejected due to negative reviewer reports, the relevant reports are shared with the author via Dergipark system.

Authors can always communicate with the editors and deputy editors via the Dergipark system. They answer authors' questions and consider their comments or complaints. Correspondence on the Dergipark system is kept in the archive.

Editorial Board

The editorial board, consisting of editors and deputy editors, is in constant communication and cooperation to ensure that the functioning of the publication processes proceeds in accordance with the publication principles and rules. They meet regularly and take decisions collectively on the editorial policy of the journal.

Gender equality is taken into account in the composition of the editorial board.

Advisory Board

The advisory board, consisting of Turkish and foreign professors working in different institutions, follows the functioning of the journal and provides opinions and suggestions. They may be consulted by the editorial board regarding the academic competence of the articles according to their areas of expertise.

Plagiarism Policy

At the preliminary review stage, the articles are scanned with the Turnitin plagiarism scanning program. Papers with a maximum 15% similarity rate (excluding bibliographic materials, citations and minor references of 2%) can proceed with the process. Authors are informed, if plagiarism/self-plagiarism is detected.

WRITING RULES

Extended Summary

In order to increase the visibility and citation rate of the articles an extended abstract of 800-1000 words should be prepared for research articles in Turkish. This rule is effective as of 2022, issue 27(1). Here, the aim, hypothesis and results of the article should be summarized comprehensively. Attention should be paid to the rules of English grammar. The extended summary must be placed after the abstract.

• Font, Size, Line Spacing and Writing of Paragraphs:

- o Articles should be written in "Microsoft Word" software.
- o The Latin alphabet should be used in the writing of articles.
- o The main text of the article should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Justify alignment,
- 1.5 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
- 1.25 paragraph indent for the first line of paragraph.

o Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page.

o The footnotes should be written in accordance with the following rules:

- In Times New Roman font,
- 10 pt font size,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 0 pt paragraph spacing before and after paragraphs.

• **Chapter Titles:**

o All headings should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs).
- Bold,
- The first degree headings - all uppercase;
- The second and third degree headings - the first letter of each word is capitalized,
- The fourth degree and other chapter headings - only the first letter of the first word is capitalized and the others lowercase.

o The first degree headings should be numbered in capital Roman numerals (I, II, III, IV, V etc.);

o The second degree headings should be numbered in capital letters (A, B, C, Ç, D etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);

o The third degree headings should be numbered in Arabic numerals (1, 2, 3, 4, 5 etc.);

o The fourth degree headings should be numbered in lowercase letters (a, b, c, ç, d etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);

o The fifth degree headings should be numbered in Arabic numerals [(1), (2), (3), (4), (5) etc.] in parentheses.

o The fifth degree headings should be numbered in Arabic numerals [(1), (2), (3), (4), (5) etc.] in parentheses.

o How other headings will be numbered is optional.

o “CONCLUSION” and (if any) “INTRODUCTION” headings should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,

- Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs),
- Bold,
- All letters are uppercase,
- These headings should not be numbered.

Example:

INTRODUCTION

I. PRINCIPLE OF SUBSTITUTE IN KIND II. APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE SAME SUBSTITUTION IN THE SHARED GOODS SEPARATION REGIME

A. Shared Separation of Goods Regime

1. Generally

2. Commencement of Shared Property Separation Regime

3. Rights and Responsibilities of Spouses in the Shared Property Separation Regime

a. Rights of spouses

b. Spouses’ debts

B. Asset Tables and the Application of the In-kind Substitution Principle in the Shared Separation of Goods Regime

1. Generally 2. Spouses’ Personal Property 3. Family-Specific Goods

a. Goods dedicated to the common use and enjoyment of the family

b. Investments to secure the economic future of the family c. Values that replace family-specific goods and in-kind substitution practice

(1) Examination of the concept of “substitute values” and the application of the principle of substitution in kind in the regime of participation in acquired goods

(2) Application of the principle of substitution in kind within the scope of family-specific goods

CONCLUSION

• **Word Count:**

o The text of the academic papers sent to the journal should not exceed 15,000 words.

o Abstracts and bibliography will not be included in the word limit for the text part.

• **Language to be Used in Articles:**

o Articles written in Turkish, English and German languages are accepted to our journal. However, it is also possible to publish academic studies in other foreign languages that are deemed appropriate by the Editorial Board. The Latin alphabet should be used in the writing of the articles.

• **Main Title, Abstract and Keywords:**

o The main title of the academic study should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,

- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase, o Before the text of the article, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o Abstract and Keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In the articles written in Turkish, after the abstract and keywords, English translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The English translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase,

o The English translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In addition to the English title, abstract and keywords, the author can add German title, abstract and keywords to the academic work.

o In the articles written in English, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o In the articles written in English, after the abstract and keywords, Turkish translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The Turkish translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase,

o The Turkish translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In the articles written in German or other foreign languages that will be deemed appropriate by the Editorial Board, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o In the articles written in German, after the abstract and keywords, Turkish and English translations of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The Turkish and English translations of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,

- All uppercase,
- o The Turkish and English translations of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Italic,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
 - No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
 - The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

• **Citations:**

- o Sources should be cited in the footnotes.
- o When a source is cited for the first time, the reference should be written in accordance with the following rules. In cases where there is no rule in the citation procedure detailed below, the **OSCALA** (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed

Books:

Name and Surname, Book Title, Published, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Rıza Ayhan, Commercial Business Law, 2nd Edition, Turhan, 2007, p. 89.

Book chapters:

Name Surname, “Subject (Chapter) Name”, Editor(s) Name and Surname (Ed.), Book Title, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Hayrettin Çağlar, “The Debt Relationship of the Shareholder with the Company in Joint Stock Companies”, Erol Ulusoy (Ed.), Individual and Minority Shareholder Rights in Joint Stock Companies, Bilge Publishing House, 2016, p. 143.

Articles:

Name Surname, “Article Title”, Journal Name, Volume (Issue), Year, Referenced Page.

Example: Cumhur Şahin, “The Scope of the Investigation on the Objection to the Decision of Postponing the Announcement of the Judgment”, Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies, Prof. Dr. Gift to Nur Centel, 19(2), 2013, p. 293.

Resources available on the Internet:

Example: Abdülkerim Yıldırım, “Assurance of the Tenant in the Leases of Residential and Roofed Workplaces”, AUHFD, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, p. 238.

- o If the same source is cited again, the reference should be written in accordance with the following rules.

– For references to a single work of an author: Author’s Surname, Page Number.

Example: Ayhan, p. 90.

- In references to more than one work by the same author, the title of the works should be abbreviated to distinguish it from other works of the author.

Example: Ayhan, Commercial Enterprise, p. 213.

Ayhan, Dividend, p. 100.

• **Bibliography**

- o At the end of the article, there should be a “BIBLIOGRAPHY” page listing the sources used in the article.

- o “BIBLIOGRAPHY” should be on the next page after the end of the text.

- o The bibliography should be listed alphabetically according to the surnames of the authors.

- o The bibliography should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,

- 12 pt font size,

- Justify alignment,

- Single line spacing,

- 6 pt paragraph spacing after paragraphs,

- Hanging paragraph indent for the first line.

- o In the bibliography, it is not mandatory to include the court decisions cited in the text.

- o In the bibliography, the sources should be written in accordance with the following examples:

Example: Ayhan R, Commercial Business Law, 2nd Edition, Turhan, 2007.

Example: Yıldırım A, “Tenant’s Assurance in Housing and Roofed Workplace Leases”, AUHFD, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, pp. 237-266.

- **The article submissions are made via DERGİPARK system.** <https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvuhfd>

Academic studies submitted without being prepared in accordance with abovementioned requirements will be rejected or requested to be edited.

- **For detailed information about submitting articles to the Journal, see Ethical Principles and Publication Policy.**

- **Author or authors’ information should be given in the “Cover” form. Since the file from the author will be directed directly to the referee, the author information should not be included in the original text of the article.**

- **In addition to the “Cover” form, the “Ethical Declaration Form” and the “Copyright Transfer Form” must be filled and uploaded to the system. Otherwise, the review process will not continue.**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXVII Ekim 2023 Sayı 4

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

| | |
|---|----------------|
| Elektronik Sözleşmelerin Kurulması, Hüküm ve Sonuç Doğurması Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK | 3-38 |
| Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağı Burak ADIGÜZEL / Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY | 39-64 |
| Fahiş Fiyatın Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi Rauf KARASU/Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ | 65-100 |
| Güvenli Elektronik İmza İle Oluşturulmamış Elektronik Posta (E-Mail) Kayıtlarının Delil Değeri Levent BÖRÜ | 101-128 |
| Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tükenme İlkesi Çerçevesinde İkinci El Yazılımlarının Satışının Değerlendirilmesi Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ | 129-166 |
| İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı Maddesinin Birinci Fıkrası Karşısında Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'ncü Maddesinin Birinci Fıkrasının Akıbeti Abdülhamid Oğuzhan HACİÖMEROĞLU | 167-196 |
| Kira Artış Oranına Dair Geçici Maddeler İle Taraf İradesi: Özellikle Arabuluculuk Muhammed Kiomers GANBARİ | 197-232 |

| | |
|---|----------------|
| Tüketici Lehine Güvence Veren Avalistin Sorumluluğu (TKHK m. 4/6) Temel GÜNER | 233-264 |
|---|----------------|

KAMU HUKUKU

| | |
|--|----------------|
| Yapay Zeka ve Ceza Hukuku Sorumluluğu Berrin AKBULUT | 267-320 |
| Haksızlık Yanılgısı Bağlamında "Kültürel Savunma"* Ali Şahin KILIÇ | 321-336 |
| Uygur Hukukunda Şuf'a (Önalım) Hakkı –X-XIV. Asır Uygur Hukuk Vesikalarına Göre– Salih KORKMAZ | 337-364 |
| Bişkek Protokolü (12 Mayıs 1994) Örneğinde Uluslararası Sözleşmelerin Geçersizliği Üzerine Bir Değerlendirme Tabriz JAFAROV | 365-390 |
| Meşru Savunmanın Sınırının Aşılması Ali Tanju SARIGÜL / Hakan GÜNDÜZ | 391-442 |
| Ceza Hukukunda Alternatif Kast (Dolus Alternativus) Mustafa ÇİÇEK / Burhan Caner HACIOĞLU | 443-474 |
| Helal Gıda Sertifikasyonunun İdari Boyutu ve Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi Elif Banu VARLI / Sümeyye ŞİMŞEK | 475-514 |
| Hak ve Özgürlükleri Kötüye Kullanma Yasağı: Bölgesel ve Uluslararası Hukuki Belgeler Perspektifinden Bir İnceleme Uğur ELİBÜYÜK | 515-542 |

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Ankara Hacı Bayram Veli University

Faculty of Law Review

Vol. XXVII October 2023 Number 4

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

| | |
|---|---------|
| Formation, Effect And Consequences Of Electronic Contract Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK | 3-38 |
| Prohibition Of Participation In Negotiations Of The Members Of The Board Of Directors Of Joint Stock Company Burak ADIGÜZEL / Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY | 39-64 |
| The Effect Of Exorbitant Price On The Validity Of The Contract Rauf KARASU / Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ | 65-100 |
| Evaluation Of Records Of Electronic Mail (e-mail) Created Without Secure Electronic Signature As Proof Levent BÖRÜ | 101-128 |
| Evaluation Of The Sales Of Second Hand Software Within The Framework Of Principle Of Exhaustion On Intellectual And Artistic Works Law Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ | 129-166 |
| Evaluation Of The First Paragraph Of Article 1413 Of The Turkish Commercial Code In Comparison With The First Paragraph Of Article 296 Of The Enforcement And Bankruptcy Code Abdülhamid Oğuzhan HACIÖMEROĞLU | 167-196 |
| Provisional Articles On The Rate Of Rent Increase And The Will Of The Parties: Especially Mediation Muhammed Kiomers GANBARİ | 197-232 |

| | |
|---|---------|
| Liability Of The Avalist Who Assures In Favor Of The Consumer (CPL Art. 4/6) Temel GÜNER | 233-264 |
|---|---------|

PUBLIC LAW

| | |
|--|---------|
| Artificial Intelligence And Criminal Law Responsibility Berrin AKBULUT | 267-320 |
| “Cultural Defense” In The Context Of Mistake Of Law Ali Şahin KILIÇ | 321-336 |
| The Right Of Preemption In Uyghur Law -According To X-XIV. Century Uyghur Legal/Civil Documents- Salih KORKMAZ | 337-364 |
| An Evaluation On Invalidity Of International Treaties In The Case Of Bishkek Protocol (12 May 1994) Tabriz JAFAROV | 365-390 |
| Excessive Self-Defense Ali Tanju SARIGÜL / Hakan GÜNDÜZ | 391-442 |
| Alternative Intention In Criminal Law (Dolus Alternativus) Mustafa ÇİÇEK / Burhan Caner HACIOĞLU | 443-474 |
| Administrative Aspects Of Halal Food Certification And Its Evaluation In Terms Of Competition Law Elif Banu VARLI / Sümeyye ŞİMŞEK | 475-514 |
| Prohibition Of Abusing Rights And Freedoms: A Review From The Perspective Of Regional And International Legal Documents Uğur ELİBÜYÜK | 515-542 |

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULMASI, HÜKÜM VE
SONUÇ DOĞURMASI**
FORMATION, EFFECT AND CONCEQUENCES OF ELECTRONIC
CONTRACTS

Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK*  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1332608](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1332608) 

Elektronik sözleşmeler, teknolojinin ilerlemesi, globalleşme ve özellikle tüm dünyayı etkisi altına alan pandemi koşulları sonucunda yaşamımızın bir parçası haline gelmiştir. Özellikle, ticari ilişkiler ve tüketici işlemlerinde geniş bir uygulama alanına sahip olan elektronik sözleşmelerin, kurulması ve hüküm ve sonuç doğurmasının Türk Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında incelenmesi büyük bir önem taşır. Zira, ancak bu suretle elektronik sözleşmelerin, borç ilişkisi doğuran diğer sözleşmelerden farklı bir tür olarak anılması ve adetâ yeni bir isimli sözleşme gibi algılanmasının önüne geçilebilir. Öte yandan, sıklıkla internet yoluyla gerçekleştirilen irade beyanlarının konusunu oluşturan elektronik sözleşmelerin, hangi andan itibaren kurulduğu ve hüküm ve sonuç doğurduğunun tespiti de önemlidir. Burada özellikle elektronik ortamda oluşturulan ve sözleşmeyi kurmaya yönelik olan iradelerin, hukuki niteliği de değerlendirilmeye muhtaçtır. Zira, bizzat bir bilgisayar programı tarafından otomatik olarak oluşturulan bir metnin Türk Borçlar Kanunu anlamında irade beyanı niteliğinde olup olmadığı hususunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Günümüzde elektronik sözleşmelerin kurulmasına yönelik olarak ileri sürülen irade beyanları bakımından sıklıkla başvuru olan bu yolun hukuki sonuçları da incelemeye değerdir.

Anahtar Kelimeler: Elektronik sözleşme, Elektronik araç, Otomatik irade beyanı, Sözleşmenin kurulması, Sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması.

* **Prof. Dr.**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/
ANKARA, **e-posta:** yuceripek@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-8138-8849,
DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1332608.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

ABSTRACT

Electronic contracts have become a part of our lives due to technological advancements, globalization, and especially the pandemic conditions that have affected the whole world. Particularly relevant in commercial relationships and consumer transactions, it is of great importance to examine the establishment, effect, and consequences of electronic contracts within the scope of the Turkish Code of Obligations. Only with this examination prevent that electronic contracts can be treated as a distinct type of contract that differs from other contractual relationships and be perceived as a new named contract, so to speak. On the other hand, it is crucial to determine when electronic contracts which are the declarations of intent frequently made via the internet are established and their legal consequences. Here, the legal nature of declarations of intent formed in an electronic environment for the purpose of contracting also requires evaluation. Indeed, the question of whether a text automatically generated by a computer program constitutes a declaration of intent under the Turkish Code of Obligations has led to various opinions in legal doctrine. Therefore, the legal consequences of this commonly used approach in the formation of electronic contracts worth examination.

Keywords: Electronic contract, Electronic means, Automatic declaration of intent, Formation of contract, Effect and consequences of contract.

EXTENDED ABSTRACT

Electronic contracts, which are not regulated by a special provision in the Turkish Code of Obligations, are an important opportunity offered by technology. Indeed, electronic contracts serve to enable people to easily enter into a contractual relationship by saving time on the one hand and expense on the other. Contracts concluded without the use of electronic tools, first of all, cause a certain or indefinite loss of time in the lives of people. As a matter of fact, whether the contracts are concluded as a result of contract negotiations between ready or unready parties, this process requires the direct or indirect participation of people. This necessitates the sacrifice of time. Contracts concluded without the use of electronic means are also costly. In particular, the physical meeting of people living in different countries or cities, or expenses such as shipping costs, cause some costs to be incurred in the conclusion of contracts. In our opinion, it is a natural consequence of the aforementioned reasons that electronic contracts have increased in a short period of time all over the world and have a wide application area.

The concept of electronic contract is misleading in that it is favourable to be perceived as a new type of contract. However, what is meant by the concept of electronic contract is the electronic means used to express the declarations of will. In this respect, the concept of electronic contract does not express a new type of contract. On the contrary, it is based on electronic tools that are used for the expression of mutual and appropriate declarations of will to establish the contract. The contract concluded as

a result of the contract negotiations between those who are ready or not ready to enter into a contract by means of such electronic means is characterised as an electronic contract. In this respect, the only criterion that distinguishes an electronic contract from other contracts is nothing other than the means utilised for the expression of will.

It is not justified to consider only the electronic means used in the internet environment in the characterisation of electronic contracts. As a matter of fact, there is neither a legal nor a factual reason for limiting the electronic tools that mediate the conclusion of electronic contracts. Indeed, the regulation in Article 2/c of the Law No. 6563 on the Regulation of Electronic Commerce clearly shows that electronic contracts are mostly concluded through electronic means provided by the internet. However, this does not mean that electronic means are only the internet network. Such a claim cannot be reconciled with technology. Therefore, contracts concluded via telephone, SMS, as well as contracts concluded via the internet, such as electronic mail, audio or video online communication, are also electronic contracts.

Electronic contracts are subject to the provisions of the Turkish Code of Obligations just like other contracts. In this respect, the determining factor in determining the moment of conclusion of electronic contracts is the electronic means used to assert the declaration of will. This is because, if the declaration of will put forward through the electronic means used reaches the addressee's sphere of dominance simultaneously, the contract negotiations between the parties who are ready, otherwise the contract negotiations between the parties who are not ready are in question. Following the determination of this issue, the moment of the conclusion of the electronic contract shall be assessed by considering whether the proposal for the conclusion of the electronic contract is subject to a period of time, and especially in the case of an indefinite proposal in contract negotiations between non-ready parties, the moment of the conclusion of the contract shall be assessed by taking into account the arrival theory regarding the duration of the commitment.

Electronic contracts have become a part of our lives as a result of the advancement of technology, globalisation and especially the pandemic conditions that affect the whole world. In particular, it is of great importance to examine the establishment and conclusion of electronic contracts, which have a wide range of applications in commercial relations and consumer transactions, within the scope of the provisions of the Turkish Code of Obligations. As a matter of fact, only in this way, it can be prevented that electronic contracts are referred to as a different type from other contracts that give rise to a debt relationship and that they are perceived as a new type of contract. On the other hand, it is also important to determine from which moment the electronic contracts, which are often the subject of the declarations of will made via the internet, are concluded and which give rise to the effect and result. Here, especially the legal nature of the wills created in electronic environment and intended to establish the contract needs to be evaluated. This is because, whether a text automatically generated by a computer programme constitutes a declaration of

will within the scope of the Turkish Code of Obligations has caused various opinions to be put forward in the doctrine. Nowadays, the legal consequences of this method, which is frequently used in terms of declarations of will for the establishment of electronic contracts, are also worth analysing.

GİRİŞ

Elektronik sözleşmeler her gün akdedilen, kurulması ve hüküm ve sonuç doğurması bakımından diğer sözleşmelerden ayrı tutulamayan sözleşmelerdir. Ancak, elektronik sözleşme kavramının yalnız internet yoluyla kurulan sözleşmeler mi yoksa diğer elektronik araçlarla kurulan sözleşmeleri de mi kapsadığı hususu önem arz eder. Zira, elektronik sözleşme kavramının internet yoluyla kurulan sözleşmelerle sınırlandırılması çeşitli soruları da gündeme getirir. Bu soruların başında ise, internet dışında diğer elektronik araçlarla kurulan sözleşmelerin nasıl nitelendirilebileceği gelir. Elektronik sözleşmeler hakkında cevaplanması gereken diğer bir hukuki sorun ise, doğrudan bir bilgisayar programı tarafından oluşturulan, dolayısıyla klasik anlamda fiil iradesinden yoksun olan bir beyanın, sözleşmeyi kurmaya yönelik bir irade beyanı olarak tanınıp tanınamayacağıdır. Günümüzde var olan elektronik sözleşme gerçeği karşısında, otomatik olarak oluşturulan bir tür beyanların, belirli bir hukuki temelle açıklanması şarttır.

Öte yandan, elektronik sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurması bakımından klasik sözleşmelerden farklı olarak göz önüne alınması gereken noktalar da açıklığa kavuşturulmalıdır. Her ne kadar, elektronik sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurmasında Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri esas alınsa da, hangi elektronik araçların hazırlar arası hangilerinin ise hazır olmayanlar arası sözleşme görüşmelerine zemin hazırladığı tespit edilmelidir. Ayrıca, hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerinde ileri sürülen süresiz önerilerle bağlılık süresinin de, kullanılan elektronik araca göre ayrı ayrı belirlenmesi gerekir. Gerçekten, bir mektup ile bir elektronik postanın muhatabın hukuki hakimiyet alanına varması için ihtiyaç duyulan sürenin eşdeğer olması mümkün değildir.

Temel ihtiyaçların karşılanmasında büyük bir kolaylık sağlayan ve konfor alanı sunan elektronik sözleşmelerin, klasik sözleşmelerden farklı olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, elektronik sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurması hususlarında taraflar arasında ortaya çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıklar, kapsamlı hukuki değerlendirmeler yapılarak çözüme kavuşturulmalıdır.

I. ELEKTRONİK SÖZLEŞME

A. Kavram ve Tanım

Elektronik sözleşme kavramı, teknolojinin gelişmesi ile hukukumuzda giren bir kavramdır. Zira, sözleşmeler ister elektronik ister elektronik olmayan araçlarla ya da doğrudan aracısız olarak kurulsun, TBK m.1 kapsamında değerlendirilir. Keza, elektronik sözleşmeleri, diğer sözleşmelerden ayıran tek unsur, sözleşmeyi kurmaya yönelik olan iradelerin açıklamasında kullanılan araçtır. Keza, elektronik sözleşmeler de TBK m.1 uyarınca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur. Bu suretle elektronik sözleşmeler bakımından ayırıcı olan temel nitelik sözleşmenin kuruluş şekline ilişkindir. Elektronik sözleşme kavramı, hem internet yoluyla hem de diğer elektronik araçlarla kurulan sözleşmeleri içeren geniş bir kavramdır. Gerçekten, kişilerin sözlü, yazılı veya görsel olarak iletişim kurmalarına yarayan araçlarla kurulan sözleşmeler de elektronik sözleşme niteliğindedir. Bununla birlikte kullanım alanının genişliği bakımından elektronik sözleşmelerin çoğunlukla internet üzerinden yapılan sözleşmelerden oluştuğu da bir gerçektir¹. Böylece kavramsal olarak internet üzerinden kurulan sözleşme ile elektronik sözleşmelerle aynı anlama sahiptir. Buna karşılık, elektronik sözleşme kavramı internet üzerinden kurulan sözleşmelerle sınırlı değildir².

¹ Mete Özgür Falcıoğlu, *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, 1.Bası, Yetkin Yayınevi, 2004, s.61 vd.; İpek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, 1.Bası, Legal Yayınevi, 2007, s. 71; Erhan İnal, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, 1.Bası, Vedat Yayınevi, 2005, s. 93; Çiğdem Kırca, "İnternette Sözleşme Kurulması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 20 (4), 2000, s. 100; Turan Şahin, "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 95, 2011, s. 338; Alper Uyumaz, "Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, 2007, s. 908; Turan Savaş, "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 95, 2011, s. 332 vd.; Hatice Özdemir Kocasakal, "Elektronik Sözleşmeler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 2006, s. 49; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 1.Bası, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 134; Gang Cheng, *Die Anwendbarkeit des Bürgerlichen Gesetzbuches auf den modernen elektronischen Vertragsabschluss im Internet*, Dissertation iur, 2004, <<http://opencscience.ub.uni-mainz.de>>, Erişim Tarihi 25 Nisan 2023, s. 9-10; Maria, Drenska: *Die rechtlichen Aspekte des elektronischen Handels in Bezug auf den Vertragsabschluss*, Dissertation iur., 2006, <<http://opus.bibliothek.uni-ausgurg.de>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2023, s. 2 vd.; Georg Borges, *Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr- Vertragsabschluss, Beweis, Form, Lokalisierung, Anwendbares Recht*, 1.Auflage, Beck, 2003, s. 163 vd.

² Gamze Turan, "Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 77, 2008, s.92; Ulvi Altınışık, *Elektronik Sözleşmeler*, 1.Bası, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 89; Uyumaz, s. 908; Volker Kitz, *Handbuch*

Elektronik sözleşme, kişilerin sözleşme kurmaya yönelik irade beyanlarını birbirlerine karşılıklı olarak elektronik araçlarla ilettikleri sözleşme olarak tanımlanır³. İrade beyanı, hukuki işlem yapma iradesinin söz, yazı veya işaretlerle dış dünyaya aktarılması ile hukuki sonuç doğurur. Elektronik sözleşmelerde, kişiler irade beyanlarını oluşturan söz, yazı veya işaretleri elektronik bir araçla dış dünyaya aktararak, karşı tarafa iletir. Burada söz konusu olan elektronik araç bir web sitesi, e-posta veya e-konferans olabileceği gibi, telefon, radyo, faks veya tele-konferans da olabilir. Örneğin, herhangi bir firmanın veya alışveriş ağının online sitesinden herhangi bir ürün satın almak için açıklanan irade beyanı, sunulan sözleşmenin belirtilen alanlarına fare (mouse) yoluyla “klik” işareti oluşturularak aktarılmaktadır. Satıcı ise herkese açık olan sözleşme yapma önerisini, ilgili ürünleri satış fiyatlarıyla web sitesinde sergilemek suretiyle ortaya koymaktadır. Öte yandan, tarafların iradelerini elektronik araçlarla sözlü olarak iletmeleri de mümkündür. Nitekim Whats-App aracılığıyla aktarılan sesli mesajlar ya da tarafların e-konferans yoluyla yaptıkları görüntülü görüşmeler irade beyanlarının sözlü olarak aktarılmasını sağlar⁴.

B. Elektronik Sözleşmelere İlişkin Hukuki Düzenlemeler

1. Türk Hukukunda

Türk Hukukunda elektronik sözleşmelere ilişkin hukuki düzenlemeler bakımından ilk olarak Türk Borçlar Kanunu hükümleri ele alınmalıdır. Nitekim, hukuki işlem niteliğindeki elektronik sözleşmelere, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin ve uygun düştüğü ölçüde özel hükümlerinin uygulanacağı hususunda şüphe yoktur. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nda elektronik sözleşmeler düzenlenmemiştir. Ancak, süresiz önerinin düzenlendiği TBK m. 4/II'de “hazırlar olanlar arasında” başlığı altında, “telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayan araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan önerinin, hazır olanlar arasında yapılmış sayılacağı” ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemede sözleşmeyi kurmaya yönelik irade açıklamasının telefon, bilgisayar gibi

araçlarla yapılmasının zikredilmesi elektronik sözleşmeyi akla getirebilir. Ancak, kanımızca burada kanun koyucunun amacı hazır olanlar arası sözleşme görüşmelerine ilişkin örnekler vermektir. Zira, kanunun sistematigi göz önüne alındığında, söz konusu düzenlemede zikredilen iletişim araçlarının, elektronik sözleşmeyi kurmaya yönelik elektronik araçlardan ziyade, beyanın açıklandığı an muhataba ulaşmasını sağlayan vasıtalar olarak kullanıldığı kolayca anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nda elektronik sözleşmelerin düzenlendiğini ileri sürmek mümkün değildir.

Elektronik sözleşmelerin en yaygın olarak akdedildiği hukuki işlemler, tüketici işlemleridir. Nitekim, dünyada yaşanan olağanüstü olaylar ve gündün güne gelişen teknoloji tüketici ile satıcı/sağlayıcının irade beyanlarını elektronik araçlarla açıklamasına zemin hazırlamıştır. Bu durumu göz önüne alan kanun koyucu 6502 sayılı TKHK m. 48'de “mesafeli sözleşmeler”i düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemeye göre: “Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir”. Böylece tüketici işlemi niteliğinde olup, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik bir sistem içerisinde akdedilen elektronik sözleşmeler TKHK m.48'deki düzenleme ile açıkça hükme bağlanmıştır⁵. Ancak, elektronik sözleşmelerin yalnız uzaktan pazarlama sistemi aracılığıyla kurulan sözleşmelerle sınırlı olmadığı unutulmamalıdır. Bu nedenle uzaktan pazarlama sistemi haricinde diğer elektronik araçlarla kurulan tüketici işlemi niteliğindeki elektronik sözleşmelerin de TKHK m.47/I-b'ye tabi olduğu kabul edilmelidir. Nitekim “İşyeri dışında kurulan sözleşmeler” başlığı altında düzenlemeye göre: “Tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında tüketiciyle iş yeri dışında görüşülmesinin hemen sonrasında, satıcı veya sağlayıcının iş yerinde ya da herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla kurulan” sözleşmeler işyeri dışında kurulan sözleşmeler olarak nitelendirilmiştir. Bu suretle, tüketici işlemi niteliğindeki elektronik sözleşmeler TKHK m.48 ve m.47'deki düzenlemelerle ayrıntılı şekilde hükme bağlanmıştır.

Türk hukukunda elektronik sözleşmelere ilişkin diğer hukuki düzenlemeler ise 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesine Hakkında Kanun'da yer alır. İlgili Kanun m.1/II'de “Kanunun,...elektronik iletişim

Multimedia Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehr, 58.Auflage, Beck, 2022, Teil 13.1, N. 10; Cheng, s. 10; Bazı yazarlar “Elektronik sözleşmeleri yalnız internet araçlarıyla kurulan sözleşmeler olarak nitelendirir”, bkz. Sağlam, s. 71-72; Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler*, 1.Bası, Beta Yayınevi, 2002, s.33.

³ Altınışık, s. 88 vd.; Uyumaz, s. 908; Turan, s.92; Gümüş, s. 134; İnal, s. 92 vd.; Özdemir Kocasakal, s. 49; Falcıoğlu, s. 61 vd.; Cheng, s.10; Drenska, s. 2 vd.; Kitz, Teil 13.1, N. 10;

⁴ Savaş, s. 334 vd.; Sağlam, s. 71 vd.; Özdemir Kocasakal, s. 67; Uyumaz, s. 910 vd.; Drenska, s. 7; Borges, s. 163 vd.

⁵ Sağlam, s. 82; Savaş, s. 338.

araçlarıyla yapılan sözleşmeleri” kapsadığı ifade edilmiştir. Söz konusu Kanun m.2/c’de de elektronik ticari ileti tanımlanmıştır. Buna göre elektronik ticari ileti: “Telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makinaları, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen, veri, ses ve görüntü içerikli iletiler” olarak düzenlenmiştir.

Elektronik sözleşmelerde, irade açıklamalarına aracı olan elektronik imza da, Elektronik İmza Kanunu’nda düzenlenmiştir. Elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuran, böylece adi yazılı şekle tabi sözleşmelerin elektronik ortamda yapılmasına zemin hazırlayan güvenli elektronik imza ilgili Kanun m.4’de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre: “Münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan imza” güvenli elektronik imzadır.

2. Diğer Hukuk Sistemlerinde

Dünya’da elektronik sözleşmelerin hukuken tanınmasına yönelik ilk adım Birleşmiş Milletler tarafından atılmıştır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından 1960’lı yıllarda Elektronik Ticaret Model Kanunu ve 2000’li yıllarda ise Elektronik İmza Model Kanunu oluşturulmuştur. Her ne kadar söz konusu hukuki düzenlemeler elektronik sözleşmelerin kaynağını oluştursa da, elektronik sözleşmeler esas olarak Avrupa Birliği tarafından tanzim edilen 2000/31/EC sayılı Elektronik Ticaret Direktifi ile işlerlik kazanmıştır. Elektronik Ticaret Direktifi m.1/2’de, “söz konusu direktifin üye devletler arasında servis sağlayıcıları ve ticari iletişim oluşturulması yanında elektronik sözleşmeler yapılmasını da amaçladığı” açıkça belirtilmiştir. Avrupa Birliğine üye olan devletler de, teknolojik gelişmelerin gerektirdiği şekilde hukuk sistemlerini Elektronik Ticaret Direktifi’ne uyarlamışlardır.

Elektronik Ticaret Direktifi’ni bir reform olarak hukuk sistemine katan başlıca üye devletlerden birisi Almanya devletidir. Nitekim, Alman Medeni Kanunu §312’de elektronik sözleşmeler düzenlenmiştir. “Elektronik Sözleşmelerde Genel Yükümlülükler” başlığını taşıyan söz konusu düzenlemede elektronik sözleşme, satıcı veya sağlayıcının mal teslimi veya hizmet sağlamaya ilişkin bir sözleşmeyi uzaktan iletişim araçlarıyla

kurmayı amaçladığı sözleşme olarak tanımlanmıştır. İlgili düzenlemede alıcı için teslimden önce hataları fark etmesi ve düzeltmesini sağlayacak şekilde uygun, geçerli ve karşı tarafa ulaşmaya elverişli bir elektronik araç ile irade beyanını açıklama yükümlülüğü öngörülmüştür. Öte yandan alıcının irade beyanının şüpheye yer vermeyecek kadar açık ve net olması gerektiği, irade beyanının gecikmeksizin ulaşmaya elverişli bir elektronik araçla yapılması gerektiği belirtilmiştir. Yine, sözleşmenin kurulmasında özellikle genel işlem koşullarından bilgi sahibi olunması ve bunların tekrar incelenmesine yönelik kayıt imkanı sağlanması gerekliliği düzenlenmiştir. Elektronik araçlarla iletilen irade beyanlarının her somut olaya göre tarafların bilgi sahibi olabileceği şekilde açıklanmış olması şartıyla muhataba ulaşılmış sayılacağı ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemelerin, aksi kararlaştırılmadıkça bireysel iletişim yoluyla kurulan sözleşmeler ve taraflardan birinin tüketici sıfatına sahip olmadığı sözleşmelerde uygulama alanı olmadığı hükme bağlanmıştır.

İsviçre Hukukunda ise, mevzuatın elektronik sözleşmelere uyarlanması, ilk olarak 2005 yılında Elektronik İmza Kanunu’nun yürürlüğe girmesi, ardından İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan reformla gerçekleştirilmiştir. Nitekim, 2017 yılından itibaren yürürlüğe giren değişiklik ile İBK m.14’deki düzenlemeye iradenin güvenli elektronik imza ile açıklanmasına cevaz verilmiştir. Gerçekten İBK m.14/2’de: “El yazılı imzanın, elektronik imzaya ilişkin 2016 yılındaki Federal Kanun’a göre güvenli elektronik imza ile aynı hukuki sonuçları doğuracağı, aksine kanun ve sözleşme hükümlerinin saklı olduğu” ifade edilmiştir.

C. Elektronik Sözleşmelerde İrade Beyanları

1. Genel Olarak

İrade açıklaması, kişilerin hüküm ve sonuç doğurmaya elverişli irade beyanları ve irade faaliyetlerinden oluşur. İrade faaliyeti, iradenin herhangi bir beyanda bulunmaksızın bizzat davranışlar sergilenerek açıklanmasıdır. Bu kapsamda, tecrübe ve muayene şartıyla satışta alıcının satış konusu malı kullanmaya başlaması, kabul niteliğinde bir irade açıklamasıdır. İrade beyanı ise, irade açıklamasının beyan yoluyla yapılması suretiyle varlık kazanır. İrade beyanında, kişilerin hukuki işlem yapmaya yönelik olarak dış dünyaya aktardıkları söz, yazı veya işaretlerle somutlaşan bilinçli fiilleri söz konusudur. Elektronik sözleşmelerde irade açıklamasının, irade beyanı veya irade faaliyeti yoluyla yapılması mümkündür. Ancak, burada iradenin elektronik araçlarla açıklanması unsuru, irade faaliyetinin uygulama alanını

niteliği gereği kısıtlar⁶.

Elektronik sözleşmelerde irade beyanının oluşumu, ilk olarak internet yoluyla kurulan sözleşmeler bakımından ele alınmalıdır. İnternet yoluyla kurulan elektronik sözleşmelerde taraflarca ileri sürülen irade beyanı “elektronik irade beyanı” olarak nitelendirilir. Elektronik irade beyanları da iki gruba ayrılır. Bir grup elektronik irade beyanı, beyan sahibi tarafından bir bilgisayar aracılığıyla bizzat yaratılıp, şekillendirilen ve muhataba gönderilen irade açıklaması şeklinde vücut bulur. Bu türdeki elektronik irade beyanları, “elektronik olarak bildirilen irade beyanları” şeklinde ifade edilir. Diğer grup elektronik irade beyanında ise, muhataba bildirilen irade beyanı beyan sahibi tarafından değil, bilgisayarda mevcut olan bir program aracılığıyla otomatik olarak oluşturulur ve gönderilir. Bu irade beyanları için de “elektronik olarak oluşturulan irade beyanları” kavramı kullanılır⁷.

Öte yandan, elektronik irade beyanları, irade açıklamasında kullanılan elektronik araçlar bakımından da farklı türlere ayrılır. Elektronik sözleşmeler internet yoluyla kurulan sözleşmelerle birlikte telefon, faks gibi elektronik araçlarla kurulan sözleşmeleri de içermektedir. Ancak, irade beyanlarının açıklanmasında kullanılan telefon, faks gibi elektronik araçlar, beyanın oluşumundan ziyade yalnızca muhataba iletilmesi fonksiyonuna sahiptirler. Bu nedenle, burada özellikle internet yoluyla kurulan sözleşmelerde kullanılan elektronik araçlara göre tasnif yapılmalıdır⁸. İnternet yoluyla kurulan sözleşmelerde yer alan elektronik irade beyanları da e-mail, world wide web, online-chat ve e-konferans araçlarıyla açıklanması bakımından ayrı ayrı incelenmelidir. Bu kapsamda internet yoluyla kurulan sözleşmelerde susma fiilinin hüküm ve sonuçları ile irade faaliyeti niteliğindeki irade açıklamaları da ayrıca ele alınmalıdır.

2. Elektronik Olarak Bildirilen İrade Beyanı

Elektronik olarak bildirilen irade beyanı, beyan sahibinin bir bilgisayar aracılığıyla bizzat oluşturup, şekillendirdiği ve internet yoluyla muhataba

gönderdiği irade beyanıdır. Burada elektronik irade beyanı, bir veri tabanı veya World Wide Web gibi elektronik hizmetlerden yararlanmak suretiyle ya da internet üzerinden chat, internet üzerinden sesli görüşme, video konferans vb. araçların kullanılmasıyla iletilebilir. Elektronik olarak bildirilen irade beyanı, iradenin söz, yazı veya şekillerle ifade edilmesi sonucunda hukuki işleme yönelik düşüncelerin doğrudan açıklanması ile vücut bulur. Her şeyden önce, kişiler iradelerini video konferans ya da internet üzerinden sesli görüşme yoluyla açıklayabilirler. Ancak, özellikle tüketici işlemleri ve ticari ilişkilerde ispat fonksiyonu göz önüne alınarak, irade beyanı çoğunlukla yazı veya imza yoluyla açıklanmaktadır. Zira, geleneksel irade beyanının aksine, iradenin elektronik araçlar yoluyla yazı ve şekiller kullanarak açıklanmasında, bir yandan açıklık diğer yandan irade beyanının elektronik olarak kaydedilerek saklanması söz konusu olur. Nitekim, irade beyanını içeren bir elektronik posta veya chat görüşmesinde kullanılan ifadeler kişilerin iradesini açık bir şekilde ortaya koyduğu gibi sonradan değiştirilemeyecek şekilde muhafaza edilmesini sağlar. Bu kapsamda, örneğin kişilerin twitter, facebook, instagram gibi sosyal medya veri tabanları yanında elektronik posta, whatsapp vb. elektronik iletişim araçlarıyla irade beyanlarını yazılı veya bir içeriğe imza atmak suretiyle açıklamaları mümkündür⁹.

Elektronik sözleşmelerde irade açıklanmasının söz, yazı veya imza ile oluşan irade beyanından ibaret olmadığı kabul edilir. Bu tür sözleşmelerde, iradenin irade faaliyeti yoluyla açıklanabileceği de ileri sürülür¹⁰. Beyan iradesi taşımayan irade faaliyetinde, fiil ve hukuki işlem iradesi mevcut değildir. İrade faaliyetinde, kişilerin irade açıklaması muhataba yönelik doğrudan bir beyan kastı olmaksızın fiili davranışlarıyla şekillenir. İrade faaliyetinin muhatap tarafından öneri veya kabul olarak anlaşılabilir olan ya da anlaşılmak zorunda bulunan fiili bir davranışın varlığını şart koştuğu açıktır. Ancak, elektronik olarak bildirilen irade açıklamalarında, ister elektronik posta veya bir web sitesi yoluyla ister online chat ya da bir bilgisayar programı aracılığıyla olsun, tarafların birbirlerine iletebileceği tek fiili davranış, önlerine çıkan içeriği bir klik tuşuyla onaylamak olabilir. Nitekim, kişiler bilgisayar programı veya bir web-site tarafından oluşturulup internet yoluyla kamuya arz edilen ya da

⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Bası, Yetkin Yayınevi, 2022, N.346; Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Birinci Cilt, 7.Bası, Filiz Yayınevi, 2017, s. 144 vd.; Gümüş, s. 117 vd.; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3.Auflage, Stämpfli, 2009, s. 58 vd.; Kitz, Teil 13.1, N. 9.

⁷ Sağlam, s. 112; Savaş, s. 342 vd.; Şahin, s. 342; Altınışık, s. 38 vd.; Kitz, Teil 13.1, N. 10; Cheng, s. 23; Drenka, s. 10 vd.

⁸ Bkz. “I. ELEKTRONİK SÖZLEŞME / D. Elektronik Sözleşmelerde Elektronik Araçlar”.

⁹ Sağlam, s. 112; Savaş, s. 342 vd.; Şahin, s. 342; Christiane, Wendehorst: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9.Auflage, Beck, 2022, BGB Art.312k, N. 5-6; David, Paulus: Die automatisierte Willenserklärung, *Zeitschrift JuS mit Online*, 2019, <<https://beck-online.beck.de/Dokument>>, Erişim Tarihi 27 Nisan 2023, s. 960; Kitz, Teil 13.1, N. 10; Cheng, s. 23; Drenka, s. 10 vd.

¹⁰ Wendehorst, BGB Art. 312k, N. 5-6; Kitz, Teil 13.1, N. 10; Cheng, s. 23.

kendilerine bizzat gönderilen içeriğin iradelerine uygun olması halinde bu içeriğe onay verebilirler. Böyle bir onay da elektronik olarak bildirilen irade beyanı teşkil eder. Zira, video konferans yolu dışında, tarafların görsel iletişimi bulunmadığından, birbirlerinin fiili davranışlarını irade açıklaması olarak yorumlamaları da mümkün değildir. Bu nedenle, elektronik sözleşmelerde irade faaliyeti yalnız tarafların birbirlerinin davranışlarını görüp, hukuki işlem iradesi olarak nitelendirebilecekleri görsel iletişim araçlarının kullanılması halleriyle sınırlıdır¹¹.

3. Elektronik Olarak Oluşturulan İrade Beyanı (Otomatik İrade Beyanı)

Elektronik olarak oluşturulan irade beyanı, beyan sahibinin beyanı bizzat oluşturmadığı, aksine beyanın bilgisayardaki bir program tarafından bizzat yaratılıp, internet yoluyla muhataba gönderildiği irade beyanıdır¹². Elektronik olarak oluşturulan irade beyanında, beyan sahibinin beyanın içeriği ve sonuçlarına ilişkin bir bilgisi bulunmaz. Nitekim, günümüzde online-shop olarak nitelendirilen uzaktan satış sözleşmelerinin büyük bir çoğunluğu elektronik olarak oluşturulan irade beyanı ile akdedilmektedir. Örneğin, bir online satış sitesinden görseli ve fiyatı kamuya arz edilen bir mal sipariş edildiğinde, satıcının doğrudan bir etkisi olmadan alıcıya sözleşmenin içeriği ve kuruluşuna ilişkin bir öneri sunulur. Alıcı öneride sunulan sözleşme şartlarına uygun olarak satış bedelini güvenli ödeme adımlarıyla öder ve taraflar arasındaki satış sözleşmesi bilgisayar programı tarafından otomatik olarak kurulur. Ardından alıcıya malın gönderimine ilişkin elektronik posta veya ileti yoluyla otomatik bir bilgilendirme yapılır. Bu halde, satıcının irade beyanı elektronik olarak oluşturulan irade beyanı niteliğindedir, zira doğrudan bilgisayar programı tarafından otomatik olarak yaratılmıştır. Alıcının irade beyanı, bir malı sipariş ettiği ve özellikle de içeriğine müdahale edemediği bir sözleşmeye onay verdiği göz önüne alınarak elektronik olarak bildirilen irade beyanı şeklinde nitelendirilebilir¹³.

Beyan sahibinin bizzat oluşturmadığı, yaratılmasında bir katkısı bulunmadığı gibi iletilmesine de doğrudan etki edemediği elektronik olarak

oluşturulan irade beyanının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Zira, bu halde beyan sahibinin malını satmak için bizzat kurduğu veya üye olduğu online bir satış sitesinde, satış sözleşmesi akdettiği kişiyi seçemediği gibi sözleşmeyi değiştirme veya reddetme yetkisi de yoktur. İrade beyanının, fiili irade, hukuki işlem iradesi ve beyan iradesinden oluştuğu göz önüne alındığında, otomatik olarak oluşturulan böyle bir beyanın tanınmasına kuşkuyla yaklaşılması doğaldır. Hukuki işlem ehliyeti, bilinçli bir insan iradesini şart koşar. Elektronik olarak oluşturulan irade beyanında ise, bir bilgisayar programı tarafından oluşturulan sanal bir beyan mevcuttur. Burada, ne fiili iradeyi karşılayan bir insan iradesi ne de maddi fiil içeren bir irade faaliyeti vardır. O halde, elektronik olarak bildirilen irade beyanının aksine elektronik olarak oluşturulan irade beyanının hukuki niteliği tartışmaya muhtaçtır¹⁴.

Doktrinde önceleri savunulmakla birlikte, bugün etkisi yitiren bir görüşe göre¹⁵, elektronik olarak oluşturulan irade beyanının hukuken hüküm ve sonuç doğurması mümkün değildir. Zira elektronik olarak oluşturulan irade beyanında, fiil ve beyan iradesi bulunmadığı gibi hukuki işlem iradesine de yer almamaktadır. Bu nedenle, elektronik olarak oluşturulan irade beyanı, insan iradesinin mevcut olmadığı, otomatik hafıza ve varsayımsal bir düşünce ürünüdür. Böyle bir beyanın, irade beyanı olarak kabul edilmesi söz konusu olamaz.

Diğer bir görüş ise¹⁶, elektronik olarak oluşturulan irade beyanını çerçeve sözleşmenin somutlaştırılması olarak nitelendirir. Söz konusu görüşe göre, beyan sahibi ile beyanı elektronik ortamda oluşturmakla yetkilendirilmiş olan program yöneticisi arasında bir çerçeve sözleşme akdedilir. Bu çerçeve sözleşmede, beyan ileri sürülmeden önce beyanının içeriği, süresi gibi parametreler net bir şekilde belirlenir. Sözleşme kurmaya yönelik elektronik irade beyanı da çerçeve sözleşmede öngörülen kriterler çerçevesinde otomatik olarak oluşturulur. Böylece, irade beyanı insan iradesinin ürünü olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Başka bir görüşe göre de¹⁷, elektronik olarak oluşturulan irade beyanı,

¹¹ Kitz, Teil 13.1, N. 10; Cheng, s. 23.

¹² Sağlam, s. 112; Savaş, s. 343 vd.; Şahin, s. 343; Altınışık, s. 38 vd.; Cheng, s. 23; Drenka, s. 9; Paulus, s. 960 vd.

¹³ Sağlam, s. 112; Savaş, s. 344 vd.; Altınışık, s. 39; Cheng, s. 23; Drenka, s. 9; Paulus, s. 960 vd.

¹⁴ Drenka, s. 14-15; Cheng, s. 24 vd.

¹⁵ Werner Susat / G. Stolzenburg, Gedanken zur Automation, *MDR 1957*, s.146.

¹⁶ Wernhard, Möschel, Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehr, *AcP 1986*, s. 196.

¹⁷ Karl-Ernst, Brauner, *Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen*

beyaza imza kurumu ile aynı kaderi paylaşır. Nitekim, beyaza imzada imza sahibi içeriğini bilmediği hukuki işleme yönelik irade beyanı ile bağlıdır. Elektronik olarak oluşturulan irade beyanında da, imza sahibinin beyanı içeriğin bilgisayar yardımı ile oluşturulup, şekillendirilmesi suretiyle hüküm ve sonuç doğurur. Böylece, elektronik olarak oluşturulan irade beyanı, beyaza imzada sonradan doldurulan metin kısmı gibi içeriği bilgisayar tarafından oluşturulan Elektronik Data İşlemesi (EDV) sonucunda etkin hale gelir. Beyaza imzada içeriği sonradan oluşturulan beyan imza sahibinin irade beyanı olarak varlık kazanır. Bu nedenle, beyanın içeriğini dolduran kişinin hukuki işlem ehliyeti herhangi bir önem arz etmez. Elektronik olarak oluşturulan irade beyanında da aynı kural geçerlidir. Zira, irade beyanında bulunan kişi EDV firması olmadığından, hukuki işlemin geçerliliği yalnız irade beyanının sahibine göre takdir edilir. İrade beyanının içeriğinin oluşturulmasına ilişkin yardımın bir insan ya da bir bilgisayar programı olması arasında bir fark yoktur. Bu nedenle, elektronik olarak oluşturulan irade beyanının hukuki niteliği beyaza imza ile eşdeğerdir¹⁸.

Doktrinde savunulan, bizim de katıldığımız bir başka görüş ise¹⁹, elektronik olarak oluşturulan irade beyanının hukuki niteliğini kendine özgü irade beyanı olarak kabul eder. Bu görüşe göre, irade beyanı fiili irade, beyan iradesi ve hukuki işlem iradesi unsurlarından oluşur. Elektronik olarak oluşturulan irade beyanında, klasik irade beyanından farklı olarak fiili irade bir insan tarafından değil, bir bilgisayar tarafından meydana getirilmektedir. Ancak, burada bilgisayar tarafından oluşturulan fiili iradenin kaynağı bir insan davranışına dayanmaktadır. Nitekim, bilgisayar programı tarafından oluşturulan fiili irade ancak bir insanın ileri sürdüğü talep ve verdiği yetkiye göre varlık kazanır. Bilgisayarın fiili irade yaratması otomatik olarak değil, bir insanın kendisi için irade beyanı oluşturulması için bilgisayar programına sunduğu parametrelere göre şekillenir. Bu nedenle, elektronik olarak oluşturulan irade beyanı, bilgisayar programına verilen yetki göz önüne alındığında, bir insan davranışına dayanır. O halde, elektronik olarak oluşturulan irade beyanının

Datenverarbeitungsanlagen, M.Wehle, 1988, s. 46 vd.

¹⁸ Doktrinde savunulan bir başka görüş ise bilgisayar açıklamalarını elektronik temsil olarak açıklar. Burada yazılım programı elektronik temsilci olarak nitelendirilir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Altınışık, s. 40.

¹⁹ Sağlam, s. 118 vd.; Savaş, s. 343; Mathias Kuhn, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation*, 1.Auflage, Beck, 1991, s. 69 vd.; Cheng, s. 39; Drenka, s. 21 vd.; Wentland, *Beck'scher Online-Kommentar, BGB Allgemeiner Teil*, 66.Edition, 2023, <https://beck-online.beck.de/Dokument>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, BGB § 119, s. 963.

fiili iradeden yoksun olduğu söylenemez. Elektronik olarak oluşturulan irade beyanı, fiil irade yanında beyan iradesi ve hukuki işlem iradesini de içermelidir. Elektronik olarak oluşturulan irade beyanının, beyan iradesi ve hukuki işlem iradesini içerip içermediği hususuna şüpheyle yaklaşılabilir. Zira, klasik irade beyanında kişilerin beyan iradesi ve hukuki işlem iradesi her somut olayda ayrı ayrı oluşur. Buna karşılık, elektronik olarak oluşturulan irade beyanında, beyan iradesi ve hukuki işlem iradesi henüz somut olayın şartları oluşmadan önce bir bilgisayar programı tarafından yaratılmaktadır. Ancak, iradenin yorumlanmasında hakim olan güven ilkesi, olağan hayatın akışı ve hayat tecrübelerine göre makul, dürüst ve orta zekalı bir muhatabın irade beyanını nasıl anladığı veya anlamak zorunda olduğunu göz önüne alır. Bu suretle, zihni kayıt örneğinde olduğu gibi klasik irade beyanında da kişi beyan iradesi ve hukuki işlem iradesine sahip olmasa bile, güven ilkesine göre ileri sürdüğü beyanla bağlı olabilir. Bu halde, elektronik olarak oluşturulan irade beyanının da beyan iradesi ve hukuki işlem iradesinden yoksun olması sebebiyle, bağlayıcı olmadığını ileri sürmek mümkün değildir. Böylece, elektronik olarak oluşturulan irade beyanının niteliği itibarıyla klasik irade beyanından farklı olduğu açıktır. Ancak, bağlayıcılığı bakımından klasik irade beyanından ayrılması mümkün değildir. Bu nedenle, elektronik olarak oluşturulan irade beyanı TBK m.1 anlamında sözleşmeyi kurmaya elverişli kendine özgü bir irade beyanı olarak nitelendirilmelidir.

4. Susma

Hukuki işlemler, özellikle de sözleşmeler TBK m.1 uyarınca karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulur. Bu suretle, susma sözleşmelerin kurulmasına yönelik irade beyanı olarak göz önüne alınması kural olarak kabul edilmez. Zira, irade beyanı ya da irade faaliyeti şeklinde ortaya çıkan irade açıklaması, söz, yazı veya şekillerle dış dünyaya aktarılan bir irade veya bir davranışın gerçekleştirilmesini gerektirir. Ancak, susma ne dış dünyaya aktarılan bir irade ne de bir faaliyet niteliği taşır. Aksine susma eylemsizlik suretiyle sessiz kalma durumudur. Kural susmanın hukuki sonuç doğurmaması olmakla birlikte, taraflarca sözleşmede kararlaştırıldığı ve dürüstlük kuralının gerektirdiği haller ile kanunlarda öngörülen istisnai düzenlemelerde susma irade açıklaması olarak dikkate alınabilir²⁰. Bu istisnai hükümlerden birisini

²⁰ Eren, N.367; Kemal, Oğuzman / Turgut, Öz: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16.Bası, Vedat Yayınevi, 2018, s. 65 vd.; Kocayusufoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 146 vd.; Gümüş, s. 124; Claire Huguenin, *Obligationenecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2.Auflage, Schultess 2014, Art.1 ff OR, N. 175; Koller, s. 130 vd.; Gauch/Schluep/

TBK m.6 oluşturur. Söz konusu düzenlemeye göre: “Öneren, kanun ya da işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır”. Keza, vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m. 503’de de vekilin susmasına hukuki sonuç bağlanmıştır. Buna göre: “Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sığorta sahibine veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır”. Benzer şekilde TTK m.1405’de de sigorta ettirenin susması ile sigorta sözleşmelerinin kurulabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre: “Sigortacı ile sigorta sözleşmesi yapmak isteyen kişinin, sözleşmenin yapılması için verdiği teklifname, teklifname tarihinden itibaren otuz gün içinde reddedilmemişse sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır”.

Elektronik sözleşmeler bakımından susmanın hukuki sonuç doğurup doğurmadığı hususu, elektronik nitelikte olmayan sözleşmelerden farklı değildir. Zira, taraflardan birisi elektronik sözleşme görüşmelerinde de sessiz kalabilir. Bu sessizliğin irade açıklaması olarak nitelendirilmesinde, konuya elektronik araçlarla akdedilmemiş olan sözleşmelerle aynı şekilde yaklaşmak gerekir. Susmanın hukuki sonuç doğurması, sözleşmenin elektronik bir araç vasıtasıyla kurulmuş olmasından bağımsız bir husustur. Gerçekten, TBK m.6 uyarınca öneren önerisini bir e-mail yoluyla karşı tarafa iletir, bu e-mailde muhatabın belirli süre içinde sessiz kalması halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağını belirtebilir. Bu durumda, muhatap önerenin önerisini kabul etmek istemezse, belirlenen süre içinde reddetmek zorundadır. Aksi takdirde muhatabın susması elektronik sözleşmenin kurulmasına sebep olur. Böylece gerek dürüstlük kuralının gerektirdiği veya sözleşmenin öngördüğü hallerde, gerekse TBK m.6 anlamında işin özelliği ve durumun gereğinin icap ettiği durumlarda, susma elektronik sözleşmelerin kurulmasında da irade açıklaması olarak nitelendirilebilir²¹.

Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 9.Auflage, Schultess 2014, s. 26 vd.; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6.Auflage, Stämpfli, 2012, s. 209.

²¹ Savaş, s. 342; Cheng, s. 26; Andreas Wiebe, *Die elektronische Willenserklärung*, 1.Auflage, Mohr Siebeck, 2002, s. 422.

D. Elektronik Sözleşmelerde Elektronik Araçlar

1. Genel Olarak

Elektronik sözleşmeler, hem internet yoluyla hem de diğer elektronik araçlarla kurulan sözleşmeleri ifade eder. Bu nedenle, elektronik sözleşmelerdeki iletişim araçları internet yoluyla kullanılabilen araçlarla sınırlı değildir. Bu kapsamda, elektronik sözleşmeler e-mail, online chat gibi internetten yararlanarak kurulabilirken, telefon görüşmeleri, sms, faks gibi diğer elektronik araçlar vasıtasıyla da akdedilebilir²². Ancak günümüzde günden güne gelişen e-ticaret sistemi, elektronik sözleşmelerin özellikle internet yoluyla kurulması üzerinde yoğunlaşmıştır. Öte yandan, telefon görüşmeleri, sms, faks gibi elektronik araçlarla kurulan sözleşmeler geleneksel bir boyut kazanmıştır.

Açıklanan sebeplerle, elektronik sözleşmelerde elektronik araçlar başlığı altında özellikle internet yoluyla kurulan elektronik sözleşmelerde kullanılan elektronik araçlar incelenmelidir.

2. E-mail (Elektronik Posta)

E-mail hem ticari hem de adi borç ilişkilerinin kurulması ve hatta değiştirilmesi veya sona erdirmesine en sık başvuru alan elektronik araçlardan birisidir. E-mailin internet yoluyla kurulan sözleşmelerdeki bu geniş rolü, esas olarak iki sebebe dayanmaktadır. İlk olarak, e-mail bir iletişim aracı olarak sözleşme ilişkisinin hızlı bir şekilde kurulması ile sözleşmeye ilişkin bilgi ve belgelerin saklanması sağlar. İkinci olarak ise, e-mail yoluyla oluşan elektronik veriler, taraflar arasında çıkabilecek muhtemel bir uyuşmazlıkta delil niteliğini haizdir. Nitekim, “Belge” başlığı altında düzenlenen HMK m.199’a göre: “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir”. Böylece, e-mail yoluyla kurulan sözleşmelerde, elektronik veriler sözleşmenin varlığı ve içeriğine yönelik delil teşkil eder²³.

²² Turan, s. 92; Altınışık, s. 89; Sözer, s.33; Kitz, Teil 13.1, N. 10; Cheng, s. 10.

²³ Yargıtay 13.HD, E. 2017/1014, K. 2020/4488 T. 10.06.2020: “Mahkemece belirtilen mail yazışmasının değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. HMK’nun 199. maddesinde” Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.” yazılıdır. Bu düzenleme ile mail yazışmaları da belge olarak kabul edilmiştir. O halde, mahkemece mail yazışmaları ve davacı tarafından

İnternet aracı niteliğinde olan e-mail, internet yoluyla kişilerin birbirlerine beyanlarını göndermesini ve gönderilerin kişilerin hakimiyet alanına girmesini sağlayan bir elektronik araçtır. Burada, kişiler kendi kimliklerine tanımlanmış e-mail adreslerini kullanarak karşılıklı olarak iletişim kurarlar. E-mail kişilerin birbirlerine belirli metinler iletebilmesi yanında resim, ses kaydı, video, çizim gibi içerikleri ihtiva eden dosyaların paylaşılmasına da imkan verir. Her e-mail adresi belirli bir mail-sunucusuna (mail-server) bağlıdır. Söz konusu mail sunucuları, kendi alanlarına gelen iletileri görüntüleme ve saklama fonksiyonuna sahiptir. Ayrıca, kişilerin yönlendirmesi suretiyle mail sunucusu, muhatabın sunucusuna ileti gönderimi yapar²⁴.

3. World Wide Web (www)

World Wide Web, günümüzde mal satışı ve hizmet tedarikinde yaygın olarak kullanılan ve özellikle herkese açık öneri niteliğinde irade beyanları ile sözleşme ilişkilerinin kurulmasını sağlayan yegâne elektronik araçtır. Nitekim, Trendyol, Hepsiburada gibi online alışveriş siteleri, Facebook, Twitter gibi sosyal medya platformları ve çeşitli markaların spesifik online satış sitelerinin mal satışı ve hizmet tedariki esas olarak World Wide Web'e dayanır. World Wide Web aracılığıyla kurulan elektronik sözleşmelerde, satıcı ve sağlayıcı çoğunlukla ilgili mal veya hizmetin görselini sergileyip, fiyatı ve özelliklerini açık bir şekilde belirterek herkese açık öneri niteliğinde bir irade beyanında bulunur. Söz konusu mal veya hizmeti tedarik etmek isteyen müşteri ise, ilgili online satış sitesine başvurup, satıcı veya sağlayıcının önerisini kabul eder. Bu suretle, taraflar arasında elektronik bir sözleşme kurulur. Bu sözleşmede, tarafların hak ve yükümlülükleri ile birlikte mal veya hizmetin müşteriye nasıl teslim edileceğine ilişkin esaslar da yer alır. Sözleşmenin akdedilmesinin ardından, müşterinin e-mail adresine gönderilmek ve ilgili web sitesinde paylaşılacak suretiyle bir sipariş metni oluşturulur. Sipariş metninde, elektronik sözleşmeye konu olan mal veya hizmet, müşterinin bilgileri, sipariş tarihi ve teslim usulü ve tarihi gibi bilgiler yer alır²⁵.

Yapılan ödemeler değerlendirilerek davacının borçlu olup olmadığına karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir", <<https://kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>>, Erişim tarihi: 01 Haziran 2023.

²⁴ Sağlam, s. 92 vd.; Kirca, s. 100; Cheng, s. 15; Drenka, s. 23; Christoph Glatt, *Vertragsschluss im Internet, Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in der Europäischen Union und des Internationalen Verbrauchervertrags*, 1. Auflage, Nomos, 2002, s. 17.

²⁵ Cheng, s. 15-16; Drenka, s. 7; Glatt, s. 17; Bert, Eichhorn: *Internet-Recht - Ein Lehrbuch für das Recht in World Wide Web*, 1. Auflage, Fortis, 2003, s. 5 vd.

Hızı ve güvenilirliği ile yaşamımızda büyük yer kaplayan World Wide Web, tüm web siteleri ve diğer internet sağlayıcılarını merkez veri tabanına bağlama fonksiyonunu yerine getiren bir elektronik iletişim aracıdır. World Wide Web, web sayfası olarak nitelendirilen milyonlarca dosyayı bir koleksiyon halinde koordine eden, yararlananların kendi üyelikleri sayesinde herhangi web sitesine başvurmasını sağlayan bir internet organizasyonudur. World Wide Web, müşteri- sağlayıcı modeline dayanır. Bu modelde, yararlanan kişinin bilgisayar sisteminde bir müşteri yazılımına ihtiyacı vardır. Üyelik olarak nitelendirilen bu yazılımla, hiper metin transfer protokolü (http) üzerinden üyenin yazılımına uygun bir sağlayıcı seçilir ve istenilen web sayfası ya da diğer kaynaklara ulaşılır. Yararlanan kişi, belirli bir web sayfasını aktivite etmek suretiyle üyelik elde eder ve ilgili web sayfalarını kendisi için ulaşılır kılar²⁶.

4. Sesli veya Görüntülü Online İletişim (Online-phone, Videokonferanz)

Kişilerin, internet yoluyla sesli veya görüntülü olarak iletişim kurmaları da mümkündür. Bu halde sesli görüşmeler, geleneksel telefon ağı üzerinden değil, internet yoluyla sağlanır. Sesli online iletişim, yararlanan bilgisayarda mikrofon olmasını gerektirir. Öte yandan, görüşme yapılan bilgisayarın kamerası olması şartıyla, sesli görüşme aynı zamanda görüntülü olarak gerçekleştirilebilir. Bu durumda ise görüntülü online iletişim söz konusu olur. Gerek sesli gerekse görüntülü online iletişimde, tarafların eşzamanlı olarak birbirlerinin iradelerini öğrenme imkanları vardır. Nitekim, bu hallerde hazırlar arası görüşmeler gerçekleştirilir. Bu suretle, muhatap beyan sahibinin iradesinden açıklandığı anda bilgi sahibi olur²⁷.

Kişiler arasında internet yoluyla sesli veya görüntülü online iletişim kurulması, belirli yazılım programları ile sağlanır. Ücretli veya ücretsiz olan bu yazılım programlarında, kişiler aynı anda online olmak suretiyle iletişim kurarlar. Nitekim günümüzde, Whatsapp, Zoom, Microsoft Teams gibi programlar, en sık başvurulan sesli ve görüntülü online iletişim programlarıdır. Söz konusu yazılım programlarının kullanılması ile kişiler arasında birçok elektronik sözleşme akdedilebilmektedir.

²⁶ Cheng, s. 16; Drenka, s. 7 vd.; Eichhorn, s. 6 vd.

²⁷ Cheng, s. 17; Drenka, s. 100; Glatt, s. 37.

5. Online Yazılı İletişim (online-chat)

Kişiler irade beyanlarını sesli ve görsel online iletişim araçları yanında online yazılı iletişim araçlarıyla açıklamaları da mümkündür. Özellikle iletişim kurmak amacıyla kullanılan bilgisayarın mikrofon ve kamera teçhizatı içermemesi halinde, online yazılı iletişim araçlarına başvurulur. Online yazılı iletişim aracı ile kişiler eşzamanlı olarak yazılı iletişim kurarlar. Elbette ki, online yazılı iletişim de kişilerin aynı anda online olmasını gerektirir²⁸. Örneğin, Whatsapp, Instagram ve Massenger gibi yazılım programlarında kişiler aynı anda online olmak suretiyle elektronik sözleşmeler akdedebilirler.

Online yazılı iletişim, sesli ve görsel online iletişime nazaran dezavantajlıdır. Nitekim, online yazılı iletişimde kişilerin irade beyanlarının birbirlerine varması, başka bir deyişle hakimiyet alanlarına ulaşması yararlanılan internet ağının hızına bağlıdır. Şayet, internet ağı hızı bakımından eşzamanlı iletişime elverişli değilse, bu halde kişilerin birbirlerinin irade beyanlarını derhal öğrenmeleri mümkün olmaz. Bu da online yazılı iletişime rağmen hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerine göre yorum yapılması gereğini doğurur. Öte yandan, sesli ve görsel iletişim yolunun tercih edilmesi halinde, kişiler internet ağının hiç veya yeterli oranda çekmediğini basit bir şekilde fark ederler. Çünkü, bu durumda iletişim kurulması mümkün değildir. Buna karşılık, online yazılı iletişimde, muhataba yazılı şekilde aktarılan irade beyanının, karşı tarafa varıp varmadığının tespiti daha zordur. Bu durum da, öneride bulunanın önerisi ile bağlılık süresi bakımından, taraflar arasında hukuki uyumsuzlukların ortaya çıkmasına neden olabilir²⁹.

II. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULMASI VE HÜKÜM VE SONUÇLARINI DOĞURMASI

A. Genel Olarak

Elektronik sözleşme kavramı, bir sözleşme tipi olmaktan ziyade sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarının elektronik araçlarla açıklanmasını ifade eder. Dolayısıyla, elektronik sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurması diğer sözleşmelerle aynı kurallara tabidir³⁰. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurmasına ilişkin düzenlemelerinin elektronik sözleşmelere

uygulanacağı hususunda şüphe yoktur. Zira elektronik sözleşmeleri, diğer sözleşmeden ayıran tek fark, sözleşmeyi kurmaya yönelik öneri ve kabul şeklindeki irade beyanlarının açıklanmasında kullanılan araçtır. Nitekim, elektronik sözleşmelerde taraflar irade beyanlarını, aynı fiziksel ortamda bulunmak veya birbirlerine mektup göndermekten farklı olarak elektronik araçlarla açıklayıp, iletirler. Sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuçlarını doğurmasında, Türk Borçlar Kanunu'nun esas aldığı kriter ise sözleşme görüşmelerinin hazırlar arasında vuku bulup bulmadığıdır. Gerçekten TBK m. 3 ve TBK m.11 arasındaki düzenlemelerde, gerek irade beyanı ile bağlılık süresi gerekse sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurması bakımından sözleşmelerin hazırlar arasında-hazır olmayanlar arasında yapılmasına göre farklı hukuki sonuçlar öngörülmüştür. Her şeyden önce, belirli bir bağlanma süresi içermeyen süresiz öneride, önerenin önerisi ile ne zamana kadar bağlı olduğu, sözleşme görüşmelerinin hazırlar arasında-hazır olmayanlar arasında yapılmasına göre tasnif edilmiştir. Hazır olanlar arasında süresiz öneriyi düzenleyen TBK m.4'e göre: "Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur. Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır". Hazır olmayanlar arasında süresiz öneri ise TBK m.5'de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre: "Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olmayan bir kişiye yapılan öneri, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar, önereni bağlar. Öneren, önerisini zamanında ulaştırmış sayabilir. Zamanında gönderilen kabul, önerene geç ulaşır ve öneren onunla bağlı olmak istemezse, durumu hemen kabul edene bildirmek zorundadır". Keza Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurması da sözleşme görüşmelerinin hazırlar olmayanlar arasında yapılıp yapılmadığına bağlanmıştır. İlgili hususu düzenleyen TBK m. 11'e göre: "Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur. Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur".

Böylece, elektronik sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurması, taraflar arasındaki sözleşme görüşmelerinin hazır olanlar ve hazır olmayanlar arasında yapılmasına göre ayrı ayrı incelenmelidir. Bu kapsamda özellikle hangi elektronik araçların hazır olanlar, hangilerinin ise hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerine elverişli olduğu tespit edilmelidir.

²⁸ Sağlam, s. 94 vd.; Cheng, s. 16; Drenka, s. 27; Glatt, s. 37 vd.

²⁹ Sağlam, s. 95 vd.; Cheng, s. 16; Glatt, s. 38 vd.

³⁰ Özdemir Kocasakal, s. 50; Drenka, s. 59; Cheng, s. 77 vd.

B. Elektronik Sözleşmelerin Hazır Olanlar Arasındaki Sözleşme Görüşmeleri Sonucunda Kurulması ve Hüküm ve Sonuç Doğurması

Elektronik sözleşmeler, diğer sözleşmelerde olduğu gibi hazır olanlar sözleşme görüşmeleri sonucunda kurulabilir. Hazır olanlar arası sözleşme görüşmesi, taraflardan her birinin beyanını açıkladığı anda muhatabın bu beyandan bilgi sahibi olduğu sözleşme görüşmeleridir. Hazır olanlar arasındaki sözleşme görüşmelerinde, beyan sahibinin irade beyanını açıkladığı an ile bu beyanın muhataba vardığı an aynıdır. Böylece, taraflar birbirlerinin irade beyanını derhal öğrenme imkanına sahiptir. Elektronik nitelikte olmayan sözleşmelerde, hazır olanlar arasındaki sözleşme görüşmelerinin tipik örneğini, tarafların aynı fiziksel ortamda karşılıklı olarak irade beyanlarını açıklamaları oluşturur. Bu halde taraflar, sözleşmeyi kurmaya yönelik öneri ve kabul niteliğindeki irade beyanlarını yüz yüze gelmek suretiyle açıklarlar³¹.

Elektronik sözleşmelerin, hazır olanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri sonucunda kurulup kurulmadığının tespiti, sözleşmenin akdedilmesinde kullanılan elektronik araca bağlıdır. Zira, elektronik sözleşmenin akdedilmesi için yararlanılan elektronik araç, taraflara birbirlerinin irade beyanlarından açıklandığı anda, başka bir deyişle derhal haberdar olma imkânı sağlıyorsa, bu halde hazır olanlar arası sözleşme görüşmesinden söz edilir. Bu husus TBK m.4/II'de açıkça hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre: "Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır". Bu suretle, elektronik sözleşmelerin hazır olanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri sonucunda kurulabilmesi, kullanılan elektronik aracın taraflara doğrudan iletişim sağlamasına bağlıdır. Aksi takdirde, tarafların birbirlerinin irade beyanlarını öğrenmeleri, varma teorisi kapsamında belirli veya belirsiz bir süre gerektirir. Elektronik sözleşmelerde, hazır olanlar arasında sözleşme görüşmelerinin gerçekleşmesine hizmet eden elektronik araçların başında sesli ve görüntülü online iletişim araçları gelir. Gerçekten, Whatapp, Zoom, Microsoft Teams gibi yazılım programlarının kullanılması suretiyle yapılan sözleşme görüşmelerinde, taraflar yalnız sesli veya hem sesli hem görüntülü olarak iletişim kurarak irade beyanlarını açıklarlar. Bu hallerde, taraflar eşzamanlı çevrimiçi olmak suretiyle sözlü olarak birbirlerine karşı irade beyanında bulunurlar. Böylece, adetâ aynı fiziksel ortamı paylaşıyor gibi birbirlerinin

irade beyanlarından derhal haberdar olurlar. Elektronik sözleşmelerde hazır olanlar arasında sözleşme görüşmesi sağlayan diğer elektronik araç da online yazılı iletişim araçlarıdır. Tarafların aynı anda çevrimiçi olarak, öneri ve kabul şeklindeki irade beyanlarını Whatsapp, Instagram veya Messenger programlarıyla yazılı şekilde açıkladıkları hallerde, hazır olanlar arasında sözleşme görüşmeleri söz konusu olur. Bu elektronik araçlar da, tarafların irade beyanlarını yazıya döküp "gönder" butonuna bastıkları anda, söz konusu beyanın muhatabın fiili hakimiyetine ulaşmasını sağlar. Bu suretle, taraflar birbirlerinin irade beyanlarından derhal haberdar olurlar³².

Elektronik sözleşmelerin sesli ve görüntülü iletişim araçları ile online yazılı iletişim araçlarının kullanılması suretiyle akdedilmesi hallerinde, öneren muhataba kabul niteliğindeki irade beyanını açıklaması için belirli bir süre vermiş olabilir. Süreli öneride bulunan tarafın önerisi ile ne kadar süre bağlı kalacağı, TBK m.3'e göre belirlenir. Söz konusu düzenlemeye göre: "Kabul için bir süre belirleyerek bir sözleşme yapılmasını öneren, bu sürenin sona ermesine kadar önerisiyle bağlıdır. Kabul bu süre içinde kendisine ulaşmazsa; öneren önerisiyle bağlılıktan kurtulur". Süresiz öneride, öneride bulunan tarafın bağlılık süresi ise TBK m. 4'e göre takdir edilir. Böylece, "kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur". Dolayısıyla, elektronik sözleşmelerin, hazır olanlar arası sözleşme görüşmeleri sağlayan elektronik araçlarla yapılması halinde önerenin bağlılığı önerinin süreli veya süresiz olmasına göre TBK m.3 ve TBK m.4'de düzenlenen kurallara tabidir³³.

Hazır olanlar arasındaki sözleşme görüşmelerine konu olan elektronik sözleşmelerin hangi andan itibaren kurulduğu ve hüküm ve sonuç doğurduğu hususu ise TBK m.1 uyarınca tespit edilir. Zira, hazır olanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri sonucunda kurulan diğer sözleşmeler gibi elektronik sözleşmelerin kurulmasında da esas olan "tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıkladıkları" andır. Böylece, hazır olanlar arasındaki sözleşme görüşmelerine konu olan elektronik sözleşmeler, öneriye uygun olan kabul iradesinin açıklandığı anda kurulur. Keza, hazır olanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri sonucunda kurulan tüm sözleşmeler kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurduğundan, elektronik sözleşmelerin

³¹ Eren, 794 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 61 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 210 vd.; Gümüş, s. 159 vd.; Schwenzler, s. 189 vd.; Gauch/ Schlupe/ Schmid, s. 83 vd.; Koller, s. 122 vd.; Koller, Art.1 ff OR, N. 64.

³² Özdemir Kocasakal, s. 51; Savaş, s. 350 vd.; Turan, s. 94; Sözer, s. 93 vd.; Cheng, s. 77-78; Drenska, s. 26 vd.

³³ Drenska, s. 68 vd.

hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an da kuruluş anı ile aynıdır³⁴.

C. Elektronik Sözleşmelerin Hazır Olmayanlar Arasındaki Sözleşme Görüşmeleri Sonucunda Kurulması ve Hüküm ve Sonuç Doğurması

Sözleşmeler, hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri sonucunda da kurulabilir. Tarafların birbirlerinin irade beyanlarından, ilgili beyanın açıklandığı andan daha sonraki bir zamanda bilgi sahibi oldukları hallerde, hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerinden bahsedilir. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerinde sözleşmeyi kurmaya yönelik öneri ve kabul şeklindeki irade beyanları, muhatapların hakimiyetine derhal değil, bir süre sonra ulaşır. Bu yönüyle, hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri, hazır olanlar arasındaki sözleşme görüşmelerinden kolay bir şekilde ayırt edilir. Türk Borçlar Hukuku'nda, hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerinde, muhatabın kabul beyanından haberdar olması, dolayısıyla sözleşmenin kurulma anının tespiti bakımından varma teorisi esas alınır. Bu teoriye göre, kabul beyanının önerenin hakimiyet alanına vardığı anda sözleşme kurulmuş olur. Burada göz önüne alınan hakimiyet alanı, önerenin fiili hakimiyeti değildir. Aksine, kabul beyanının öneren tarafından öğrenilmeye elverişli olduğu, başka bir deyişle dürüstlük kuralı gereği öğrenilebileceği an, irade beyanı hakimiyet alanına varmış olur. Bu suretle, kabul beyanının bir mektup aracılığıyla yapılması halinde, beyanın önerene varma anı, onun bu mektubu fark edip okuduğu an değildir. Kabul beyanının varma anı, mektubun posta kutusuna ulaştığı andan itibaren önerenin bu mektubu alıp okuyabileceği andır. Dolayısıyla, öneren ilgili mektubu posta kutusundan fiilen almamış olsa bile, somut olayın şartlarına göre mektubu almanın kendisinden beklenebilir olduğu anda, kabul beyanı varmış sayılır³⁵.

Elektronik sözleşmelerin hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerine konu olması, kullanılan elektronik araca göre takdir edilir. Elektronik sözleşmelerin kurulmasında tarafların eşzamanlı çevrimiçi olması şartıyla yazılı, sesli ve görüntülü iletişim araçlarının kullanılması halinde hazır olanlar arasındaki sözleşme görüşmelerinden bahsedilmesine benzer şekilde, irade beyanlarının derhal iletilmesi imkanı sunmayan elektronik araçlardan

yararlanılması halinde de sözleşme görüşmelerinin hazır olmayanlar arasında gerçekleştirildiği kabul edilir. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerini doğuran en tipik elektronik araç, elektronik postadır. Sözleşmeyi kurmaya yönelik öneri ve kabul şeklindeki irade beyanlarının elektronik posta yoluyla iletilmesinin hukuki sonucu, bunların mektup yoluyla iletilmesinden farklı değildir. Nitekim bu halde, öneren sözleşmenin esaslı unsurlarını içeren irade beyanını yazılı bir metin haline getirerek internet ağı aracılığıyla karşı tarafa gönderir. Muhatap hakimiyet alanına ulaşan söz konusu irade beyanını okuyup, ilgili sözleşme teklifini kabul veya reddedebilir. Bu durumda muhatap kabul veya ret iradesini içeren yazılı bir metni elektronik posta yoluyla önerene gönderebileceği gibi, sessiz de kalabilir. Muhatabın susması kural olarak kabul niteliğinde bir irade beyanı olarak yorumlanamaz. Ancak, istisnai olarak dürüstlük kuralının gerektirdiği haller ile kanun hükümleri gereği, önerinin belirli bir süre içinde açıkça reddedilmemesi durumunda, susma kabul anlamına gelir³⁶.

Elektronik posta yoluyla yapılan öneride, önerenin bağlılık süresi özellikle süresiz öneride önem arz eder. Zira, hazır olmayanlar arasında süreli öneride, önerenin bağlılık süresi önceden belirlenen zaman dilimi sonunda sona erer. Buna karşılık önerinin süresiz olması halinde, önerenin bağlılık süresinin ne kadar olduğuna ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda açık ve somut bir düzenleme yoktur. Ancak TBK m. 5/I'de süresiz öneride, önerenin bağlılık süresinin takdirine ilişkin objektif bir kriter öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeye göre: "Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olmayan bir kişiye yapılan öneri, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar, önereni bağlar". Böylece, önerenin bağlılık süresi her somut olayın özelliğine göre belirlenir. Ancak, bağlılık süresinin hesaplanmasında TBK m.5/I uyarınca, önerinin muhataba varması, muhatabın düşünmesi ve karar vermesi ile kabul beyanının gönderilmesi için gerekli olan sürenin toplamı göz önüne alınır. Böylece, önerinin elektronik posta yoluyla yapılması halinde, önerenin bağlılık süresi ve sözleşmenin kurulduğu anın tespiti, TBK m.5/I'e göre takdir edilecek zaman dilimine bağlıdır. Ancak, elektronik posta yoluyla gönderilen kabul beyanında, önerenin bağlılık süresi, elektronik nitelikte olmayan geleneksel iletişim araçlarına göre daha kısa bir zaman dilimi olarak takdir edilmelidir. Nitekim, mektup gibi iletişim araçlarında beyanın varma süresi, internet ağının hızı ile ölçülemeyecek kadar

³⁴ Cheng, s. 77-78; Drenka, s. 28.

³⁵ Eren, N. 822.; Oğuzman/ Öz, s. 74 vd; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 211 vd.; Gümüş, s. 167; Huguenin, Art.1 ff OR, N. 50; Koller, s. 116 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid, s. 73; Schwenzer, s. 191.

³⁶ Özdemir Kocasakal, s. 51; Savaş, s. 344 vd.; Turan, s. 95; Şahin, s. 333; İnal, s. 92; Falcıoğlu, s. 125 vd.; Drenka, s. 34 vd.; Cheng, s. 75.

yavaştır. Öte yandan, muhatabın elektronik postalara otomatik olarak cevap vermeye hizmet eden bir bilgisayar programı kullanması da mümkündür. Gerçekten örneğin, bir ticari işletmenin belirli bir konuya ilişkin sözleşme önerilerine hızlı bir şekilde cevap vermek amacıyla söz konusu önerileri 24 saat içerisinde yanıtlama özelliğine sahip bir yazılım programı kullanması mümkündür. Bu halde, önerenin bağlılık süresi, olağan elektronik posta kullanıcılarının muhatap olduğu sözleşme görüşmelerine nazaran çok daha kısa bir süre olarak belirlenmelidir. Bu nedenle, elektronik posta yoluyla yapılan hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerinde, tarafların durumu ve beyanın varma hızı herhalde göz önüne alınmalıdır. Bu kapsamda, önerenin gönderdiği elektronik postaya imkanı olmasına rağmen günlerce bakmayan veya cevap vermeyen muhatap, sonradan ilettiği kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmuş olduğunu ileri süremez. Bununla birlikte, muhatap TBK m.5/I'e uygun olarak kabul beyanını elektronik postayla zamanında göndermiş olmasına rağmen internet bağlantısı kesintisi veya internet ağı sorunlarından dolayı söz konusu beyan önerene geç ulaşmış olabilir. Bu halde, bir taraftan öneren diğer taraftan muhatabın menfaatleri arasında bir çatışma durumu ortaya çıkar. Böyle bir halde, hem önerenin bağlılık süresinin sona ermesi hem de kabul beyanının zamanında gönderilmesi söz konusu olur. Kanun koyucu TBK m.5/III'de zikredilen menfaat çatışmasını öneren lehine çözüme kavuşturmuştur. Söz konusu düzenlemeye göre: "Zamanında gönderilen kabul, önerene geç ulaşır ve öneren onunla bağlı olmak istemezse, durumu hemen kabul edene bildirmek zorundadır". Bu suretle, posta yolunun kullanılmasında olduğu gibi, elektronik posta aracılığıyla iletilen irade beyanlarının rizikosu da varma teorisi kapsamında beyan sahibine aittir³⁷.

Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin, hangi andan itibaren kurulduğu ve hüküm ve sonuç doğurduğunun tespiti önem arz eder. Zira, tarafların sözleşme ile bağlılığı ve özellikle de vade veya süreye bağlanmamış olan borçların ifa zamanı söz konusu zaman dilimine göre belirlenir. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin kurulma anına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir düzenleme yoktur. Ancak, TBK m.1'de sözleşmelerin "tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulduğu" esas göz önüne alınarak, hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin öneriye uygun olan kabul beyanının önerene vardığı andan itibaren kurulduğu şüphesizdir. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin hüküm ve sonuç doğurması ise

³⁷ Savaş, s. 347; Şahin, s. 347-348; Falcıoğlu, s. 130 vd.; Sözer, s. 93 vd.; Cheng, s. 75; Drenka, s. 32.

TBK m.11'de düzenlenmiştir. Buna göre: "Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur". Söz konusu düzenlemenin ikinci fıkrasında ise, sözleşmenin kurulması için açık bir kabul beyanının gerekli olmadığı hallere özgü bir düzenleme öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeye göre "açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm ve sonuç doğurur". Böylece, kurulmamış bir sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması söz konusu olamayacağından, açık bir kabul beyanının gerekli olmadığı hallerde, sözleşmenin kurulma anının da önerinin muhataba ulaşma anı olduğu kesindir³⁸. Bu suretle, elektronik posta aracılığıyla gerçekleşen sözleşme görüşmelerinde sözleşmenin kurulma anı kural olarak kabul beyanını içeren elektronik postanın önerene vardığı andır. Ancak, taraflarca önceden kararlaştırılmış olması ve özellikle de bir kanun hükmü sebebiyle açık bir kabul beyanına ihtiyaç duyulmayan hallerde, sözleşme öneriyi içeren elektronik postanın muhataba vardığı andan itibaren kurulup, hüküm ve sonuçlarını doğurur³⁹. Bu kapsamda örneğin öneride bulunulan kişi, TBK m.503'e göre "bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa" sözleşmenin kurulması için açık bir kabule gerek yoktur. Bu halde, vekalet sözleşmesi önerinin derhal reddedilmiş olması şartıyla, öneriyi içeren elektronik postanın muhataba vardığı andan itibaren kurulur. Bununla birlikte hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri, dolayısıyla elektronik posta aracılığı ile iletilen irade beyanlarında, sözleşmelerin kurulması bakımından TBK m.10'da öngörülen düzenleme herhalde göz önüne alınmalıdır. Nitekim söz konusu düzenlemeye göre: "Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır".

D. Sözleşmenin World Wide Web Aracılığı ile Yapılan Sözleşme Görüşmeleri Sonucunda Kurulması ve Hüküm ve Sonuç Doğurması

World wide web, elektronik posta veya sesli, yazılı, görüntülü online iletişim araçları gibi elektronik sözleşmelerin kurulmasını sağlayan bir elektronik iletişim aracı olmakla birlikte, farklı özelliklere sahiptir. Herşeyden önce world wide web, kişilere bir taraftan pasif web sayfası üzerinden diğer

³⁸ Eren, N. 828.; Oğuzman / Öz, s. 75; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 213; Gümüş, s. 168; Schwenzer, s. 209 vd.; Gauch / Schuep / Schmid, s. 82 vd.; Koller, s. 122 vd.; Huguenin, s. 64 vd.

³⁹ Özdemir Kocasakal, s. 52.

tarafından web sağlayıcılar aracılığıyla irade beyanlarını açıklama imkanı sunar. Dolayısıyla elektronik sözleşmelerin kurulmasında diğer elektronik iletişim araçlarına nazaran daha geniş bir rol oynar. Öte yandan, world wide web aracılığıyla yapılan sözleşme görüşmeleri hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri niteliğinde olsa da, burada diğer elektronik iletişim araçlarından farklı olarak sözleşmenin konusunu oluşturan şey her zaman göz önüne alınmalıdır. Zira, world wide web aracılığıyla kurulan sözleşmelerde, sözleşme taraflarının irade beyanlarının hukuki niteliği, sözleşmenin konusunu oluşturan şeye göre değişiklik göstermektedir.

Bu kapsamda World wide web aracılığıyla yapılan sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurması bakımından irade beyanlarının pasif bir web sayfası mı yoksa bir web sağlayıcısı yoluyla mı açıklandığı önem arz eder. World wide web aracılığıyla kurulan sözleşmelerde, sözleşme görüşmelerinin pasif bir web sayfası kullanılarak yapılması mümkündür. Pasif web sayfası, kişilere dolaylı iletişim sağlayan, adetâ bir elektronik posta gibi muhatabın irade beyanından doğrudan bilgi sahibi olmasına imkan tanımayan bir elektronik iletişim yoludur. Nitekim örneğin sağlayıcının kendisine ait web sayfasına “sipariş üzerine lokma dökülür” ifadeleriyle verdiği ilan üzerine kişilerin bu web sayfasına sipariş vermesi ve sağlayıcının da bu siparişleri onaylaması halinde elektronik bir sözleşme kurulmuş olur. Bu halde, tarafların birbirlerinin irade beyanlarından açıklandığı anda haberdar olamamaları sebebiyle, pasif web sayfası ile gerçekleşen iletişimin, hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmesi niteliğinde olduğu şüphesizdir. Öte yandan, pasif web sayfası ile mal veya hizmet tedarik eden tarafın sipariş almak üzerine ileri sürdüğü irade beyanı, TBK m. 8/I uyarınca öneriye çağırma niteliğindedir. Malı satın almak veya hizmetten yararlanmak isteyen tarafın sipariş vermesi öneri, satıcı veya sağlayıcının siparişi onaylaması ile kabul anlamına gelir. World wide web yoluyla kurulan sözleşmelerde web sağlayıcılarının kullanılması da çok yaygındır. Web sağlayıcısı, pasif web sayfası gibi hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerine konu olan bir iletişim aracı olmakla birlikte, mal veya hizmet tedarik etmek isteyen kişinin irade beyanına bir yazılım programı tarafından olumlu veya olumsuz bir yanıt verilmesi bakımından farklılık gösterir. Nitekim, web sağlayıcısı yoluyla kurulan sözleşmelerde iletişim kişiler ve yazılım programları arasında gerçekleşir. Örneğin, markalı ürünler satan bir web sağlayıcısından, fiyatıyla birlikte sergilenen ürün görselini gören bir kişi, bu ürünü satın almak isteyebilir. Bu halde, ilgili ürünü “sepete ekle” butonuna basarak sipariş eder. Kişinin sipariş etme iradesi öneri niteliğindedir. Şayet, bu ürün yeterli stoğa sahip değilse, bu

durumda yazılım programı muhataba doğrudan “yetersiz stok” uyarısı vererek, öneriyi reddeder. Keza, yine satın alma sekmesine geçildiğinde, kişinin belirttiği ödeme bilgileri sonucunda ödemenin yapılamaması ya da “yetersiz bakiye” sebebiyle satış bedelinin ödememesi hallerinde de, yazılım programı derhal öneriyi reddeder. Buna karşılık, ürün stoğunun bulunması ve kişinin ödeme adımlarını uygun bir şekilde tamamlaması söz konusu olursa, öneri yazılım programı tarafından hemen kabul edilir. Böylece taraflar arasındaki sözleşme kurulur⁴⁰.

World wide web aracılığıyla kurulan sözleşmelerde göz önüne alınması gereken diğer bir husus da, satış sözleşmelerine konu olan malın, maddi mi yoksa maddi olmayan bir mal mı olduğudur. Gerek maddi gerekse maddi olmayan malların world wide web aracılığıyla satışı, hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri sonucunda gerçekleşir. Ancak, tarafların irade beyanlarının hukuki niteliğinin tespitinde, satış konusuna ilişkin bu ayrım dikkate alınmak zorundadır. Nitekim world wide web aracılığıyla kurulan satış sözleşmesinin konusu maddi bir maldan oluşuyorsa, bu halde satıcının irade beyanının öneriye çağırma, alıcının irade beyanının ise öneri niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Çünkü, bu halde satıcı world wide web yoluyla bir katalog ya da reklamla ürün görselini paylaşır. Alıcı, söz konusu ürün görselinin birçok kişi tarafından görülebileceğini ve ürünün pek çok kişi tarafından talep edilebileceğini bilir. Öte yandan, satıcı ürünü her talep edene değil, stokları tükenmeden sözleşme şartlarına uygun olarak satış bedelini ödeyen kişilere satma hakkına sahiptir. Böylece, maddi mallarda satıcının fiyatı ile ürün görselini paylaşması öneriye çağırma niteliğindedir. Alıcının satıcının sergilediği ürünü öngörülen satış bedeli ile satın alma talebini içeren irade beyanı ise öneri olarak nitelendirilmelidir. Buna karşılık, maddi nitelikte olmayan malların satışında stoklarla sınırlı bir ürün söz konusu değildir. Gerçekten maddi olmayan malların satışı, alıcıya bir yazılım programı ya da veri bankasından yararlanma imkanı sağlar. Bu nedenle bu tür malların satışında, malı tedarik etmenin stoklar tükenene kadar satış bedelini ödeyen kişilerle sınırlı olduğunu bilmesi alıcıdan beklenemez. Dolayısıyla, maddi nitelikte olmayan malların satışında, satıcının satış bedeliyle birlikte malın görselini paylaşması, öneri niteliğindedir. Alıcının öneriye uygun olarak sözleşmeyi onaylayıp, eş zamanlı olarak satış bedelini ödemesi sonucunda da

⁴⁰ Cheng, s. 66 vd.; Glatt, s. 37 vd.; Drenska, s. 62 vd., aksi görüş için bkz. Sağlam, s. 118 vd.; Kırca, s. 103; Savaş, s. 361 vd.

sözleşme kurulur⁴¹.

İster pasif web sayfası veya web sağlayıcısı aracılığıyla yapılsın ister maddi ya da maddi nitelikte olmayan malları konu alsın, world wide web yoluyla gerçekleştirilen sözleşme görüşmeleri hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri niteliğindedir. Bu nedenle, hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri sonucunda kurulan elektronik sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurmasına ilişkin kurallar, world wide web yoluyla kurulan elektronik sözleşmeler için de aynen geçerlidir.

SONUÇ

Elektronik sözleşmeler, bir yandan ticari ilişkilerin globalleşmesi, diğer yandan kişilerin temel ihtiyaçlarının karşılanması bakımından büyük bir uygulama alanına sahiptir. Nitekim, günümüzde birçok sözleşme elektronik araçlar kullanılarak akdedilmektedir. Buna karşılık elektronik sözleşme kavramı, özellikle de sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanlarının oluşumu, hukuki etkisi ve hüküm ve sonuçları uygulamada yeterince açığa kavuşturulmuş değildir. Elektronik sözleşmelerin nitelendirilmesine ilişkin en başta gelen yanılgı, bu sözleşmelerin yeni bir sözleşme tipi olduğuna yöneliktir. Oysa, elektronik sözleşmeler içeriğini isimli veya isimsiz sözleşmelerin oluşturduğu sözleşme usullerini ifade eder. Başka bir deyişle, elektronik sözleşmenin içeriğini oluşturan isimli veya isimsiz sözleşme mektup, elektronik sözleşme ise bu mektup metnini çevreleyen zarftır. Bu suretle, elektronik sözleşme hukuki niteliği itibarıyla içeriğini oluşturan isimli veya isimsiz sözleşmenin türünü yansıtır. Elektronik araçlarla kurulan sözleşmenin konusu, bir taşınırın mülkiyet ve zilyetliğinin belirli veya belirlenebilir bedel karşılığında karşı tarafa devrinden oluşuyorsa, bu sözleşme elektronik ortamda akdedilen taşınır satış sözleşmesinden başka bir şey değildir. Elektronik sözleşmelerle ilgili karşılaşılan diğer bir sorun ise, bir sözleşmenin elektronik sözleşme olarak nitelendirilmesinde kullanılan kriterlerdir. Bu kapsamda, yalnız internet ortamında kurulan sözleşmelerin elektronik sözleşme olarak değerlendirilmesi yerinde değildir. Elektronik sözleşmelerin çoğunlukla internetin sağladığı çeşitli araçlar yoluyla kurulduğu inkar edilemeyecek bir gerçektir. Ancak, bu gerçek elektronik araçların yalnız internet ağından ibaret olmadığı gerçeğini de değiştirmemelidir. Bu nedenle, elektronik posta, sesli veya görüntülü online iletişim gibi internet yoluyla kurulan sözleşmeler kadar, telefon, sms aracılığı ile akdedilen sözleşmeler de elektronik sözleşme olarak

nitelendirilmelidir. Elektronik sözleşmelerin kurulması TBK m.1 uyarınca karşılıklı, birbirine uygun ve geçerli irade beyanlarının varlığını gerektirir. Sözleşmelerin kurulmasına yönelik irade beyanları, fiil iradesi, hukuki işlem iradesi ve beyan iradesi ile beyan unsurlarından oluşur. Elektronik araçlarla bildirilen irade beyanları bu unsurların tamamını içerir. Ancak, elektronik olarak oluşturulan irade beyanlarında, beyan bir bilgisayar programına verilen talimatlar doğrultusunda bizzat program tarafından otomatik olarak meydana geldiğinden, hukuki nitelendirmeye muhtaçtır. Bu hususta doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kanımızca bu değerlendirmede esas alınması gereken TBK m.4/II'de açıkça düzenlenen kanun koyucunun iradesi olmalıdır. Nitekim, kanun koyucu söz konusu düzenlemede bilgisayarı bir iletişim aracı olarak nitelendirerek, bilgisayar aracılığı ile ileri sürülen irade açıklamalarına hiçbir ayırım yapmaksızın hukuki etki tanımıştır. Bu nedenle, elektronik olarak oluşturulan irade beyanları fiil iradesi unsuru bakımından alelade irade beyanlarından farklı olsa da, bu farklılık ancak teknolojinin yarattığı kendine özgü yapı ile açıklanabilir.

Her sözleşme bir hukuki işlem, her hukuki işlem de bir hukuki ilişki doğurur. Hukuki ilişkilerin sözleşmelerden doğması, hukuken tanınmış, dolayısıyla kurulmuş olan sözleşmelerin varlığını gerektirir. Elektronik sözleşmelerin kurulması da diğer sözleşmeler gibi Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Bu bakımdan, elektronik sözleşmelerin kurulma anının tespitinde belirleyici olan, irade beyanlarının ileri sürülmesinde kullanılan elektronik araçtır. Zira, kullanılan elektronik araç yoluyla ileri sürülen irade beyanı eşzamanlı olarak muhatabın hakimiyet alanına ulaşıyorsa, hazırlar arası, aksi halde hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri söz konusu olur. Bu hususun ortaya konulmasının ardından, elektronik sözleşmenin kurulmasına yönelik olan önerinin bir süreye bağlı olup olmadığı ve özellikle hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerinde süresiz öneride bulunulması halinde bağlılık süresine ilişkin varma teorisi göz önüne alınarak sözleşmenin kurulduğu an takdir edilir. Nitekim, TBK m.3 vd.'daki düzenlemeler tüm sözleşmelerde olduğu gibi elektronik sözleşmelerin kurulmasında da uygulama alanı bulur. Ancak, elektronik sözleşmelerin kurulmasına yönelik süresiz öneri, hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerine konu oluyorsa, burada önerinin ileri sürüldüğü elektronik aracın esas alınması ve her somut olaya göre öneri ile bağlılık süresinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Öte yandan, elektronik sözleşmenin kurulmasına yönelik süresiz önerinin, hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerine konu olması halinde, öneriyle bağlılık süresinin alelade sözleşmelere nazaran

⁴¹ Kırca, s. 103; Cheng, s. 79 vd.; Kuhn, s. 112 vd.

daha kısa takdir edilmesi gerektiği de unutulmamalıdır. Çünkü, bu halde kabul iradesinin önerene gönderilmesi ve ulaşması için gerekli olan süre herhalde elektronik araçlar kullanılmadan ileri sürülen irade açıklamalarından daha kısadır. Elektronik sözleşmelerin kurulmasına yönelik öneri ve kabul iradesinin geri alınması da mümkündür. Bu halde, TBK m.10 elektronik sözleşmelerde de aynen geçerlidir. Kurulan elektronik sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurduğu an da hazırlar arasındaki sözleşme görüşmeleri sonucunda kurulup kurulmadığına göre farklılık gösterir. Gerçekten, hazırlar arasındaki sözleşme görüşmeleri sonucunda kurulan elektronik sözleşmeler, kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Buna karşılık, elektronik sözleşmenin hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmeleri sonucunda kurulması halinde, hüküm ve sonuç doğurduğu an açık bir kabul beyanına ihtiyaç olup olmadığına göre takdir edilir. Zira kanun koyucu TBK m.11'deki düzenleme ile açık bir kabule ihtiyaç olmayan sözleşme görüşmelerinde sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını, önerinin muhataba ulaştığı an olarak belirlemiştir. Oysa, diğer hallerde elektronik sözleşme kabul beyanının gönderildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Elektronik sözleşmeleri elektronik araçlar kullanılmadan akdedilen diğer sözleşmelerden ayıran tek nokta sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarının ileri sürülmesinde kullanılan araçlardır. Ancak, elektronik araçların iletişim fonksiyonunu etkili bir şekilde yerine getirmesinin birçok dış etkene bağlı olduğu gerçeği karşısında, elektronik sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurmasının diğer sözleşmelere nazaran daha fazla riziko taşıdığı da gözden uzak tutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Altınışik U, *Elektronik Sözleşmeler*, 1.Bası, Seçkin Yayınevi, 2003.
- Borges G, *Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr-Vertragsabschluss, Beweis, Form, Lokalisierung, Anwendbares Recht*, 1.Auflage, Beck, 2003.
- Brauner K. E, *Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen*, M.Wehle, 1988.
- Cheng G, *Die Anwendbarkeit des Bürgerlichen Gesetzbuches auf den modernen elektronischen Vertragsabschluss im Internet*, Dissertation iur., 2004, <<http://opencscience.ub.uni-mainz.de>>, Erişim Tarihi 25 Nisan 2023.
- Drenska M, *Die rechtlichen Aspekte des elektronischen Handels in Bezug auf den Vertragsabschluss*, Dissertation iur., 2006, <<http://opus.bibliothek.uni-ausgurg.de>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2023.
- Eichhorn, B *Internet-Recht - Ein Lehrbuch für das Recht in World Wide Web*, 1.Auflage, Fortis, 2003.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27.Bası, Yetkin Yayınevi, 2022.
- Falcıoğlu M. Ö, *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, 1.Bası, Yetkin Yayınevi, 2004.
- Gauch / Schlupe / Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 9.Auflage, Schulthess 2014.
- Glatt C, *Vertragsschluss im Internet, Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in der Europäischen Union und des Internationalen Verbrauchervertrags*, 1.Auflage, Nomos, 2002.
- Gümüş M. A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 1.Bası, Yetkin Yayınevi, 2021.
- Huguenin C, *Obligationenecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2.Auflage, Schulthess 2014.
- Ingeborg S, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6.Auflage, Stämpfli, 2012.
- İnal E, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin*

- Kurulması*, 1.Bası, Vedat Yayınevi, 2005.
- Kırca Ç, “İnternette Sözleşme Kurulması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 20(4), 2000, s. 99-119.
- Kitz V, *Handbuch Multimedia Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehr*, 58.Auflage, Beck, 2022.
- Kocayusufpaşaoğlu N / Hatemi H/ Serozan R / Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Birinci Cilt, 7.Bası, Filiz Yayınevi, 2017.
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3.Auflage, Stämpfli, 2009.
- Kuhn M, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation*, 1.Auflage, Beck, 1991.
- Möschel W, Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehr, *AcP* 1986, s. 191-216.
- Oğuzman K/ Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16.Bası, Vedat Yayınevi, 2018.
- Özdemir Kocasakal H, “Elektronik Sözleşmeler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 2006, s. 49-55.
- Paulus D, Die automatisierte Willenserklärung, *Zeitschrift JuS mit Online*, 2019, <<https://beck-online.beck.de/Dokument>>, Erişim Tarihi 27 Nisan 2023.
- Sağlam İ, “*Elektronik Sözleşmeler*”, 1.Bası, Legal Yayınevi, 2007.
- Savaş T, “Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 95, 2011, s. 331-376.
- Sözer B, *Elektronik Sözleşmeler*, 1.Bası, Beta Yayınevi, 2002.
- Susat W / Stolzenburg G, Gedanken zur Automation, *MDR* 1957, s.146-154.
- Turan G, “Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 77, 2008, s. 87-119.
- Turan Ş, “Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu
- Beyanların Geri Alınması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 95, 2011, s. 332-376.
- Uyumaz A, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, 2007, s. 907-930.
- Wendehorst C, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9.Auflage, Beck, 2022.
- Wentland, *Beck'scher Online-Kommentar, BGB Allgemeiner Teil*, 66.Edition, 2023, <<https://beck-online.beck.de/Dokument>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023.
- Wiebe A, *Die elektronische Willenserklärung*, 1.Auflage, Mohr Siebeck, 2002.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
MÜZAKERELERE KATILMA YASAĞI***
PROHIBITION OF PARTICIPATION IN NEGOTIATIONS OF THE
MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS OF JOINT STOCK
COMPANY

Burak ADIGÜZEL** 

Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY*** 

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1350121](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1350121) 

Bu çalışmada, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin müzakerelere katılma yasağı inceleme konusu yapılacaktır. Çalışmamızda, öncelikle, yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olması durumunda tüzel kişi adına toplantılara katılan gerçek kişinin (TTK m. 359.2) ve onun TTK m. 393.1’de sayılan yakınlarının menfaatinin şirket menfaatiyle çatıştığı hâllerde yasağın gündeme gelip gelmeyeceği sorunu ele alınacaktır. Ardından, yasağın yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda uygulanmasının şirket dışı kişisel menfaatin yanında şirket içi kişisel menfaati de yasağa dâhil edecek nitelikte olup olmadığı değerlendirilecektir. Yine üyenin menfaat çatışması oluşturan konu müzakere edilirken toplantıda mevcut olup olamayacağı ve yasağın oy vermeyi kapsayıp kapsamadığı sorunları açıklığa kavuşturulacaktır. Yasağa aykırılık durumunda alınan kararın geçerli olup olmayacağı, bu soruya olumsuz yanıt verildiği takdirde ise bu

* Türkiye Adalet Akademisi ve Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi tarafından 12-13 Mayıs 2022 tarihlerinde düzenlenen 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 10. Yılında Ticaret Hukukunun Güncel Meseleleri Sempozyumu’nda, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağı” başlığıyla sunulmuş bildirinin genişletilmiş tam metin hâlidir.

** **Prof. Dr.**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/KAYSERİ, **e-posta:** badiguzel@erciyes.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-4118-3387.

*** **Dr. Öğr. Üyesi**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/KAYSERİ, **e-posta:** ilbasmis@erciyes.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-0560-4498, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1350121.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

kez birincisi geçersizliğin türü ikincisi ise yasaklı üyelerin mevcut olduğu durumda menfaat çatışması teşkil eden konuda alınacak kararın geçersizliği sonucuna hem toplantı hem de karar nisabı açısından mı yoksa sadece karar nisabı bağlamında mı varılması gerektiği sorunları çalışmamızın diğer odak noktalarını teşkil edecektir. Nihayet yasağa aykırılık durumunda alınan yönetim kurulu kararına dayanılarak yapılan işlemin geçersiz olup olmayacağı incelenecektir. Bahsi geçen meseleler ele alınırken TTK m. 393 ile ilgili de lege ferenda önerilerde de bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Müzakereye katılma yasağı, yönetim kurulu, dürüstlük kuralı, menfaat çatışması, şirket dışı menfaat.

ABSTRACT

In this study, the prohibition of participation in negotiations of the members of the board of directors of joint stock company will be analysed. Firstly, in the event that the member of the board of directors is a legal person, the question of whether the prohibition shall be applied in cases where the interests of the real person attending the meetings on behalf of the legal person (Art. 359.2 TCC) and his/her relatives listed under Art. 393.1 TCC conflict with the interests of the company. Subsequently, it will be evaluated whether the application of the prohibition in cases where the failure of the board member to participate in the negotiations is required by the rule of good faith is of a nature to include the personal interest within the company as well as the personal interest outside the company. It will also be clarified whether the member can be present at the meeting while the matter constituting a conflict of interest is being discussed and whether the prohibition covers voting. The other focal points of our study will be whether the decision taken in case of violation of the prohibition will be valid or not, and if this question is answered in the negative, firstly, the type of invalidity, and secondly, whether the invalidity of the decision to be taken on the matter constituting a conflict of interest in the presence of prohibited members should be concluded in terms of both meeting and decision quorum or only in the context of decision quorum. Finally, the invalidity of the transaction based on the board of directors' decision taken in case of violation of the prohibition will be analysed. While addressing the aforementioned issues, de lege ferenda suggestions will also be made regarding Art. 393 TCC.

Keywords: Prohibition of participating in negotiations, board of directors, good faith, conflict of interest, interest outside the company.

EXTENDED ABSTRACT

The prohibition of participation in negotiations of the members of the board of directors of joint stock companies is regulated under Art. 393 TCC. Our study specifically examines a scenario where the board member is a legal person. In such instances, clarification is needed on whether the prohibition is applicable when the interests of an individual (who represents the legal person at meetings as per Art.

359.2 TCC) and the interests of their relatives (as outlined in Art. 393.1 TCC) conflict with the company's interests. In our view, enforcing this prohibition in such cases doesn't align with the provision's intended purpose and essence. This is because the individual merely represents the legal person at meetings and doesn't officially hold a board member title.

We believe that the answer should be negative when questioning whether the prohibition applies in situations where a board member's abstention from negotiations is mandated by the rule of good faith, especially if this could involve both personal interests within and outside the company. The prohibition concerning participation in negotiations should be interpreted narrowly.

Additionally, we must address two points: whether a member can attend a meeting during discussions of a matter that represents a conflict of interest, and if the prohibition extends to voting. Considering the wording of the provision, there is no doubt that the member cannot participate in the negotiations. However, the question of whether the member can be present at the meeting is debatable. We believe that this question should be answered positively. Furthermore, based on both the intent and the phrasing of the provision, we assert that the prohibition indeed encompasses voting. Consequently, a conflicted member should abstain from both negotiations and voting on the matter.

The doctrine is divided over whether a decision taken in violation of the prohibition remains valid. We disagree with the notion that the sole penalty for this violation should be liability for compensation. This is because, if the decision taken in violation of the prohibition is deemed invalid, then the company isn't bound by that transaction, especially when the other party to the transaction acts in bad faith. As a result, this approach could prevent the company from facing damages initially, rather than enduring losses and then seeking compensation.

On the other hand, there's a question regarding the invalidity of decisions made on issues that present a conflict of interest, especially when such decisions are taken in the presence of banned board members. Should the invalidity be judged based on both meeting and decision quorums or solely on the decision quorum? Our stance on this matter aligns with our understanding of the prohibition's scope. Given that the prohibition encompasses both participation in negotiations and voting, the mere presence or absence of a member who can't voice their opinion on the contentious issue becomes irrelevant. More specifically, if they can't partake in voting, they can't influence the decision's outcome. As a result, we believe that in such situations, the meeting quorum shouldn't be the focus. Instead, the emphasis should be on whether the decision quorum is met. A potential challenge arises here: the decision quorum is currently based on the 'majority of members present at the meeting.' This can lead to scenarios where the decision quorum is never met. A solution would be to determine the decision quorum based on the majority of members eligible to vote, rather than those merely in attendance.

In conclusion, de lege ferenda, it would be appropriate to determine the scope of the prohibition of participation in negotiations in a manner that leaves no room for doubt. If it is preferred that the prohibition covers participation in negotiations and voting, it would be appropriate to regulate that a meeting quorum will not be required and/or that the decision quorum is the majority of the number of members entitled to vote when taking a decision on the matter that constitutes a conflict of interest.

GİRİŞ

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin müzakerelere katılma yasağı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın "4. Müzakereye katılma yasağı" başlıklı 393. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, yönetim kurulu üyesinin şirket dışı kişisel menfaati ile şirket menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere ilgili üye katılamaz. Keza hükümde yönetim kurulu üyesinin 393. maddesinin 1. fıkrasında sayılan yakınlarının da kişisel ve şirket dışı menfaatinin şirket menfaatiyle çatışması hâlinde, üyenin çatışma konusuna ilişkin müzakerelere katılımı yasaklanmıştır. Ayrıca hüküm gereğince yönetim kurulu üyesinin dürüstlük kuralı gereği müzakereye katılmaması gereken durumlar da yasağın kapsamına dâhildir (TTK m. 393.1, c. 2).

Bu çalışmada, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin müzakerelere katılma yasağının Türk hukukunda tarihi gelişimi, amacı, uygulanma şartları ve kapsamı ile bu yasağa aykırılığın sonuçları inceleme konusu yapılacaktır.

I. YASAĞIN TÜRK HUKUKUNDA TARİHİ GELİŞİMİ

Müzakerelere katılma yasağı, ilk olarak 1926 tarihli 865 sayılı Ticaret Kanunu'nda düzenlenmişti. 865 sayılı TK'da, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatlerini ilgilendiren konuların müzakeresine katılmayacağı hükme bağlanmıştır (m. 322.1, c. 1). Böyle bir husus müzakere konusu olduğu takdirde, ilgili üye ilgisini yönetim kuruluna bildirmek ve durumu o toplantının tutanağına yazdırmak zorundaydı (865 sayılı TK m. 322.1, c. 2). Ayrıca durum, ilk toplanacak genel kurula bildirilecekti (865 sayılı TK m. 322.1, c. 3). Yine bu hükümlere aykırı davranan üyenin, ilgili olduğu işlem yüzünden şirketin meydana gelen zararını tazmin etmek zorunda olduğu düzenlenmişti (865 sayılı TK m. 322.1, c. 4).

1956 tarihli 6762 sayılı TTK'nın konuya ilişkin "3. Müzakerelere iştirak edilmemesi." başlıklı 332. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi ise yönetim kurulu üyelerinin kişisel menfaatlerini yahut usul ve

füruundan birinin, eşinin veya üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarının menfaatlerini ilgilendiren konuların müzakeresine katılmayacakları şeklindeydi. 865 sayılı TK'dan farklı olarak 6762 sayılı TTK m. 332.1, c. 1'de üyenin sadece kendisinin değil belirli derecedeki yakınlarının (usul ve füruundan birinin, eşinin veya üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarının) menfaatlerini ilgilendiren konuların da müzakeresine katılmayacağı düzenlenmişti. 865 sayılı TK'da olduğu gibi 6762 sayılı TTK m. 332.1, c. 2 gereğince de böyle bir husus müzakere konusu olduğu takdirde ilgili üye ilgisini yönetim kuruluna bildirmek ve durumu o toplantının tutanağına yazdırmak zorundaydı. Ancak 6762 sayılı TTK m. 332'de, 865 sayılı TK'dan farklı olarak durumun bir de ilk toplanacak genel kurula bildirileceği (bkz. 865 sayılı TK m. 322.1, c. 3) düzenlenmemiştir. Diğer taraftan 865 sayılı TK'da yer verilmeyen 6762 sayılı TTK m. 332.1, c. 3 hükmüne göre, toplantı yapılmadan karar alındığı (6762 sayılı TTK m. 330.2) hâlde, bu durum teklifi tespit eden kâğıda yazılacaktı. 865 sayılı TK'da olduğu gibi 6762 sayılı TTK m. 332.2 uyarınca da bu hükümlere aykırı davranan üyenin, ilgili olduğu işlem yüzünden şirketin meydana gelen zararını tazmin etmek zorunda olduğu düzenlenmişti.

6102 sayılı TTK dönemine gelince; TTK'nın "4. Müzakereye katılma yasağı" başlıklı 393. maddesi uyarınca,

"(1) Yönetim kurulu üyesi, kendisinin şirket dışı kişisel menfaatiyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin, kişisel ve şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılamaz. Bu yasağın, yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanır. Tereddüt uyandıran hâllerde, kararı yönetim kurulu verir. Bu oylamaya da ilgili üye katılamaz. Menfaat uyumsuzluğu yönetim kurulu tarafından bilinmiyor olsa bile, ilgili üye bunu açıklamak ve yasağa uymak zorundadır.

(2) Bu hükümlere aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesi ve menfaat çatışması nesnel olarak varken ve biliniyorken ilgili üyenin toplantıya katılmasına itiraz etmeyen üyeler ve söz konusu üyenin toplantıya katılması yönünde karar alan yönetim kurulu üyeleri bu sebeple şirketin uğradığı zararı tazminle yükümlüdürler.

(3) Müzakereye, yasağın nedeniyle katılmamanın sebebi ve ilgili işlemler yönetim kurulu kararına yazılır."

6102 sayılı TTK m. 393 hükmünde konuya ilişkin olarak dikkat çeken

başlıca yenilikler şu şekilde sıralanabilir¹: Yönetim kurulu üyesi bakımından kişisel menfaatin şirket dışı olması gereği öngörülerek kişisel menfaate bir sınır getirilmiş, kavram daraltılmıştır. Yönetim kurulu üyesinin belli derecedeki yakınları için de şirket dışı kişisel menfaat kriteri öngörülmüştür. Yasağın devreye girebilmesi bakımından yönetim kurulu üyesi veya belli derecedeki yakınlarının şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatışması gereği şart koşulmuştur. Bu şartlar gerçekleşmese bile, yönetim kurulu üyesinin toplantıya katılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu hâllerde yasağın yine devreye gireceği öngörülmüştür. Somut olay bakımından menfaat çatışmasının mevcut olup olmadığı net değilse (tereddüt uyandıran hâllerde) üyenin müzakereye katılıp katılmaması hususundaki kararı yönetim kurulu verir. Yasağa aykırı davranan üyenin yanında menfaat çatışması nesnel olarak varken (herhangi bir araştırma veya yoruma ihtiyaç olmaksızın durum açıkken) ve biliniyorken buna itiraz etmeyen üyeler ve üyenin toplantıya katılması yönünde karar alan yönetim kurulu üyeleri de şirketin zararından sorumlu tutulmuştur.

II. YASAĞIN AMACI

TTK'nın yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenleyen 369. maddesinin birinci fıkrası gereğince, üyeler görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle ifa etme ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralları çerçevesinde gözetme yükümlülüğü altındadırlar. Hükmün gerekçesinde şirket menfaatinin dürüstlük kuralları çerçevesinde gözetilmesi yükümünden, üyenin hiçbir menfaati (şahsi menfaatini yahut hâkim pay sahiplerinin veya bunların yakını olan kişilerin menfaatini) şirket menfaatinin önüne geçirmemesi gereğinin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Yine anılan gerekçede de vurgulandığı üzere, bu hüküm ile menfaat çatışması söz konusu olduğunda yönetim kurulunun gerekli önlemleri alması, kimseyi kayırmadan şirket menfaati için rekabet şartlarına uygun şekilde davranması öngörülmüş, yönetim kurulu üyesi ise rekabet yasağına uymanın yanında şirkete karşı kapsamlı bir bağlılık yükümlülüğüne tabi kılınmıştır. Hükmün gerekçesinde yer alan bu ifadeler çerçevesinde menfaatler çatışması söz konusu olduğunda şirketin menfaatinin öncelenmesi gerektiği sonucuna varılabilir². Müzakereye katılma yasağını düzenleyen TTK m. 393 hükmü,

¹ Bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 276-277, N. 12-99.

² Murat Yusuf Akın/Muhammed Sulu, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25 (1), 2019, s. 171.

kanun koyucunun önemli gördüğü için özel tedbirler öngördüğü menfaat çatışmasına ilişkin düzenlemelerden biridir³.

Müzakerelere katılma yasağının amacı, üyenin kendisinin veya yakınlarının menfaatini şirketin çıkarına üstün tutma ve bu şekilde şirketin menfaatini kendi veya yakınlarının çıkarı uğruna feda etme tehlikesini engellemektir⁴. Zira yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılması, çoğunlukla ekonomik bazen de psikolojik saiklerle şirket menfaati yerine kendi menfaatini veya hükümde yer verilen kişilerin menfaatlerini üstün tutmasına yönelik bir iradenin karara yansıtılmasına sebep olabilir.

III. YASAĞIN UYGULANMA ŞARTLARI

Yasağın muhatabı şüphesiz yönetim kurulu üyeleridir. Dolayısıyla yasak yönetim kurulu üyelerinin müzakerelere katılmalarına engel teşkil edecektir. Daha önce de dile getirildiği üzere, yönetim kurulu üyesi bakımından yasağın gündeme gelebilmesi için evvela bir menfaat çatışması bulunması gerekir. Bu menfaat çatışmasının şirket ile kimler (üyenin kendisi veya hangi yakınları) arasında bulunması gerektiği TTK m.393.1'de sayılmıştır. Buna göre; şirket ile üyenin kendisi, üyenin alt veya üst soyundan biri, üyenin eşi, üyenin (üçüncü derece dâhil) üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımlarından biri arasında bir menfaat çatışması mevcut olmalıdır.

Bu noktada murahhas müdürler bakımından da bir parantez açılmasında fayda vardır. Şöyle ki yönetim ve temsil yetkisi devredilen, ancak kurul üyesi olmayan kişilerin şirket dışı menfaatlerine ilişkin kurul görüşmelerine katılmamaları icap eder⁵. Hükmün getiriliş amacı çerçevesinde bu sonuca

³ İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 1, 1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013, s. 662-663. TTK m. 395.1 ve 2, m. 396 ve Sermaye Piyasası Kanunu m. 17.3 ve 21 hükümleri, bu hususta özel tedbirler içeren diğer düzenlemelere örnek olarak verilmektedir (Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 663).

⁴ Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, TTK Şerhi II, 1. Bası, Temel Yayınları, 1988, s. 614; Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 495; Veliye Yanlı, "Yönetim Kurulu Üyesinin Müzakereye Katılması Yasağının İhlali Halinde Yetersayı Sağlanmaması Nedeniyle Kararın Geçersizliği", *1. Ticaret Hukuku Kongresi 2021 (Tebliğler)*, 2021, s. 190; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 209-210; Ayhan Kortunay, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 216; Akar Öcal, "Fransız Belçika ve İsviçre Hukuklarında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılmaktan Yasaklanması", *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (1-2), 2000, s. 335.

⁵ Akdağ Güney, s. 210; Tuğçe Nimet Yaşar, "Türk Ticaret Kanunu m. 390-393", Kemal

varan *Akdağ Güney*, diğer taraftan bu kişilerin yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanamayacak olmaları nedeniyle zaten oy kullanmalarının mümkün olmaması karşısında, yasakla bunların toplantıya katılmalarına mâni olunacağını ifade etmektedir⁶. Aşağıda detaylı şekilde incelendiği üzere yasağın toplantıya katılmaya değil müzakereye ve oy vermeye ilişkin olduğu görüşünü paylaştığımız için, yönetim ve temsil yetkisi devredilen, ancak kurul üyesi olmayan bu kişilerin şirket dışı menfaatlerine ilişkin yönetim kurulu toplantılarına katılabilmelerinde bir sakınca olmamakla birlikte bu konudaki müzakerelere katılmayacakları, açık deyişle yasakla bu kişilerin müzakereye katılmalarının engellenebileceği düşüncesini taşımaktayız.

Yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olduğu durumda, yasağın devreye gireceği menfaat çatışması kural olarak şirket ile üyenin kendisi arasında olabilecektir. TTK m. 393 hükmü ile engel olunması hedeflenen tehlike dikkate alınarak, tüzel kişinin adına toplantılara katılan gerçek kişinin (TTK m. 359.2) ve onun TTK m. 393.1’de sayılan yakınlarının menfaatinin şirket menfaatiyle çatıştığı hâllerde de yasağın gündeme gelmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷. Kanımızca, bu kişinin sadece tüzel kişi adına toplantıya katılan kişi olması (bkz. TTK m. 359.2) ve yönetim kurulu üyesi sıfatının da bulunmaması dikkate alındığında, bu kişiye de kendisiyle (veya TTK m. 393.1’de sayılan

Şenocak (Ed.), *Şirketler Hukuku Şerhi C. 2*, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 2119.

⁶ Akdağ Güney, s. 210.

⁷ İsmail Kırca, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 28(2), 2012, s. 57; Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 407, 495; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 5. Bası, Seçkin, 2022, s. 359-360; Akdağ Güney, s. 210; Hülya Çoştan, “Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 29 (1), 2013, s. 126; Cafer Eminoğlu/Fatma Betül Çakır, “Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(3-4), 2014, s. 284; Emine Develi, *Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği*, 1. Bası, Seçkin, Yayıncılık 2016, s. 138; Muhammed Sulu, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 147; Işık Özer, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Müzakerelere Katılma Yasağına Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler – Tartışmalar)*, 2020, s. 357; Yaşar, s. 2118. TTK hükmünde yasağa yönetim kurulu üyelerinin tabi kılınmış olması ve tüzel kişi adına toplantılara katılan gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi sıfatını haiz olmaması karşısında yasağın bu gerçek kişilere uygulanabileceğinin kabulünün ancak *Kanunun özüne dayalı olarak yorumlanması* yoluyla mümkün olması nedeniyle bu konuda uygulamada herhangi bir tereddüde yol açmamak amacıyla anılan gerçek kişi bakımından da yasağın uygulanacağı yolunda kanuni bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı yönünde bkz. Ali Murat Sevi, “Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi Adına Tescil Edilen Gerçek Kişinin Hukukî Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32(3), 2016, s. 51-52.

yakınlarıyla) ilgili hususlarda müzakerelere katılma yasağının uygulanması, hükmün konulma amacıyla ve niteliği ile bağdaşmamaktadır. Ancak yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişinin tek ortaklı bir şirket olduğu ve söz konusu tek ortağın bu şirket adına toplantılara katılan gerçek kişi olarak belirlendiği durumda yasağın devreye girmesi düşünülebilir.

Yasağın devreye girebilmesi için bu kişilerin şirketin menfaatiyle çatışan menfaatlerinin niteliğinin belirlenmesi gerekir. Şöyle ki, hükümde sayılan kişilerin şirket dışı ve kişisel menfaatinde söz edilmektedir. TTK m. 393.1’in gerekçesinde belirtildiği gibi, kişisel menfaat bizzat üyeye veya yakınına ilişkin, bu kişileri konu alan yahut bu kişilerle ilgili olan menfaat olup, esasen bir topluluğa ait olup da anılan kişilerin de faydalanabileceği bir menfaat (kazanç, avantaj, bir zararın önlenmesi vb.) bu kapsamda değildir⁸. Şirket dışı menfaat, pay sahipliği ve yönetim ile ilgili haklardan doğan menfaatler haricindekilerdir⁹. Üyenin şirkete mal satması, bir dairesini kiraya vermesi, hizmet sunması veya şirketten mal veya hizmet alması şirket dışı kişisel menfaat olarak yasağın kapsamındadır¹⁰. TTK m. 393.1’in gerekçesinde de belirtildiği gibi, üyenin (kendisinin veya hükümde sayılan yakınlarından birinin) bir şirket görevine atanması, görevden alınması, yolluk tespiti gibi konuların şirket dışı menfaat olmadığı, dolayısıyla yasağın geçerli olmadığı durumlar olarak kabul edilmelidir¹¹.

Diğer taraftan, TTK m. 393.1, c. 2 gereğince yasağın dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanacak olması hükümde sayılan kişilerin kapsamını genişletir. TTK m. 393.1’in gerekçesinde zikredildiği üzere, müzakere konusunun -hükümde sayılanların kapsamı dışında kalan- örneğin

⁸ Keza öğretilde aynı yönde bkz. Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 496; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 15. Bası, Beta Yayıncılık, 2021, s. 213 dpn. 370; Kortunay, s. 217. Bu bağlamda, şirketteki pay sahibi işçileri temsilen görevli ve kendisi de pay sahibi bir işçi olan üyenin işçilere yapılacak ücret zammının tespit edilmesine ilişkin görüşmelere veya bayilerin teşkil ettiği pay sahibi grubunu temsilen görev yapan ve kendisi de pay sahibi bayi olan üyenin bayilere verilecek kâr marjının tespit edilmesine ilişkin müzakerelere katılabileceği, çünkü bu durumlarda kişisel değil bir topluluğun menfaatinin mevzu bahis olduğu yönünde bkz. Kortunay, s. 217-218.

⁹ Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/Ünal Tekinalp), *Ortaklıklar Hukuku I*, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 418, N. 578; Tekinalp, s. 276, N. 12-99.

¹⁰ Tekinalp, s. 276, N. 12-99.

¹¹ Keza öğretilde aynı yönde bkz. Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 496; Bahtiyar, s. 213 dpn. 370; Akdağ Güney, s. 210; Kortunay, s. 217. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyesinin kendisinin de aday olduğu murahhas üye seçilmesine ilişkin müzakerelere katılıp oy kullanabileceği yönünde bkz. Kortunay, s. 217.

üyenin eski eşi, üyenin ortağı olduğu bir şahıs şirketi veya üyenin ortağı ile ilgili olduğu durumlarda dürüstlük kuralının gereği olarak yasak geçerli hâle gelir¹². Öğretide, üyenin hakimiyeti altındaki bir sermaye şirketinin¹³ (bkz. TTK m. 436.1) veya üyenin nişanlısının¹⁴ yahut üyenin dördüncü derece kan veya kayın hısımlarından birinin¹⁵ dürüstlük kuralı gereği bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği, kuşkusuz somut olay çerçevesinde değerlendirilip karara varılması gereken bir husustur. Buna karşılık öğretide bir görüş ise üyelerin bağlılık yükümlülüğüne tabi olması nedeniyle zaten şirketin menfaatinin ön planda tutma zorunluluğu altında olması karşısında, yasağın bu şekilde genişletilmesinin doğru olmadığı yönündedir. Bu görüşe göre, dürüstlük kuralının daraltıcı biçimde yorumlanması yönetim kurulu üyelerinden bazılarının görevlerini gereğince yerine getirmelerine mâni olabilecektir¹⁶.

Öğretide, dürüstlük kuralının gereği olan durumların yasağın kapsamını, menfaatin niteliği ile ilgili olarak hükümde öngörülen sınır açısından da genişleteceği öngörülmüştür. Bu görüşe göre, müzakere konusu üyenin veya belli derecedeki yakınlarının şirket dışı menfaatiyle ilgili olmasa da üyenin toplantıya katılması dürüstlük kuralına aykırı olduğu takdirde üye yasağa tabi olmalıdır¹⁷. Bir kere, TTK m. 393'te bahsi geçen şirket dışı kişisel menfaat -gerekçeden de yola çıkılarak- dar yorumlanmalıdır, zira yönetim kurulu üyelerinin müzakereye katılma yasağı ancak çok yoğun bir menfaat çatışmasının söz konusu olduğu durumlarda gündeme gelmelidir¹⁸. Ayrıca bağlılık yükümlülüğünün şirket menfaatlerini ön planda tutmayı gerektirdiği ve yönetim kurulu üyesine toplantılara katılıp oy kullanma görevinin kanunda hem bir hak hem de bir yükümlülük olarak öngörülmüş olması karşısında, yasağın dar yorumlanması lazım gelir¹⁹. O hâlde yasağın yönetim kurulu

üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanmasının kanımızca sadece hükmün ilk cümlesinde belirtilen kişi sınırını genişleten bir nitelik taşıdığı, şirket dışı kişisel menfaatin yanında şirket içi kişisel menfaati de yasağa dâhil eden bir nitelikte olmadığı kabul edilmelidir. Örneğin şirketin çok kıymetli bir apartman dairesinin yönetim kurulunda da yer alan hâkim pay sahibinin TTK m. 393.1'de sayılanlar dışındaki ancak bu kişiyle ilişkili birisi tarafından alınmak istenmesi hâlinde müzakereye katılma yasağı söz konusu olmalıdır. Nitekim hükmün gerekçesinde verilen örnekler de (müzakerenin konusunun bir üyenin ortağını, ortağı olduğu bir şahıs şirketini, eski eşini vs. ilgilendirmesi) bu durumu ortaya koymaktadır.

Üyenin müzakereye katılıp katılmayacağı hususunda dürüstlük kuralının devreye girdiği durumda tereddüt duyulan hâllerde, kararı yönetim kurulu verir ve bu oylamaya ilgili üye iştirak edemez (TTK m. 393.1, c. 3 ve 4). TTK m. 393.1'in gerekçesinde de ifade edildiği üzere, organlar arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmaması nedeniyle yönetim kurulunun bu husustaki kararı kesindir. Uyuşmazlık genel kurula götürülemez. Bu karara karşı dava yolunun açık olup olmadığı sorunun çözümü gerekçede belirtildiği üzere içtihat ve öğretiyeye bırakılmıştır. Kanımızca dürüstlük kuralının kurulca uygulanmasının mahkeme denetimine açık olması bir gerekliliktir. Aksi durum yönetim kurulundaki bazı üyelerin bazı üyeleri birçok kararda müzakere dışı bırakmak yönündeki kötü niyetinin denetimsiz kalmasına yol açar. Menfaat uyuşmazlığı yönetim kurulunca bilinmiyor olsa dahi ilgili üye bunu açıklamak ve yasağa uymak mecburiyetindedir (TTK m. 393.1, c. 5). Diğer üyelerinin uyuşmazlığı bildiği durumlarda onlar da müzakereye katılma yasağına konu olan hususu açıklamakla yükümlü olmalıdır²⁰. Yasak nedeniyle müzakereye katılmamanın nedeni ve ilgili işlemler yönetim kurulu kararına yazılır (TTK m. 393.3). Hükmün gerekçesinde de vurgulandığı gibi bu durum, kamuyu aydınlatma ve kurumsal yönetim ilkesinin yansımalarıdır.

IV. YASAĞIN KAPSAMI

TTK'nın "4. Müzakereye katılma yasağı" başlıklı 393. maddesinin birinci fıkrasında, yönetim kurulu üyesinin kendisinin veya belirli derecedeki yakınlarının kişisel ve şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılmayacağı ifade edilmiştir. O hâlde, üyenin menfaat çatışması oluşturan konu ile ilgili müzakerelere katılmasının yasağın

¹² Keza öğretide aynı yönde bkz. Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 497.

¹³ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 497.

¹⁴ Kübra Ercoşkun Şenol, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19(2), 2013, s. 1712; Sulu, s. 151.

¹⁵ Sulu, s. 151.

¹⁶ Kortunay, s. 218.

¹⁷ Tekinalp, s. 276, N. 12-99.

¹⁸ Akdağ Güney, s. 210.

¹⁹ Akdağ Güney, s. 210; Yaşar, s. 2117.

²⁰ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 498.

kapsamında olduğu hususunda bir tereddüt yoktur. Toplantıya katılmanın yasağın kapsamında olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. TTK m. 393.1'in gerekçesinde, yönetim kurulu üyesinin kendisi veya belirli derecedeki yakınları ile şirket arasında menfaat çatışmasının olduğu durumlarda toplantıya katılmayacağından bahsedilmektedir. Yine, TTK m. 393.2 şu şekildedir: “[b]u hükümlere aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesi ve menfaat çatışması nesnel olarak varken ve biliniyorken ilgili üyenin toplantıya katılmasına itiraz etmeyen üyeler ve söz konusu üyenin toplantıya katılması yönünde karar alan yönetim kurulu üyeleri bu sebeple şirketin uğradığı zararı tazminle yükümlüdürler.”

Öğretide bir görüş, bu yasağın toplantıya katılmayı da kapsadığı yönündedir²¹. Bu bağlamda, üyenin menfaat çatışması ile ilgili konu müzakere edileceği zaman toplantıdan çıkması gerektiği, ancak aynı toplantıda görüşülecek başka hususlar ile ilgili müzakerelere katılabileceği belirtilmektedirler²². Diğer bir görüşe göre, yasağa tabi üye sadece müzakereye katılamaz, ancak toplantıya katılabilir²³, hatta *İmregün*'e göre toplantıya katılmalıdır²⁴. *Kırca*, TTK m. 393'te yasaklanan husus olan müzakereye katılmamaktan kastın konu ile ilgili oylamaya geçmeden önceki tartışmalara iştirak etmemek olduğunu ifade etmektedir²⁵.

Bir kere, üyenin menfaat çatışması oluşturan konu ile ilgili müzakerelere katılmayacağı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Burada asıl açıklığa kavuşturulması gereken sorun, üyenin menfaat çatışması oluşturan konu müzakere edilirken toplantıda mevcut olup olamayacağıdır. Yasağın kapsamını tayin eden hükmün 393. maddenin birinci fıkrası olduğu ve bu fıkra üyenin müzakereye katılmayacağından söz edilmiş olması göz önüne alınırsa, üyenin menfaat çatışması oluşturan konu müzakere edilirken toplantıda mevcut olabileceği sonucuna varılabilir. Zira “müzakere” kelimesi, “bir konuyla ilgili

fikir alışverişinde bulunma, oylama” anlamına gelmektedir²⁶. Toplantıda mevcut olup olmaması önem arz etmeksizin üye bakımından yasak olan husus menfaat çatışması oluşturan konu ile ilgili görüş açıklamaktır. Üyenin menfaat çatışması oluşturan konu ile ilgili herhangi bir görüş açıklamaksızın sadece fiziken toplantıda yer almasının diğer üyeleri etkileyeceği düşüncesine katılmamaktayız.

Yasağın oy vermeyi kapsayıp kapsamadığı hususunda ise *Domaniç*, yasaklı üye veya üyelerin katılmasıyla alınan kararların geçerli olduğunu savunmaktayken²⁷, öğretilde baskın görüş yasağın oy vermeyi de kapsadığı yönündedir²⁸. Bu sonuca özellikle hükmün amacından yola çıkılarak varılmaktadır. Şöyle ki hükmün engellemek istediği tehlike üyenin oylamaya katılması durumunda evleviyetle gündeme gelecektir²⁹. Bu görüşe katılmakla birlikte, hükmün sadece amacının değil lafzının da (madde metninin de) bu görüşü desteklediği düşüncesindeyiz. Şöyle ki, 393.1'de geçen “[t]ereddüt uyandıran hâllerde, kararı yönetim kurulu verir. Bu oylamaya da ilgili üye katılamaz.” şeklindeki ifadeden, yani hükümde bu oylamaya **da** denilmesinden yola çıkılarak ilgili üyenin daha önceki cümlede bahsi geçen konu ile ilgili oylamaya da katılmayacağı sonucuna varılabilir.

Netice itibarıyla yasaklı üye menfaat çatışması oluşturan konu ile ilgili müzakereye ve oylamaya katılamaz.

V. YASAĞA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Yasağa aykırılığın sonuçlarının hukuki sorumluluk ve alınan yönetim kurulu kararının geçerliliğine etkisi olmak üzere iki açıdan değerlendirilmesi gerekir.

A. Hukuki Sorumluluk

Yasağa aykırılığın sonuçları hususunda öncelikle TTK'nın müzakereye katılma yasağını düzenleyen 393. maddesini ele almak gerekir. Zira anılan hükmün ikinci fıkrasında yasağa aykırılık durumunda tazminat sorumluluğu öngörülmüştür. TTK m. 393.2 gereğince, TTK m. 393.1'e aykırı hareket

²¹ Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle)*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 89, 91; Bahtiyar, s. 213-214, 238; Akdağ Güney, s. 209; Yanlı, s. 190, 205.

²² Bahtiyar, s. 214; Gizem Kılıç Akyıldız, “Karar İncelemesi: Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Yönetim Kurulu Toplantısına Çağrılmaması ve Alınan Kararlara Etkisi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 19(Özel Sayı), 2017, s. 2306.

²³ Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 9. Bası, Dora Yayıncılık, 2013, s. 402.

²⁴ Oğuz İmregün, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları”, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 1, 2001, s. 287.

²⁵ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 499.

²⁶ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi 5 Ekim 2022.

²⁷ Domaniç, s. 616.

²⁸ Çamoğlu, s. 89; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 418, N. 578; Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 499; Özer, s. 360-362.

²⁹ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 499; Özer, s. 360-362.

eden, menfaat çatışması nesnel olarak varken ve biliniyorken ilgili üyenin müzakereye iştirak etmesine itiraz etmeyen, ilgili üyenin müzakereye katılması yönünde karar alan yönetim kurulu üyeleri şirketin bu sebeple uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdürler.

TTK m. 393.1 ve 2'den yola çıkılarak tazminat sorumluluğunun doğumuna yol açabilecek hükmün ihlali teşkil eden durumlar şu şekilde sıralanabilir: Yasağın kapsamındaki üye bakımından müzakerelere katılması, oylamaya katılması, tereddütlü durumlarda yönetim kurulunca alınacak yasaklama ile ilgili kararın oylamasına katılması ve menfaat çatışmasını açıklamaması; diğer üyeler bakımından ise menfaat çatışması nesnel olarak varken ve biliniyorken ilgili üyenin müzakereye katılmasına itiraz etmemesi ve ilgili üyenin müzakereye katılması yönünde oy kullanmasıdır.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 553 vd. hükümleri mevcutken müzakerelere katılma yasağına aykırılık nedeniyle doğacak zararların tazmini için ayrı bir sorumluluk hükmünün (TTK m. 393.2) öngörülmüş olması öğretide eleştirilmekte ve bu düzenleme tarzının TTK m. 553 vd. hükümlerinin müzakerelere katılma yasağına aykırılıktan kaynaklanan sorumluluk bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı sorununun doğuracağı ifade edilmektedir. Nitekim bu husus 6762 sayılı TTK m. 332 bağlamında da tartışma konusu yapılmıştır³⁰. TTK m. 393.2'nin gerekçesinde, hükümde özel bir sorumluluk durumunun öngörüldüğü ifade edilmektedir. Keza öğretide burada özel bir sorumluluk hâlinin söz konusu olduğunun ifade edildiğine tesadüf edilmektedir³¹. Diğer taraftan, burada özel bir sorumluluk hâlinin öngörülmüş olduğunun kabulünün sorumluluğa ilişkin genel hükümlerin uygulanmasına engel teşkil edeceği düşüncesini savunan Özer, TTK m. 393.2'de özel bir sorumluluk durumu öngörülmüş olmasından yola çıkarak uygulanacak sonuçların maddede öngörülenlerle sınırlı olduğu neticesine ulaşmaktadır³². Cankat ise bir taraftan burada özel bir sorumluluk hâlinin öngörülmüş olduğunu kabul etmekte diğer taraftan ise TTK m. 393.2'de hüküm bulunmayan durumlarda TTK m. 553 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği, dolayısıyla da müzakerelere katılma yasağına aykırılıktan

kaynaklanan sorumluluğun TTK m. 393'te yer verilmeyen şartlarının TTK m. 553 vd. hükümlerine göre tespit edileceği sonucuna varmaktadır³³. Bu noktada TTK m. 393.2'de öngörülen sorumluluğun şartları ve sonuçlarına ilişkin eksikliklere TTK m. 553 vd. hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna olumlu yanıt veren görüşe katıldığımızı belirtmek isteriz. O hâlde TTK m. 393.2'de düzenleme bulunmayan durumlarda TTK m. 553 vd. hükümleri uygulanabilecektir.

Varılan bu sonuca uygun şekilde, tazminat sorumluluğunun doğması için yukarıda sayılan, TTK m. 393'ün ihlali teşkil eden durumlardan birinin mevcudiyeti yanında zarar, illiyet bağı ve kusur unsurlarının da bulunmasının icap ettiği söylenebilir³⁴. Şöyle ki TTK m. 393'e aykırı şekilde alınan bir karara dayalı olarak yapılan işlem sonucunda şirket bir zarara uğramış olmalı ve zarar ile TTK m. 393'ün ihlali teşkil eden durum arasında uygun illiyet bağı mevcut olmalıdır³⁵. Ayrıca TTK m. 393 hükmünde üyelerin tazminat sorumluluğunun doğması hususunda kusur yönünden bir ayırım yapılmış olduğuna dikkat çekmek gerekir. Şöyle ki sorumluluk, yasağa tabi olan üye bakımından yasağın varlığını bilmesine veya hafif ihmâl de dahil olmak üzere kusuruna dayalı bilgisizliğine; diğer üyeler bakımından ise menfaat çatışmasının nesnel olarak mevcudiyetine ve anılan durumun bu kişilerce bilinmesine bağlı tutulmuştur³⁶. Menfaat çatışmasının nesnel olarak mevcut olması ise çatışmanın herhangi bir araştırma veya yoruma lüzum bırakmayacak kadar açık olması demektir³⁷. Menfaat çatışmasının nesnel olarak mevcut olduğu durumlarda artık bunun bilindiğinin kabul edilmesinin gerekli olması karşısında, TTK m. 393.2'deki "nesnel olarak varken ve biliniyorken" ifadesinde yer alan "ve" bağlacının "veya" olarak anlaşılacak bilme durumunun menfaat çatışmasının nesnel olmadığı durumlarda aranması yerinde olur³⁸.

³⁰ Bu tartışma için ve 6762 sayılı TTK m. 332'de düzenlenmeyen hususlarda 6762 sayılı TTK m. 336 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulacağı görüşünde bkz. Çamoğlu, s. 90-91.

³¹ N. Ayşe Odman Boztosun, *Hukusal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği*, 1. Bası, Seçkin, 2013, s. 149; Rifat Cankat, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 294; Özer, s. 364.

³² Özer, s. 364.

³³ Cankat, s. 294. *Odman Boztosun*'un da devamında sorumluluğun kapsamına ilişkin özel bir hükmün öngörülmemiş olduğu gerekçesiyle bu konuda TTK m. 557.1'in uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiş olmasından yola çıkılarak benzer bir tavır aldığını söylemek mümkündür (bkz. *Odman Boztosun*, s. 149).

³⁴ TTK m. 553 vd. gereğince sorumluluğun şartları, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali, zarar, illiyet bağı ve kusurdur. Bu hususta bkz. Şener, s. 421 vd.; Akdağ Güney, s. 292 vd.; Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 44, 225-226.

³⁵ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 498; Akdağ Güney, s. 212; Cankat, s. 294.

³⁶ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 498.

³⁷ Tekinalp, s. 277, N. 12-99; Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 498; Cankat, s. 296.

³⁸ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 498.

Yine, yasağa aykırılık nedeniyle sorumluluğu doğuran şartların mevcudiyeti durumunda pay sahipleri ve alacaklılarının TTK m. 553.1 çerçevesinde sorumluluk davası açıp açamayacakları sorusuna, yukarıda varılan sonuca da uygun şekilde olumlu yanıt verilmesi gerekir³⁹.

Nihayet TTK m. 393.2'nin gerekçesinde "[s]orumluluk kusur esasına dayanır ve müteselsil değildir. Çünkü, bir kurul karar veya eylemi yoktur." şeklinde bir belirleme yapılmaktadır. Buna karşılık öğretide isabetli şekilde müteselsil bir sorumluluk hâlinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Bu konuda TTK m. 557.1'de düzenlenen farklılaştırılmış teselsül uygulama alanı bulur ve üyeler *kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde* müteselsilen sorumlu olurlar⁴¹.

B. Alınan Yönetim Kurulu Kararının Geçerliliğine Etkisi

Yasağa aykırılığın sonuçları hususunda değerlendirilmesi gereken ikinci husus, bu durumda alınan yönetim kurulu kararının hukuki akıbetidir. Nitekim yasağa aykırılık hâlinde alınan kararın geçerli olup olmayacağı hususu bilimsel öğretide tartışmalıdır.

Öğretide bir kısım yazarlar, yasağı düzenleyen hükümden öngörülen yegâne sonucun tazminat sorumluluğu olmasından yola çıkarak, alınan kararın geçerli olacağı neticesine varmaktadırlar⁴². Anılan görüş taraftarlarından *Teoman* savını ayrıca aksinin kabulünün menfaatler dengesine ve işlemleri mümkün olduğunca ayakta tutma ilkesine aykırılık teşkil edeceği gerekçesine dayandırmaktadır⁴³. Yine bu görüşe göre alınan kararın geçersiz olduğunun kabulü hâlinde zaten herhangi bir zarar söz konusu olmayacağı için tazmini

öngören hüküm de uygulanamayacaktır⁴⁴.

Yasağa aykırılığın tazminat yanında kararın geçersizliğine de yol açabileceği yönündeki karşı görüşlerden ilkinde göre, yani ikinci görüşe göre, yasaklı üye hesaba katılmadığı takdirde gerekli toplantı veya karar yetersayısına erişilemiyorsa/gerekli nisaplara ancak yasaklı üyenin hesaba dâhil edilmesi durumunda ulaşılabilirse alınan karar geçersiz olacaktır (Yasağa tabi üyenin hesaba dâhil edilmemesi toplantı ve karar yetersayılarını etkilemiyorsa/gerekli nisaplara yasaklı üye hesaba katılmasa da ulaşılabilirse alınan karar geçerli olacaktır)⁴⁵. Anılan görüşün gerekçeleri ise şunlardır: Yasağa aykırılığın Kanunda tazminat sorumluluğuna tabi tutulmuş olması aykırılığın, kararın geçersizliğine yol açmayacağı manasına gelmez⁴⁶. Bu görüş çerçevesinde (alınan karar geçerli olsa da olmasa da) yasağa aykırılığının zarara yol açtığı durumlar ortaya çıkabileceği için tazmini öngören hükmün uygulama alanı bulabileceği hâller vardır⁴⁷.

Yasağa aykırılığın tazminat yanında kararın geçersizliğine de yol açabileceği yönündeki karşı görüşlerden ikincisi, yani üçüncü görüş, yasaklı üyenin oyunun geçersiz sayılması gerektiği ve üyenin oyu hesaba katılmaksızın yetersayıya erişilmediği takdirde alınan kararın yoklukla malul olduğu yönündedir⁴⁸. Bu görüş ikinci görüşten farklı olarak hükümsüzlük sonucuna toplantı yetersayısına değinmeksizin karar yetersayısını dikkate alarak varmıştır⁴⁹. Üçüncü görüşün gerekçesi ise yasağın ihlalinin yaptırımının tazminatla sınırlı olduğunun kabulünün yasağı düzenleyen hükmün amacına uygun düşmeyeceği düşüncesidir⁵⁰.

⁴⁴ Teoman, s. 13-14; Helvacı, s. 74.

⁴⁵ Bu yönde bkz. yetersayılar diyerek hem toplantı hem de karar yetersayısına işaret ederek Çamoğlu, s. 91; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 418, N. 578; Özge Ayan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2013, s. 131. Açıkça her iki yetersayıyı da zikrederek Gönen Eriş, Açıklamalı – İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. 2, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 1915; Yanlı, s. 203-207. Katılmaması gereken üyenin katılımıyla yetersayının sağlanması durumunda yokluğun söz konusu olacağı yönünde bkz. Bahtiyar, s. 239.

⁴⁶ Yanlı, s. 206.

⁴⁷ Yanlı, s. 206-207.

⁴⁸ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 499.

⁴⁹ Bkz. Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 499.

⁵⁰ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 499.

³⁹ Bu soruya olumlu yanıt verenler için bkz. Akdağ Güney, s. 211; Yaşar, s. 2122. *Akdağ Güney*, hükmün amacından ve şirketin davayı açmadığı durumlarda pay sahiplerinin ve alacaklılarının da bu zarara katlanmalarını beklemenin yerinde olmayacağı düşüncesinden yola çıkmaktadır (s. 211).

⁴⁰ Tekinalp, s. 277, N. 12-99; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 419, N. 578; Akdağ Güney, s. 211; Cankat, s. 296.

⁴¹ Odman Boztosun, s. 149.

⁴² Domaniç, s. 616; Ömer Teoman, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK 332) Aykırılığın Yaptırımı Nedir?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 26(4), 2010, s. 11-14; Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, 2001, s. 74; Bilgili/Demirkapı, s. 402; Akdağ Güney, s. 211.

⁴³ Teoman, s. 12.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yasağın ihlalinin tek yaptırımının tazminat sorumluluğu olduğu yönündeki ilk görüşe katılmak mümkün değildir. Aşağıda da değinileceği üzere yasağa aykırılık durumunda alınan kararın geçersiz olduğu kabul edildiğinde, bu karara dayanılarak yapılan işlemin karşı tarafının da iyiniyetli olmaması şartıyla şirket bu işlemle bağlı olmayacaktır ve böylece (işlemlerle bağlı kalıp sonradan zararının tazmin edilmesi yerine) şirketin zarara uğramasına mâni olunabilecektir.

Yönetim kurulunda yasaklı üyelerin mevcut olduğu durumda menfaat çatışması teşkil eden konuda alınacak kararın geçersizliği sonucuna hem toplantı hem de karar nisabı açısından mı yoksa sadece karar nisabı bağlamında mı varılması gerektiği sorununa gelince, bu sorunu esasen yasağın kapsamı bakımından ele almak gerekir. Şöyle ki daha önce de dile getirdiğimiz üzere yasak, müzakereye ve oylamaya katılmayı kapsadığı için menfaat çatışması oluşturan konu ile ilgili görüş beyan edemeyecek, özellikle de oylamaya katılamayacak, dolayısıyla oyu kararın alınmasını sağlayamayacak üyenin toplantıya katılması veya katılmaması bir anlam ifade etmeyecektir. Bu yüzden böyle bir durumda toplantı yetersayısının aranmaması gerektiği görüşünü taşımaktayız. Yasaklı üyenin konu ile ilgili oylamaya katılamayacak olması nedeniyle kararın geçersizliğinin karar yetersayısının mevcut olup olmaması bağlamında tespit edilmesi gerektiği düşüncesini paylaşmaktayız.

Yasağa tabi üyenin veya üyelerin söz konusu olduğu durumlarda toplantı ve karar yetersayılarının hesaplanmasına gelince bu konuda öğretilerde iki görüş mevcuttur. Birinci görüş, yasaklı üyenin toplantı yetersayısının belirlenmesinde hesaba katılacağı, ancak karar yetersayısının hesaplanmasında dikkate alınmayacağı⁵¹, ikinci görüş ise, yasağa tabi üyenin hem toplantı hem de karar yetersayılarının tespitinde hesaba katılmayacağı⁵² yönündedir.

Daha önce de dile getirildiği üzere kurulda yasaklı üyenin bulunması durumunda toplantı yetersayısının aranmaması, kararın geçersizliğinin sadece karar yetersayısının mevcut olup olmadığı bağlamında tespit edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu kabulün ise karar yetersayısının tespitinde “toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu”nun esas alınması nedeniyle sorun teşkil edebileceğini belirtmek gerekir. Şöyle ki, örneğin üye tam sayısı 5 olan bir yönetim kurulunda yasağa tabi üye sayısının 3 olması durumunda

ikisi yasaklı 4 üyenin toplantıya katıldığı bir ihtimalde eğer 4’ün çoğunluğu olarak 3 üyenin olumlu oyunun gerekli olduğu kabul edilirse, yasaklı olmayan üye sayısı 2 olduğu için bu yetersayıya ulaşılması imkânsız olacaktır.

Bu sorunun çözümüne ilişkin olarak birinci ihtimal, karar nisabının toplantıda hazır bulunan üye sayısından yasaklı üye sayısı çıkarılarak bulunan sayının çoğunluğu olarak hesaplanması, yani örneğin ikisi yasaklı 4 üyenin toplantıya katıldığı ihtimalde yasaklı olmayan 2 üyenin çoğunluğu, yani yasaklı olmayan iki üyenin olumlu oyuyla karar alınabileceği ileri sürülebilir. Ancak bu ihtimalde diyelim ki yasaklı üyelerden biri gelmedi, yani ikisi yasaklı 3 üye katıldı, üçten iki çıkarılarak yasaklı olmayan 1 üyenin olumlu oyu ile karar alınabileceği ileri sürülebilecektir. İkinci ihtimal, karar yetersayısının toplantıda hazır bulunan üyelerin değil de oy hakkı bulunan üyelerin çoğunluğu olarak tespit edilmesidir. Bu görüşün kabulü durumunda bu örnekte oy hakkı bulunan üye sayısı 2 olduğuna göre 2’nin çoğunluğu, yani 2 üyenin olumlu oyu gerekli olacaktır. Bu ikinci görüşün daha isabetli olacağı kanaatindeyiz⁵³. Bu kabul esasen içerisinde toplantı nisabını da barındırmaktadır. Şöyle ki kurulda menfaat çatışması teşkil eden konu ile ilgili kararın yasaklı olmayan, yani oy hakkı bulunan üyelerin çoğunluğuyla alınabileceğini söylemek aynı zamanda bu üyelerin olumlu oy kullanabilmeleri için toplantıya da katılmaları gerektiğini kabul etmek demektir. Bu nedenle ayrıca toplantı nisabı aramaya da gerek olmayacaktır.

Sonuç olarak, *de lege ferenda* TTK m. 393’te öncelikle yasağın kapsamının net bir şekilde belirlenmesinin, eğer bu yasağın müzakereye ve oylamaya katılmayı kapsadığı kabul edilmek isteniyorsa maddeye hüküm eklenerek menfaat çatışması teşkil eden konu ile ilgili karar alınırken toplantı yetersayısının aranmayacağı ve/veya karar yetersayısının ise bu oylamaya katılma hakkı bulunan, yani oy hakkı bulunan üye sayısının çoğunluğu olduğunun belirlenmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz⁵⁴.

Yasağa aykırılık durumunda alınan kararın geçerli olup olmayacağı hususunda birinci görüşe karşı çıkan, yani tazminat yanında yönetim kurulunda alınan kararın geçersizliğinin de gündeme gelebileceğini savunan, yani ikinci veya üçüncü görüşü savunan yazarlar geçersizliğin türü ile ilgili olarak farklı sonuçlara varmışlardır. Şöyle ki yazarlardan bir kısmı bu konuda herhangi bir

⁵¹ İmregün, *Karar*, s. 287.

⁵² Çamoğlu, s. 91; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 418, N. 578; Kılıç Akyıldız, s. 2306, dph. 15; Yanlı, s. 205, s. 208-209.

⁵³ Bkz. ve karşı. SerPK m. 17.3.

⁵⁴ Bkz. ve karşı. TTK m. 390.4.

belirleme yapmaksızın geçersizlikten⁵⁵, bazıları butlanla maluliyetten⁵⁶, bizim de katıldığımız üçüncü bir kısım ise yokluktan⁵⁷ bahsetmektedir. Zira kurucu unsurlarda bir eksiklik bulunduğu takdirde yokluk gündeme gelir⁵⁸ ki şekil şartlarına uyulmadan, yani kurucu/şekli nitelikteki emredici hükümlere aykırı biçimde alınan yönetim kurulu kararları yok hükmündedir⁵⁹. Bu bağlamda karar yetersayılarına uyulmadan alınan yönetim kurulu kararlarının da yok hükmünde olduğunun kabulü gerekir⁶⁰.

Yasağa aykırılık durumunda alınan yönetim kurulu kararına dayanılarak yapılan işlemin geçersiz olup olmadığı ele alınacak olursa, 6762 sayılı TTK döneminde, müzakereye katılma yasağına aykırılık durumunda toplantıda alınan kararın geçersiz olmayacağını savunan yazarlardan *Domaniç*, yasağa tabi üye veya onun yakınlarına haksız bir yarar temin eden karara dayanılarak yapılan sözleşme veya işlemin koşulları varsa hile nedeniyle feshedilebileceği görüşündeydi⁶¹. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu hususta işlemin karşı tarafının iyiniyetli olup olmamasına göre farklı sonuca varmak gerekir. Şöyle ki, eğer işlemin karşı tarafı iyiniyetliyse (kararın geçersiz olduğunu bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa) şirket bu işlemle bağlıdır, aksi takdirde yapılan işlem şirketi bağlamaz⁶². Öte yandan, işlemin karşı tarafı yasağa tabi üyenin bizatihi kendiyse, hukuka aykırı şekilde alınmasına yol açtığı, işleme dayanak teşkil eden yönetim kurulu kararının geçersizliğini bilmediğini ileri süremeyeceği için yapılan işlem şirketi bağlamaz⁶³. Zira üyenin bu yoldaki iddiası TMK m. 2'ye aykırılık teşkil eder.

SONUÇ

Bu çalışmada vardığımız önemli sonuçları şu şekilde sıralamak mümkündür:

⁵⁵ Çamoğlu, s. 91; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 418, N. 578; Ayan, s. 131.

⁵⁶ Eriş, s. 1915.

⁵⁷ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 499; Bahtiyar, s. 239; Özer, s. 368, 371.

⁵⁸ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 511; Hediye Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 63.

⁵⁹ Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, Yasa Yayınları, 1989, s. 214; Bahtiyar, s. 215.

⁶⁰ Bahtiyar, s. 216; İmregün, *Anonim*, s. 214; Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 512.

⁶¹ Domaniç, s. 616.

⁶² Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 499-500; Yanlı, s. 207-208; Cankat, s. 298.

⁶³ Yanlı, s. 208.

TTK m. 393.1 gereğince şirketin menfaati ile yönetim kurulu üyesinin kendisinin yahut üyenin alt veya üst soyundan birinin ya da üyenin eşinin yahut üyenin (üçüncü derece dâhil) üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımlarından birinin şirket dışı kişisel menfaatinin çatıştığı konularda üye bakımından müzakereye katılma yasağı gündeme gelecektir. Üyenin dürüstlük kuralı gereği müzakereye katılmaması gereken hâller de yasağın kapsamındadır.

Üyenin tüzel kişi olduğu hâlde yasağın devreye gireceği menfaat çatışması şirket ile üyenin kendisi arasında olabilecektir. Tüzel kişinin adına toplantılara katılan gerçek kişinin kendisi veya TTK m. 393.1'de sayılan yakınlarıyla ilgili hususlarda yasağın uygulanmasının hükmün getiriliş gayesi ve niteliğiyle bağdaşmadığı kanaatini taşımaktayız. Zira bu kişi sadece tüzel kişi adına toplantıya katılan kişidir (bkz. TTK m. 359.2) ve yönetim kurulu üyesi sıfatına da sahip değildir. Buna karşılık, yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişi tek ortaklı bir şirket ve bu tek ortak da anılan şirket adına toplantılara katılan gerçek kişi olduğu takdirde yasağın gündeme gelmesinin düşünülebileceği fikrindeyiz.

Yasağın yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanmasının sadece hükmün ilk cümlesinde belirtilen kişi sınırını genişleten bir nitelik taşıdığı, şirket dışı kişisel menfaatin yanında şirket içi kişisel menfaati de yasağa dâhil eden bir nitelikte olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim hükmün gerekçesinde verilen örnekler de bu sonucu desteklemektedir. Yasağın kapsamının dürüstlük kuralına bağlı olarak genişletilmesi bakımından yönetim kurulu üyelerinin müzakereye katılmamaları ancak çok yoğun bir menfaat çatışmasının söz konusu olduğu hâllerde gündeme gelmelidir. Bu bağlamda müzakerelere katılma yasağı dar yorumlanmalıdır. Nitekim yönetim kurulu üyesine müzakerelere katılıp oy kullanma görevi sadece bir hak değil ayrıca bir yükümlülük olarak getirilmiştir. Kaldı ki zaten bağlılık yükümlülüğü de şirket çıkarlarını ön planda tutmayı gerektirir. Üyenin müzakereye katılıp katılmayacağı hususunda dürüstlük kuralının devreye girdiği durumda tereddüt duyulan hâllerde yönetim kurulunca verilecek kararın mahkeme denetimine açık olması bir gerekliliktir. Aksi takdirde bazı üyelerin haksız yere müzakere dışı bırakılması denetimsiz kalmış olur.

Hükmün lafzı dikkate alındığı takdirde üyenin menfaat çatışması oluşturan konu ile ilgili müzakerelere katılmayacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak üyenin menfaat çatışması oluşturan konu müzakere

edilirken toplantıda mevcut olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bu soruya olumlu cevap verilmesi gerektiği düşüncesini taşımaktayız. Zira yasağın kapsamını tayin eden 393. maddenin birinci fıkrasında üyenin müzakereye katılamayacağından bahsedilmiştir. Dolayısıyla müzakere kelimesinin anlamı dikkate alındığında hükmün lafzından, açıkça yasaklanmamış olması sebebiyle üyenin menfaat çatışması oluşturan konu müzakere edilirken toplantıda mevcut olabileceği sonucuna varılabilir. Üyenin menfaat çatışması oluşturan konuyla ilgili bir görüş açıklamadan sadece fiziken toplantıda mevcut olmasının diğer üyeleri etkileyeceği iddiasını haklı bulmamaktayız. Yasağın oy vermeyi kapsayıp kapsamadığı sorusuna öğretide baskın görüşe uygun şekilde olumlu cevap vermekle birlikte, hükmün sadece amacının değil lafzının da (madde metninin de) bu görüşü desteklediği düşüncesindeyiz. Zira TTK m. 393.1’de “[t]jereddüt uyandıran hâllerde, kararı yönetim kurulu verir. Bu oylamaya da ilgili üye katılamaz.” denildiğine göre, ilgili üye daha önceki cümlede bahsi geçen konu ile ilgili oylamaya da katılamayacaktır. Sonuç olarak yasaklı üye menfaat çatışması teşkil eden konuyla ilgili ne müzakereye ne de oylamaya katılabilir.

Yasağa aykırılık durumunda alınan kararın geçerli olup olmayacağı hususu bilimsel öğretide tartışmalıdır. Bu konuda yasağa aykırılığın tek yaptırımının tazminat sorumluluğu olduğu görüşüne katılmamaktayız. Zira yasağın ihlali durumunda alınan kararın geçersiz olduğu benimsenirse bu karara dayanılarak yapılan işlemin karşı tarafının iyiniyetli olmaması durumunda şirket bu işlemle bağlı olmayacak ve böylece şirketin zarara uğrayıp bu zararının tazmin edilmesi yerine zarara uğramasına baştan engel olunabilecektir.

Diğer taraftan, kurulda yasaklı üyelerin mevcut olduğu hâlde menfaat çatışması oluşturan konuda alınacak kararın geçersizliği sonucuna hem toplantı hem de karar nisabı açısından mı yoksa sadece karar nisabı bağlamında mı varılması gerektiği sorusuna yasağın kapsamı hususunda vardığımız sonuca paralel şekilde cevap vermek gerekir. Yasak müzakereye ve oylamaya katılmayı kapsadığı için, menfaat çatışması oluşturan konu ile ilgili görüş bildiremeyecek, bilhassa da oylamaya katılamayacağı için oyu kararın alınmasını sağlayamayacak üyenin toplantıya katılması veya katılmaması bir önem arz etmeyecektir. O hâlde böyle bir durumda toplantı yetersayısının aranmaması gerektiği, kararın geçersizliğinin karar yetersayısının mevcut olup olmaması bağlamında belirlenmesi gerektiği görüşündeyiz. Varılan bu sonuç ise karar yetersayısının tespitinde “toplantıda hazır bulunan üyelerin

çoğunluğu”nun esas alınması nedeniyle sorun oluşturabilecektir. Örneğin üye tam sayısı 5 olan bir yönetim kurulunda yasağa tabi üye sayısının 3 olması hâlinde ikisi yasaklı 4 üyenin toplantıya katıldığı bir ihtimalde eğer 4’ün çoğunluğu olarak 3 üyenin olumlu oyunun gerekli olduğu kabul edilirse, yasaklı olmayan üye sayısı 2 olduğu için bu yetersayıya hiçbir zaman ulaşamayacaktır. Bu sorun ise karar yetersayısının *toplantıda hazır bulunan üyelerin* değil de *oy hakkı bulunan üyelerin* çoğunluğu şeklinde belirlenerek çözülebilecektir. Şöyle ki oy hakkı bulunan üye sayısı 2 olduğuna göre 2’nin çoğunluğu, yani 2 üyenin olumlu oyu gerekli olacaktır. Öte yandan, kurulda menfaat çatışması oluşturan konuyla ilgili kararın oy hakkı bulunan üyelerin çoğunluğuyla alınabileceğini kabul etmek aynı zamanda bu üyelerin olumlu oy kullanabilmeleri için toplantıya da katılmaları gerektiğini benimsemek demektir. Hâl böyle olunca ayrıca toplantı nisabı aramaya gerek olmayacaktır.

Netice itibarıyla *de lege ferenda* müzakereye katılma yasağının kapsamının tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenmesi isabetli olacaktır. Şayet yasağın müzakereye ve oylamaya katılmayı kapsamına alması tercih ediliyorsa da menfaat çatışması oluşturan konuyla ilgili karar alınırken toplantı yetersayısının aranmayacağı ve/veya karar yetersayısının oy hakkı bulunan üye sayısının çoğunluğu olduğunun düzenlenmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney N, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Akın MY/Sulu M, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(1), 2019, s. 169-184.
- Ayan Ö, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2013.
- Bahar Sayın H, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku*, 15. Bası, Beta Yayıncılık, 2021.
- Bilgili F/Demirkapı E, *Şirketler Hukuku*, 9. Bası, Dora Yayıncılık, 2013.
- Cankat R, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Çamoğlu E, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle)*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Çoştan H, “Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 29(1), 2013, s. 117-137.
- Develi E, *Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği*, 1. Bası, Seçkin, 2016.
- Domaniç H, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II*, 1. Bası, Temel Yayınları, 1988.
- Eminoğlu C/Çakır F B, “Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(3-4), 2014, s. 277-297.
- Ercoskun Şenol K, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*,

Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 19(2), 2013, s. 1693-1726.

- Eriş G, *Açıklamalı – İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler*, C. 2, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Helvacı M, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, 2001.
- İmregün O, *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, Yasa Yayınları, 1989.
- İmregün O, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*, C. 1, 2001, s. 277-292.
- Kılıç Akyıldız G, “Karar İncelemesi: Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Yönetim Kurulu Toplantısına Çağrılmaması ve Alınan Kararlara Etkisi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan*, 19(Özel Sayı), 2017, s. 2299-2313.
- Kırca İ, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 28(2), 2012, s. 51-59.
- Kırca İ/Şehirali Çelik F H/Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 1, 1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Kortunay A, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Odman Boztosun N A, *Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Öcal A, “Fransız Belçika ve İsviçre Hukuklarında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılmaktan Yasaklanması”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1-2), 2000, s. 335-343.
- Özer I, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Müzakerelere Katılma Yasağına Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler – Tartışmalar)*, 2020, s. 353-379.
- Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I*, 15. Bası, Vedat

Kitapçılık, 2021.

Sevi A M, “Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi Adına Tescil Edilen Gerçek Kişinin Hukukî Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32(3), 2016, s. 39-75.

Sevi A M, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Sulu M, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Şener O H, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020.

Teoman Ö, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK 332) Aykırılığın Yaptırımı Nedir?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 26(4), 2010, s. 5-14.

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 5 Ekim 2022.

Yanlı V, “Yönetim Kurulu Üyesinin Müzakereye Katılması Yasağının İhlali Halinde Yetersayı Sağlanmaması Nedeniyle Kararın Geçersizliği”, *1. Ticaret Hukuku Kongresi 2021 (Tebliğler)*, 2021, s. 186-215.

Yaşar T N, “Türk Ticaret Kanunu m. 390-393”, Kemal Şenocak (Ed.), *Şirketler Hukuku Şerhi C. 2*, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 2064-2122.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

FAHİŞ FİYATIN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ

**THE EFFECT OF EXORBITANT PRICE ON THE VALIDITY OF THE
CONTRACT**

Rauf KARASU* 

Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ** 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1310689](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1310689) 

Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflar kural olarak edim miktarını serbestçe tayin edebilirler. Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesine Kanunla belli sınırlar getirilmiştir. Buna göre bir sözleşme inkânsız olmayacağı gibi, hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik hakkına da aykırı olamaz. Fahiş fiyat uygulamak suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması ve bu suretle zarara yol açılması hukuka aykırıdır. Bu sebeple fahiş fiyat uygulanan sözleşmelerin Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri bakımından değerlendirilmesi gerekir. Fahiş fiyatın belirlenmesinde belirsizlikler bu alandaki en büyük sıkıntıyı oluşturmaktadır. Çalışma içerisinde öncelikle fahiş fiyat kavramı izah edilmeye çalışılmış ve fahiş fiyatın bu alandaki mihenk taşı sayılan kararlar ışığında belirlenmesi hedeflenmiştir. Bir sözleşmede fahiş fiyat uygulandığı tespit edildikten sonra fahiş fiyatın hukuki sonuçları incelenmelidir. Gerek Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, gerekse Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bir teşebbüsün, pazardaki hâkim durumunu kötüye kullanması ve haksız ticari uygulamalar yapması yasaklanmıştır. Fahiş fiyat uygulanması da bu emredici nitelikteki yasaklayıcı hükmün ihlali niteliğindedir.

* **Prof. Dr.**, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** raufkarasu@hacettepe.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-5775-9056,

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** aycazorluoglu@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-7250-4097, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1310689.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



Kural olarak emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük olmakla birlikte, özellikle taraflarından birinin tüketicinin oluşturduğu sözleşmelerde bu hukuka aykırılık ilk başta fark edilmeyebilir. Bu sırada fahiş fiyatın uygulandığı ürün veya hizmet kullanılmış ve artık iadesi imkânsız hale gelmiş olabilir. Bu takdirde kesin hükümsüzlük yaptırımının tümüyle uygulanması özellikle tüketiciler açısından daha elverişsiz bir durum ortaya çıkarabilir. Bu sebeple meselenin derinlemesine değerlendirilmesi gereklidir.

Anahtar Kelimeler: Fahiş fiyat, kartel, kısmi hükümsüzlük, haksız ticari uygulama, tüketici.

ABSTRACT

As a rule, the parties can freely determine the amount of performance within the framework of the principle of freedom of contract. However, certain limits have been brought to the principle of freedom of contract by the Law. Accordingly, a contract cannot be impossible and cannot be contrary to law, morality, public order and personal rights. It is unlawful to abuse the dominant position by imposing exorbitant prices and thereby causing damage. For this reason, contracts with exorbitant prices should be evaluated in terms of the relevant provisions of the Turkish Code of Obligations and the Law on the Protection of the Consumer. Uncertainties in determining the exorbitant price constitute the biggest problem in this area. In the study, first of all, the concept of exorbitant price was tried to be revealed and it was aimed to determine the exorbitant price in the light of the decisions considered as the touchstone in this field. After it is determined that an exorbitant price is applied in a contract, the legal consequences of the exorbitant price should be examined. In both the Law on the Protection of Competition and the Law on the Protection of the Consumer, it is prohibited for an undertaking to abuse its dominant position in the market and to engage in unfair commercial practices. Exorbitant pricing is also a violation of this imperative prohibitive provision. As a rule, the sanction of violation of mandatory provisions is absolute nullity, but this illegality may not be noticed at first, especially in contracts where one of the parties is the consumer. Meanwhile, the product or service for which the exorbitant price was applied may have been used and it may have become impossible to return. In this case, the full implementation of the nullity sanction may create a more unfavorable situation especially for consumers. For this reason, it is necessary to evaluate the issue in depth.

Keywords: Exorbitant price, cartel, partial nullity, unfair trade practice, consumer.

EXTENDED ABSTRACT

Pursuant to the principle of freedom of contract, parties generally have the freedom to determine contract performance amounts. However, the Turkish Civil Code imposes certain limitations on this freedom. It is unlawful for businesses to exploit their dominant position by charging exorbitant prices and causing harm. One major

challenge is defining what constitutes an exorbitant price. This study highlights the concept of exorbitant pricing and attempts to identify the conditions under which a price hike can be deemed exorbitant. Actions that contradict laws aimed at preventing exorbitant prices violate mandatory legal provisions. The penalty for such violations in the law is absolute nullity. But often, especially in contracts involving consumers, they might not initially recognize that they're being overcharged. Moreover, if a product or service acquired at an inflated price is utilized, it might become non-returnable. This is primarily because, in most contracts with inflated pricing, it's the consumer who bears the loss. Many consumers, having lower and more fixed incomes than product or service providers, are at a disadvantage. Consequently, providers might dictate and enforce high prices. Directly applying the absolute nullity penalty might, in fact, yield more detrimental outcomes for consumers.

It's vital to ascertain whether a business employs pricing strategies that can result in inflated prices. This is because exorbitant pricing leads to two main negative economic effects: first, resource allocation inequality due to monopoly prices surpassing marginal costs, and second, consumers paying more due to inflated pricing. As per the Competition Board, an exorbitant price is significantly higher than the competitive level because of the exertion of market power. It's essential to define what "significantly" means. In a perfectly competitive market, any price above the marginal cost is excessive. Thus, the Court of Justice of the European Union introduced the "Economic Value Test" to identify exorbitant prices.

The Economic Value Test comprises two stages. Initially, the product or service cost is juxtaposed with its sale price, determining the profit margin. Prices that transcend a reasonable profit over the costs are deemed exorbitant. If a stark discrepancy between cost and price is observed, the test's second phase should be invoked. This stage ascertains if a product's price is inherently unfair or is so when juxtaposed with rival products. Since price-to-cost comparisons might not always be objective or accurate, the second stage should reinforce findings from the first. While the Economic Value Test is pivotal in discerning exorbitant prices, other methodologies can also be applied.

If there's an unjust price hike of a good or service, flouting legal constraints or due to illicit business practices like cartelization, the penalty of partial nullity should be enforced. In such scenarios, while the transaction remains valid, the inflated price component should be adjusted. It would be prudent for a judge to establish a fair price considering the specific case details. Even though penalties, like contract invalidation, mitigate consumers' and other parties' damages to a large extent, newer regulations with measures to thwart exorbitant pricing and the resultant harm are warranted.

GİRİŞ

Zincir marketlerin, haksız fiyat uygulamaları sonucunda tüketicilerin zarar görmesi karşısında, fahiş fiyatın yol açtığı zararların tazmini gündeme gelmiştir. Teşebbüslerin fiyatlama davranışlarının, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal etmiş olabileceği gerekçesiyle yapılan inceleme sonucu Rekabet Kurulu çok önemli bir karar¹ vermiştir. Türkiye’de perakende gıda ve temizlik ürünleri ticareti yapan çok sayıda büyük zincir marketler ile bunların tedarikçileri olan üretici ve toptancı teşebbüslerine karşı yapılan inceleme sonucunda, özellikle Covid 19 pandemisinin başlamasıyla birlikte gıda ve temizlik ürünleri ile koruyucu nitelikteki ürünlerde arz sıkıntıları ve fahiş fiyat artışları olduğu tespit edilmiştir. Bu konu ile ilgili olarak Rekabet Kurumu’na yapılan şikâyet sonucu, 27.03.2020 tarihinde Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK), en son 23.03.2020’yi nazara alarak zincir marketlerin eskiye doğru olan fiyat hareketlerini incelemiştir. Rekabet Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda, şikâyete konu zincir marketlerin doğrudan veya ortak tedarikçiler aracılığıyla dolaylı olarak fiyatları kontrol ettikleri; geleceğe yönelik fiyatlar, kampanyalar, fiyat güncelleme tarihleri gibi hassas bilgileri birbirleri ile paylaştıkları; fiyat indirimini yapan veya kendileri fiyat yükseltirken artış yapmayan teşebbüslere tedarikçiler aracılığıyla müdahale ederek fiyatların tüketiciler aleyhine artışına sebep oldukları; rakip teşebbüslerin bu taleplere uygun hareket etmediği hallerde ürün ve bölge düzeyinde hızla fiyat düşürmek ve tedarikçilere iade faturası kesmek gibi cezalandırıcı faaliyetlere yöneldikleri; bu şekilde kartel niteliğinde anlaşmalar ve uyumlu eylemler içerisine girerek 4054 sayılı Kanun md 4’ü ihlal ettikleri gerekçesiyle yüklü idari para cezasına hükmedilmiştir².

Mal ve hizmetlerdeki fahiş fiyat artışlarının en önemli sebeplerinden biri olan kartel, Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan “Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’in 3. maddesinde fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihlallerde danişıklı hareket konularında rakipler arasında gerçekleşen rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler,

¹ 28.10.2021 tarih ve 21-53/747-360 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=82884ab7-9d26-405c-9019-e2b9ee10f2c7>>, Erişim Tarihi 29 Nisan 2023, s. 3, 4.

² 28.10.2021 tarih ve 21-53/747-360 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=82884ab7-9d26-405c-9019-e2b9ee10f2c7>>, Erişim Tarihi 29 Nisan 2023, s. 206.

şeklinde tanımlanmıştır. Teşebbüsler arasındaki bu kısıtlayıcı anlaşmalar farklı şekillerde olabilir. Bu kapsamda rakip teşebbüsler arasında yapılan; fiyatlar, üretim miktarları ile satış alanlarının veya müşteri gruplarının bölünmesine ilişkin anlaşmalar büyük önem arz etmektedir. Kartel yasağı, teşebbüslerin aralarındaki diğer anlaşmalar hakkında da uygulanabilir. Kartel yasağı, farklı piyasa seviyelerindeki teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar için de geçerlidir. Örneğin, dikey fiyat tespiti olarak adlandırılan, yani üreticiler ve bayiler arasında perakende fiyatlarına ilişkin anlaşmalar yasaktır. Üreticiler, perakendecilere fiyat önerisinde bulunabilirler, fakat bunlar bağlayıcı olmamalıdır. Buna karşın, üretici ve perakendeci arasında perakende fiyatlarına ilişkin bağlayıcı anlaşmalar ve hatta perakendecinin tüketicilere belirli bir fiyat düzeyini zorlaması için baskı uygulanması hukuka uygundur³.

Teşebbüsler, kartel oluşturmak suretiyle ürün ve tedarik pazarında birlikte fiyat artışları yaparak rekabeti bozucu, kısıtlayıcı anlaşma ve uyumlu eylem içinde olabilirler. Bu sayede fahiş fiyat artışında ve pazar paylaşımında bulunabilirler⁴. Çünkü kartel niteliğindeki sömürücü nitelikteki eylemlerin en sık rastlanan şekli fahiş fiyat uygulamalarıdır⁵. Fahiş fiyatın sözleşmenin geçerliliğine etkisini ortaya koyabilmek amacıyla öncelikle fahiş fiyat kavramı ortaya konulmalıdır. Bu amaçla çalışmamızın ilk bölümünde fahiş fiyat kavramı ve bunun hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. Bu amaçla fahiş fiyatın tespit edilmesinde mihenk taşı sayılabilecek kararlar incelenmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Rekabet Kurulu’nun kararları çerçevesinde fahiş fiyatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak kriterler belirlenmeye çalışılmıştır. Akabinde fahiş fiyat artışının Türk Borçlar Kanunu bakımından değerlendirilmesine yer verilmiştir. Çünkü TBK md 26 hükmüne

³ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, 2016, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Broschueren/Informationsbrosch%C3%BCre%20-%20Erfolgreiche%20Kartellverfolgung.pdf?__blob=publicationFile&v=12>, Erişim Tarihi 20 Kasım 2022, s. 5; Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Rekabet-savunuculugu/rekabet-hukuku/rekabet-hukununun-esaslari/rekabeti-sinirleyici-anlasmalar>>, Erişim Tarihi 20 Kasım 2022.

⁴ Rekabet Kurulu’nun 19.07.2017 Tarih ve 17-23/383-166 Sayılı Kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=2d95eb1c-2fd9-4d1b-8236-ee7d2dfa5805>>, Erişim Tarihi 30 Nisan 2023, s. 197; Rekabet Kurumu Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, Kabul Tarihi: 30.4.2013, Karar Sayısı: 13-24/326-RM(6), s. 10.

⁵ 21.01.2021 tarihli ve 21-04/53-22 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=fbab266b-dcd7-4cf6-b36c-26692be31926>>, Erişim Tarihi 10 Aralık 2022, s. 32.

göre taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde kural olarak diledikleri gibi sözleşme kurabilirler. Bunun bir uzantısı olarak da, sözleşme içerisindeki edim miktarını da diledikleri gibi belirleyebilirler. Ancak taraflara tanınan bu sözleşme serbestisi sınırsız değildir. Taraflar, ancak Kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde bu serbestiyi kullanabilirler. Sözleşmenin içeriği ve edimleri imkânsız olmamalı, hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik hakkına aykırı hükümler içermemelidir. Sözleşmenin taraflarından biri, edim bedelini fahiş bir fiyat olarak belirlediği takdirde, bu durumun Türk Borçlar Kanunu uyarınca sözleşme serbestisi ve bunun sınırları bakımından değerlendirilmesi, akabinde de bu durumun hukuki yaptırımı üzerinde durulması gerekir.

Son olarak fahiş fiyat artışı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bakımından değerlendirilmelidir. Çünkü fahiş fiyatın uygulandığı sözleşmelerin büyük bir çoğunluğunda, sözleşmenin zarar uğrayan tarafı tüketicidir. Tüketicilerin büyük bir çoğunluğu da, mal ve hizmet sağlayıcılarına göre daha düşük ve sabit gelire sahiptir. Bu sebeple mal ve hizmet sağlayıcılar, bir ürüne ilişkin fahiş fiyat belirleyebilir ve dayatabilirler. Danıştay ve Rekabet Kurulu'nun kararlarında da rekabet hukukunun amacının, tüketicileri korumak olduğu vurgulanmaktadır. Tüketicilerin korunmasını gerektiren bir diğer sebep de, bir ürün aldıklarında kendilerine kartel veya fahiş fiyat uygulandığını ilk anda gözden kaçırabilmeleridir. Hatta bu sırada ürünü tüketmiş de olabilirler. Bu halde kartel veya fahiş fiyat uygulandığı anlaşılrsa dahi, ürün tüketilmiş olduğundan dolayı bu işlemde dönülmesi mümkün değildir. Bu takdirde tüketicilerin nasıl korunacağı ve fahiş fiyat halinde uygulanabilecek yaptırımlar konusunun incelenmesi büyük önem taşımaktadır.

I. FAHİŞ FİYAT KAVRAMI

Farklı hukuki düzenlemelerde, teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmalarını yasaklamaya, fahiş fiyat artışı ve stokçuluğu önlemeye, aldatici ticari uygulamalara engel olmaya yönelik hükümler getirilmiştir. Fakat bu hukuki düzenlemelerin her birinde farklı terimler kullanılmıştır. Terim birliğinin sağlanamadığı hususlardan biri de fahiş fiyat konusudur.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) md 6'de; bir veya birden fazla teşebbüsün, bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına veya yapacağı anlaşmalar vasıtasıyla ya da birlikte hareket ederek kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasak bir eylem olarak düzenlenmiştir. Rekabet hukuku bakımından en sık karşılaşılan ihlallerden biri, piyasaya arz edilen ürün veya hizmetlerin fiyatına ilişkin usulsüzlüklerdir.

17.04.2020 tarihli ve 31102 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13 ve 14. maddeleri ile 14.01.2015 tarihli ve 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da (PTDHK) değişiklikler yapılmıştır. 6585 sayılı PTDHK md 18'e getirilen Ek Madde 1 gereğince, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu oluşturulmuştur. Bu Kurul'un görevi; üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin fahiş fiyat artışı ve stokçuluk yapmalarını önlemeye yönelik düzenlemeler yapmak, gerektiğinde denetim ve incelemelerde bulunmak suretiyle idari para cezası uygulamak ve gereken her türlü tedbiri almaktır. Yine aynı madde ile üreticilerin, tedarikçilerin ve perakende işletmelerin bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş fiyat artışı yapması yasaklanmıştır. Buna göre üretici, tedarikçi veya perakende işletmeler; piyasada bir mal veya hizmetin arzına ilişkin darlığa sebep olacak, piyasa dengesini bozacak, serbest rekabeti engelleyecek ve tüketicilerin mallara ulaşamamasına sebep olacak faaliyetlerde bulunamazlar.

28.05.2020 tarihli ve 31138 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği md 3/ç'de fahiş fiyat artışı; olağanüstü hâl, afet, ekonomik dalgalanma ve diğer acil durumlarda üretici, tedarikçi ve perakende işletmecilerin satışa sunduğu ve kamunun temel ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik mal ve hizmetlerin fiyatında haklı bir sebebe dayanmayan aşırı ve haksız olan artış olarak tanımlanmıştır. Başka bir deyişle, her aşırı fiyat artışı doğrudan bir fahiş fiyat oluşturmaz. Fahiş fiyattan söz edebilmek için, bu aşırı artışın aynı zamanda haksız olması da gerekir.

Bazı hallerde yapılan düşük orandaki bir fiyat artışı, somut olay bakımından haksız bir nitelik taşıyorsa, kanaatimizce bu artışlar da yasaklanmalı ve idari para cezası şeklinde bir yaptırıma tabi tutulmanın yanı sıra, söz konusu işlem kısmi hükümsüzlük bakımından da değerlendirilmelidir. Örneğin teşebbüsün ürettiği ürün veya hizmet, döviz ve girdi maliyetlerinden etkilenmediği halde, etkilendiği gerekçesiyle düşük de olsa fiyat artışı yapılmışsa, bu durum da fahiş fiyat gibi cezalandırılmalı ve sözleşme kısmi hükümsüzlüğe tabi tutulmalıdır. 31.08.2018 tarihli ve 30521 sayılı Resmi Gazete ile Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik yayımlanmış ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinin "Haksız Ticari Uygulama Olarak Kabul Edilen Örnek Uygulamalar" başlıklı Ek'inin "A - Aldatici Ticari Uygulamalar" bölümüne

"19) Girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden

etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket ederek tüketiciye sunulan mal veya hizmetin satış fiyatında haklı bir gerekçe olmaksızın artış yapmak.” bendi eklenmiştir. Ancak bu bent 01.02.2022 tarihli ve 31737 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği md 9 ile mülga edilmiştir. Kanaatimizce bu bendin yeniden Yönetmeliğe eklenmesi gerekir.

Ayrıca girdi maliyetlerine dayalı olarak gerçekleşen fiyat artışlarında, sonradan meydana gelen maliyet azaltıcı gelişmelerin bu fiyata yansıtılmaması da, fiyat artışı olarak kabul edilmelidir. Zira girdi maliyetlerinin eski haline dönmesi veya bunlarda meydana gelen artışların dikkate değer oranda azalış göstermesi düzenlemede aranan haklı gerekçe unsurunu ortadan kaldıracaktır⁶.

Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği md 7’ye göre, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu fahiş fiyat ve stokçuluk uygulamalarına karşı piyasa dengesini ve tüketicileri korumaya yönelik önlemleri almakla ve uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. 05.02.2021 tarihli ve 31386 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik md 1 ile Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği md 7 hükmünde değişikliğe gidilmiş ve Kurul’un fahiş fiyat ve stokçuluk uygulamaları ile ilgili denetim ve incelemeler yapacağı düzenlenmiştir. Kurul’un, gerekli hallerde bu denetim ve incelemelere ilişkin olarak üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin savunmasına başvuracağı hüküm altına alınmıştır.

Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği md 3/ç’de fahiş fiyat artışı konusunda bir tanım getirilmişse de tam bir netlik sağlanamamıştır. Rekabet Kurulu’nun ilgili kararlarında⁷ ve doktrinde⁸ ekseriyetle fahiş fiyat

⁶ Rauf Karasu/ Semih Sırrı Özdemir, “Fahiş Fiyata İlişkin Sınırlamalar ve Aykırılığın Ticaret Hukuku Açısından Sonuçları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(3), 2022, s. 12.

⁷ 16.04.2020 tarihli ve 20-20/266-127 sayılı Rekabet Kurulu kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=4c56eb63-7544-4171-a769-8ba08dd472d8>>, Erişim Tarihi 28 Kasım 2022; 22.11.2018 tarihli ve 18-44/695-340 sayılı Rekabet Kurulu kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=669b6291-e210-4241-ba5f-619a280018f9>>, Erişim Tarihi 28 Kasım 2022; 09.08.2017 tarihli ve 17-26/397-176 sayılı Rekabet Kurulu kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=593fe843-bf80-4688-94d5-3e55d27fed4c>>, Erişim Tarihi 28 Kasım 2022; 12.02.2015 tarihli ve 15-07/91-36 sayılı Rekabet Kurulu kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=2576e963-3db8-4f38-92e3-50e68d02b671>>, Erişim Tarihi 28 Kasım 2022.

⁸ Eda Şahin, “Tüketiciler İçin İyi Haber Mi Kötü Haber Mi?: Aşırı Fiyat Uygulamalarında AB Mahkemelerinin Yeni İstikameti”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 5(1), 2019, s. 88; Çiğdem Ünal, “Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, 103, 2009, s. 3.

kavramı yerine aşırı fiyat kavramının kullanıldığı görülmektedir. Fakat hukuki mevzuatta aşırı fiyat kavramı bulunmamaktadır. Bilakis Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği md 3/ç’de de fahiş fiyat kavramı kullanıldığından, kanaatimizce hukuki düzenlenmenin lafzına bağlı kalmak daha yerindedir.

Piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüsler, pazar gücünün kendilerine sağladığı pozisyondan faydalanarak yüksek bir satış fiyatı uygulamaktadırlar. Bu durumda tüketiciler de söz konusu ürün için rekabetçi piyasanın sağladığı korumadan mahrum kalarak, çok yüksek bir fiyat ödemektedirler⁹. Doktrinde fahiş fiyata ilişkin yeknesaklaşmış bir tanım bulunmamaktadır. Genel olarak fahiş fiyat, haksız fiyatın bir türü olarak yorumlanmaktadır¹⁰. Bir diğer tanıma göre ise fahiş fiyat, pazar gücünün getirdiği pozisyonu kullanmak suretiyle önemli ölçüde ve sürekli olarak rekabetçi fiyatın üzerinde belirlenen fiyat olarak kabul edilmektedir¹¹.

01.10.2018 tarihli ve 18-36/584-285 sayılı Rekabet Kurulu kararı gereğince fahiş fiyat; bir ürüne ait ekonomik değer ile ürünün fiyatı arasında makul olmayan bir fark bulunması olarak tanımlanmıştır. Başka bir deyişle, fahiş fiyat sürekli olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde olan fiyattır. Teşebbüslerin ürün veya hizmetlere ilişkin olarak fahiş fiyat uygulamaları RKHK md 6 kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil edebilir¹².

⁹ European Commission, “*Commission Staff Working Document, Practical Guide, Quantifying Harm In Actions For Damages Based On Breaches of Article 101 or 102 of The Treaty On The Functioning of The European Union*”, SWD, 205, 2013, s. 41, Nr. 126, 127; Damien Geradin, “The Necessary Limits To The Control Of “Excessive” Prices By Competition Authorities – A View From Europe”, *Tilburg University Legal Studies Working Paper*, 2007, <<http://www.tilburguniversity.edu/research/institutes-and-research-groups/tilec/publications/discussion-papers/archive/>>, Erişim Tarihi 18 Kasım 2022, s. 2; Ünal, 2009, s. 88.

¹⁰ Çiğdem Ünal, “Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar”, *Rekabet Dergisi*, 11(4), 2010, s. 121; Şahin, s. 91.

¹¹ Şahin, s. 91; Robert O’Donoghue/ Jorge Padilla, “Excessive Pricing, Chapter 14”, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3rd Edition, Hart Publishing, 2020, s. 733.

¹² 01.10.2018 tarihli ve 18-36/584-285 sayılı Rekabet Kurulu kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8a58df07-f31b-457e-b936-9fa3afd5fdbf>>, Erişim Tarihi 18 Kasım 2022, s. 13, 45; Rekabet Kurumu Terimler Sözlüğü, <<https://www.rekabet.gov.tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozluгу/terimler-listesi?icerik=e078ba3e-504b-4083-a08a-1c993ee9bbda>>, Erişim Tarihi 18 Kasım 2022. Aynı görüş, 06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı Belko kararında da tekrarlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=819fa322-7700-4eab-962a-d5e535164df2>>, Erişim Tarihi 18 Kasım 2022.

Danıştay'ın 10. Dairesi'nin kararında¹³ fahiş fiyatı belirlemek için iki ana ölçüt kabul edilmiştir. Buna göre fahiş fiyatla piyasaya sunulduğu ileri sürülen mal ve hizmet ile tüketici bakımından amacı ve işlevi itibarıyla aynı sayılabilecek mal ve hizmetler arasında fiyat karşılaştırması yapılmalıdır. Şayet böyle bir karşılaştırma imkân bulunmuyorsa maliyet analizi yapılmalıdır. Somut olay bakımından bazı hallerde bu ölçütlere bir arada da başvurulabilir.

Fahiş fiyat konusunda mihenk taşı sayılabilecek kararlar, AB hukukunda yer almaktadır. AB hukukunda fahiş fiyat konusunun ilk gündeme geldiği içtihat, General Motors kararıdır¹⁴. Bu kararda sunulan hizmetin ekonomik değeri ile sunulan fiyat arasında fahiş fark bulunması, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir¹⁵. Bu karar, fahiş fiyatın ABİDA md 102 (a)¹⁶'ya aykırılığını tespit etmesi bakımından önemlidir.

Fahiş fiyat tanımına ilişkin bir diğer önemli içtihat da ABAD'ın United Brands¹⁷ kararıdır. Karara göre, United Brands şirketi; muz satışına ilişkin piyasanın %45'ni elinde bulundurmak suretiyle piyasada hâkim durumdadır. Ayrımcı ve yüksek fiyatlar uygulaması, zaman zaman ürün satmayı haklı bir sebep olmaksızın reddetmesi gibi fiilleri sonucu hâkim durumunu kötüye kullanmıştır. Bunun üzerine verilen kararda, United Brands şirketinin sunduğu tablolarda Rotterdam ve Bremerhaven'da gerçekleşen haftalık satışlar ile diğer ülkelere gerçekleştirilen satışlar arasında %20 ila 30 düzeyinde farklılık olduğu saptanmış, benzer şekilde Chiquita markalı muzların markasız muzlara kıyasla %30 ila 40 daha fazla fiyatla satıldığı tespit edilmiş ve bunun fahiş fiyat olduğu sonucuna varılmıştır¹⁸. Pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün, başlı başına

fahiş fiyat uygulaması, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir¹⁹. Teşebbüsler arasında, anlaşma yapılmak suretiyle veya sadece uyumlu eylem yoluyla aynı fiyatların uygulanması ya da arttırılması, rekabeti bozucu nitelik taşımaktadır²⁰. ABAD kararına göre, sunulan ürünün ekonomik değerine kıyasen fahiş fiyat uygulamak, kötüye kullanım sayılmalıdır²¹. Fakat bu noktada ürünün fiyatına nazaran ne kadarlık bir artışın fahiş fiyat sayılacağı belirli değildir. Bu amaçla, United Brands kararında fahiş fiyatı belirlemeye yönelik bir “*Ekonomik Değer Testi*” oluşturulmuştur. ABAD bu kararda, ekonomik değer kavramını tanımlanmamış olsa da fahiş fiyatın söz konusu ürünün üretim maliyeti ile satış fiyatı arasındaki farka dayanarak objektif olarak tespit edilebileceğini ortaya koymuştur²².

Ekonomik değer testi çerçevesinde ilk aşamada, söz konusu ürünün son fiyatı ile maliyeti arasında bir fiyat karşılaştırması yapılmalıdır. İkinci aşamada ise, ürünün fiyatının kendi içinde veya rakip ürünlerin fiyatları ile karşılaştırıldığında haksız olup olmadığı belirlenmelidir²³. Testin ilk aşamasında, söz konusu ürün veya hizmetin maliyeti ile satış fiyatı arasındaki fark kıyaslanmaktadır. Bu kıyas sonucu teşebbüsün, bu ürün veya hizmet sonucu elde ettiği kar oranı tespit edilmektedir. Maliyet giderlerinin üzerine eklenen makul kâr marjını aşan fiyatların fahiş olduğu kabul edilmektedir. Faaliyet gösterilen sektörün kendine özgü yapısı, teşebbüsün bu sektöre yaptığı yatırım, fırsat maliyetleri gibi unsurların da, kârın tespitinde göz önünde bulundurulması gerekir. Fakat buna rağmen kâr marjını hesaplamak

¹³ Danıştay 10. Dairesi, 2001/4817 Esas, 2003/4770 Karar sayılı ve 05.12.2003 tarihli kararı, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/10-daire-e-2001-4817-k-2003-4770-t-5-12-2003-1>>, Erişim Tarihi 18 Kasım 2022.

¹⁴ AB Komisyonu Kararı, 75/75/EEC General Motors Continental [1975] OJ L 29/14, [1975] 1 CMLR D20; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975D0075&from=EN>>, Erişim Tarihi 01 Aralık 2022.

¹⁵ Ünal, 2009, s. 28; Şahin, s. 97; O'Donoghue/ Padilla, s. 755, 756.

¹⁶ Kararın verildiği sırada Roma Anlaşması md 86.

¹⁷ Case 27/76 United Brands Company v. Commission (1978) ECR 207, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=EN>>, Erişim Tarihi 18 Kasım 2022.

¹⁸ United Brands v Commission, Judgment of 14. 2. 1978 — Case 27/76, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=EN>>, Erişim Tarihi 18 Kasım 2022, s. 243, 244; O'Donoghue/ Padilla, s. 747, 748; David S. Evans/ A. Jorge Padilla, “Excessive Prices: Using Economics To Define Administrable Legal Rules”, *CEMFI Working Paper*, 416, 2004, s. 9, 10.

¹⁹ Henri Mayras, “*Opinion Of Mr Advocate General Mayras Delivered on 8 November 1977*”, <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=7B3A10672BCA36FA236DE426F6837257?text=&docid=89335&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=996727>>, Erişim Tarihi 18 Kasım 2022, s. 312- 345, s. 337.

²⁰ Mayras, s. 337, 338.

²¹ Ünal, 2010, s. 122.

²² Ünal, 2010, s. 123; Geradin, s. 6, 7; Ünal, 2009, s. 28, 29; Şahin, s. 98, 99; Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities - Chiquita Bananas [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, (e.t: 18.11.2021), s. 262 vd; O'Donoghue/ Padilla, s. 745.

²³ O'Donoghue/ Padilla, s. 762; Evans/ Padilla, s. 15; Geradin, s. 5; Mark Furse, “Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition”, *European Competition Journal*, 4(1), s. 68, 69, 80, 81; Ünal, 2010, s. 123. Testin ilk oluşturulduğu dönemde, bu iki aşamanın birbirinin alternatifini mi yoksa tamamlayıcısı mı olduğu tartışmaları yaşanmıştır. Avrupa Komisyonu; COMP/C-2/37.761 Euromax/IMAX ve COMP/A.36.568/D3 Sundbusseme Sverige AB v. Port of Helsingborg (2006) 4CMLR 22 ve 23 kararları ile testin iki aşalı olduğu açık bir biçimde ortaya konmuştur.

için yapılan kıyaslama, her sektörde her zaman geçerli olacak doğru sonuçlar vermeyebilir²⁴. Bu sebeple, fahiş fiyata ilişkin isabetli bir tespit bulunabilmek için ekonomik değer testinin her iki aşamasında elde edilen verilere göre değerlendirme yapılması daha uygun olur. Yalnızca ilk aşamanın nazara alınması durumunda, ekonomik değer kavramının tümüyle maliyetler şeklindeki arz yanlı faktörlere indirgenmesi endişesi üzerine, doktrinde testin her iki aşamasının da fahiş fiyatın belirlenmesinde nazara alınması gerektiği ortaya konulmuştur²⁵. Bu sebeple testin ilk aşamasında fiyat ile maliyet arasındaki farkın aşırı bulunması halinde, testin ikinci aşamasına başvurulmalıdır. Çünkü fiyat maliyet kıyaslaması uygulamada her zaman objektif olarak kullanılamamakta ve isabetli sonuçlar vermemektedir. Bu sebeple fahiş fiyat tespitinde bulunabilmek için, testin ilk aşamasında elde edilen sonuçların, testin ikinci aşaması ile desteklenmesi gerekmektedir. Testin ikinci aşamasında, incelenen teşebbüsün ortaya koyduğu satış fiyatının kendi içinde veya rakip firmaların öngördüğü fiyat üzerinden karşılaştırma yapılmalıdır. Teşebbüsün kendi fiyatlarının nazara alındığı hallerde; farklı coğrafi bölgelerde uyguladığı fiyatlar, farklı müşteri gruplarına uyguladığı fiyatlar ve farklı zaman dilimlerinde uyguladığı fiyatlar kıyaslamaya esas alınmalıdır. Rakip firmalar ile yapılan karşılaştırmada ise, aynı ilgili pazardaki veya başka bir coğrafyada hâkim durumda bulunan firmaların fiyatları nazara alınarak kıyaslama yapılabilir²⁶. Fahiş fiyatın tespitinde aynı teşebbüsün farklı coğrafyalarda uyguladığı fiyat farklılığı, ilk kez ABAD'ın United Brands kararında uygulanmıştır. Çünkü hâkim durumda bulunan teşebbüsün, farklı coğrafi bölgelerde farklı müşteri gruplarına ayrı fiyatlar uygulaması fiyat ayrımcılığı yasağına aykırıdır²⁷. Fakat bu kriter de fahiş fiyatın tespitinde tek başına yeterli olmayabilir. Çünkü farklı coğrafi bölgelerde yer alan pazarların yerel hukuktan kaynaklanan uygulamaları, söz gelimi vergi mevzuatı, iş

²⁴ 01.10.2018 tarihli ve 18-36/584-285 sayılı Rekabet Kurulu kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8a58df07-f31b-457e-b936-9fa3afd5fdbf>>, Erişim Tarihi 09 Aralık 2022, s. 12.

²⁵ Ünal, 2010, s. 124- 126, Şahin, s. 103.

²⁶ O'Donoghue/ Padilla, s. 767; General Motors OJ [1975] L29/14, [1975] 1 CMLR D20; Chiquita OJ [1976] L95/1; British Leyland (British Leyland [1984] OJ L207/11, Case 226/84 British Leyland Public Limited Company v. Commission [1986] ECR 3263); Deutsche Post/Interception of cross-border mail ([2002] OJ L331/40, [2002] 4 CMLR 598); Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg Case COMP/A.36.568/D3, [2006] 4 CMLR 23; Ünal, 2010, s. 126; Ünal, 2009, s. 31- 34; 01.10.2018 tarihli ve 18-36/584-285 sayılı Rekabet Kurulu kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8a58df07-f31b-457e-b936-9fa3afd5fdbf>>, Erişim Tarihi 09 Aralık 2022, s. 12.

²⁷ Ünal, 2009, s. 35.

gücü piyasasının durumu, tüketicinin o ürüne gösterdiği ilgi, farklı fiyatlama politikaları ürünün maliyetini doğrudan etkileyebilmektedir. ABAD da United Brands davasında bu duruma işaret etmiştir. Karara göre, farklı coğrafi bölgelerde karşılaşılan fiyat farklılığının fahiş fiyatın belirlenmesinde bir gösterge olabileceğini kabul etmekle birlikte, ülkeler ve pazarlar arasındaki objektif farklılıklar sonucu fiyatların ülkeler arasında değişebileceğini ve teşebbüsler her ülkede aynı fiyat politikasını uygulamaya zorlanamayacağını içtihat etmiştir²⁸.

Fahiş fiyatın tespitinde, farklı coğrafi bölgelerde hâkim durumda olan diğer teşebbüslerin benzer mal ve hizmetler için talep ettikleri ücretler de nazara alınabilir. Bu konuda ABAD'ın SACEM kararına değinilmelidir²⁹. Kararda, hâkim durumda bulunan teşebbüsün, sunduğu hizmet için diğer ülkelerde benzer hizmetlere uygulanan ücrete kıyasla önemli ölçüde yüksek bir tarife uyguladığı anlaşılırsa ve bu kıyaslama tutarlı bir biçimde yapılabilirse, hâkim durumunu kötüye kullandığının bir göstergesi olduğu kabul edilmiştir³⁰.

Teşebbüsün uyguladığı fiyat politikasının fahiş fiyat niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinde kullanılabilirliği ileri sürülen bir diğer gösterge de, farklı müşteri gruplarına uyguladığı fiyatların karşılaştırılması ile elde edilebilir. Buna ilişkin olarak Deutsche Post kararı³¹ ele alınmalıdır. Karara konu olayda İngiliz Posta Servisi, Alman Posta Servisi'ni İngiltere'den Almanya'ya gönderilen postalarda fahiş fiyat talep ettiği ve postaları geç

²⁸ United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. Chiquita Bananas, Case 27/76, European Court Reports 1978 -00207, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=EN>>, Erişim Tarihi 06 Aralık 2022, s. 228; Ünal, 2009, s. 36; Geradin, s. 11; Dirk Siedersleben, "Zulässigkeit und Gestaltbarkeit von Preispassungsklauseln – Ein Überblick unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung", *Recklinghäuser Beiträge zu Recht und Wirtschaft*, 27, 2015, <<https://www.logos-verlag.de/ReWirPDF/ReWir-27-2015.pdf>>, Erişim Tarihi 02 Aralık 2022, s. 11 .

²⁹ Judgment of the Court of 13 July 1989, Ministère public v Jean-Louis Tournier, Reference for a preliminary ruling: Cour d'appel d'Aix-en-Provence – France, Competition - Copyright - Amount of royalties - Reciprocal representation contracts, Case 395/87; Joined Cases 110/88, 241/88 and 242/88, <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:18b92c17-f360-4361-bf92-19bc0705dbad.0002.03/DOC_1&format=PDF>, <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:18b92c17-f360-4361-bf92-19bc0705dbad.0002.03/DOC_2&format=PDF>, Erişim Tarihi 07 Aralık 2022 .

³⁰ Ünal, 2009, s. 39; Şahin, s. 100, 101.

³¹ Deutsche Post AG — Interception of cross-border mail [2001] OJ L 331/40, [2002] 4 CMLR 598, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001D0892&from=EN>>, Erişim Tarihi 07 Aralık 2022.

teslim ettiği gerekçesiyle şikâyet etmiştir. Yapılan inceleme sonucunda Komisyon, Almanya’da posta hizmetleri bakımından Alman Posta Servisi’nin hâkim durumda bulunduğunu ve İngiltere’den gönderilen postalara %25 fiyat farkı uyguladığı tespit edilmiştir. Bunun üzerine verilen kararda Alman Posta Servisi’nin, pazardaki hâkim durumunun kötüye kullandığına, uygulanan fiyatla hizmetin gerçek değeri arasında makul bir bağ bulunmadığına ve fahiş fiyat sonucu tüketicilerin sömürüldüğüne hükmetmiştir³².

Ekonomik değer testinin ikinci aşamasında göz önünde bulundurulabilecek bir diğer kriter ise, teşebbüsün farklı zaman dilimlerinde uyguladığı fiyatların kıyaslanması suretiyle fahiş fiyatın tespit edilmesidir³³. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün, uyguladığı fiyatı zaman içerisinde aşırı şekilde arttırması da fahiş fiyat niteliği taşıyabilir. Bu konu da ABAD’ın British Leyland³⁴ kararına ele alınmıştır. Davaya konu olayda, British Leyland firması, araçlarını seçici bir dağıtım ağı aracılığıyla Büyük Britanya’da pazarladığı görülmektedir. Firma, başlangıçta tam sağdan hem de soldan direksiyonlu araçlar için uygunluk sertifikası düzenlemek amacıyla 25 £ talep ederken, 1 Temmuz 1981’de ani bir fiyat değişikliğine gitmiştir. Sağdan direksiyonlu araçlar için fiyatta değişiklik yapmazken, soldan direksiyonlu araçlarda fiyatı bayiler için 150 £’ye ve özel şahıs otomobilleri için 100 £’ye yükseltmiştir. ABAD kararında, firmanın soldan direksiyonlu araçlar için uygunluk sertifikasını öncekine ve sağdan direksiyonlu araçlara kıyasla altı kat fazlaya verdiğini, bunun fahiş fiyat teşkil ettiğine hükmetmiştir³⁵. Fakat fahiş fiyatın tespitinde bu kriter kullanılırken; ürünün hammadde, işçilik, maliyet gibi girdi fiyatındaki artışlar, piyasa koşullarında meydana gelen değişiklikler, dönemsel olarak ürüne olan talepteki artış gibi fiyatın artmasına sebep olabilecek durumların da göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi takdirde bu durum fahiş fiyatın tespitinde yanlış kararlar verilmesine sebebiyet verebilir³⁶.

³² Şahin, s. 101.

³³ O’Donoghue/ Padilla, s. 772.

³⁴ Case 226/84 British Leyland Public Limited Company v Commission [1985] ECR 3300-3306, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61984CJ0226_SUM&from=GA>, Erişim Tarihi 07 Aralık 2022.

³⁵ Case 226/84 British Leyland Public Limited Company v Commission [1985] ECR 3300-3306, <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2810e2fe-0e2a-4f51-85d9-8fe9c24b2bbc.0002.06/DOC_2&format=PDF>, Erişim Tarihi 08 Aralık 2022, s. 3299, 3303, 3304, Şahin, s. 99; Ünal, 2009, s. 37; O’Donoghue/ Padilla, s. 774; Geradin, s. 12, 13, 16.

³⁶ Geradin, s. 10, 11; Ünal, 2009, s. 37.

Fahiş fiyatın tespitinde ekonomik değer testi, temel vasıta olmakla birlikte başka alternatif yollar da kullanılabilir. Ekonomik değer testi, fahiş fiyatın tespit edilebilmesi için somut olay nazarında uygulanabilecek diğer yolları ortadan kaldırmamaktadır³⁷.

ABAD, 2017 yılında verdiği AKKA/LAA kararı³⁸ ile fahiş fiyatın tespitinde yeni bir kriter daha kullanmaya başlamıştır. Buna göre fahiş fiyat tespitinde bulunurken farklı coğrafyalarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin uyguladığı fiyat kriteri uygulanırken, gayri safi yurt içi hasıla üzerinden hesaplanan satın alma gücü paritesi endeksi (purchasing power parity index) kullanılmalıdır. Çünkü üye ülkelerde aynı hizmet ve ürün için sunulan fiyatlar arasında son derece önemli farklar bulunabilmektedir ve bu durum söz konusu ülkede bulunan vatandaşların alım gücüyle orantılıdır. Buna göre fahiş fiyat tespitinde bulunabilmek için, satın alma gücü paritesi endeksi benzer olan ülkelerdeki fiyatlara göre kıyaslanmanın yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu kıyaslama sonucunda, fiyatlar arasındaki farkın fahiş fiyat niteliği taşıyabilmesi için hem anlamlı hem de sürekli bir fark olması gerekir. Bu belirleme ile AKKA/LAA kararında ABAD, bir fahiş fiyat tanımı getirmiş olmaktadır. Bu tanım kapsamında fahiş fiyat, referans olarak verilen fiyatın anlamlı ve sürekli olarak üzerinde olan fiyattır³⁹. Fakat kararda, ne kadarlık bir farkın anlamlı olduğu açıklanmamıştır. Fakat doktrine göre⁴⁰, her ne kadar bu konuda bir açıklık getirilmemiş olsa da referans fiyat ile hâkim durumda bulunan teşebbüsün uyguladığı fiyat arasındaki fark ne kadar yüksekse ve bu durum da ne kadar uzun süredir devam ediyorsa, fahiş fiyat sebebiyle müdahale etmek de o denli kolay olur.

Fahiş fiyatlamının ekonomik olarak iki temel olumsuz etkisi bulunmaktadır. İlk olarak, fahiş fiyatlama sonucu tekel hale gelen fiyatların marjinal maliyetleri aşması sonucu kaynak dağılımında eşitsizliğe yol açılmasıdır. İkinci olumsuz etki ise, fahiş fiyatlama sonucu tüketicilerin

³⁷ Ünal, 2009, s. 30, 39, 40.

³⁸ Case C-177/16, Biedrība ‘Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība’ v Konkurences padome, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B552965D6717F7C0D3E237229016773E?text=&docid=194436&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6325383>>, Erişim Tarihi 08 Aralık 2022.

³⁹ Reports of Cases, Judgment Of The Court (Second Chamber), 14 September 2017 In Case C-177/16, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0177&from=EN>>, Erişim Tarihi 08 Aralık 2022, s. 8, 9, 10; O’Donoghue/ Padilla, s. 774.

⁴⁰ Şahin, s. 109, 110, 111; O’Donoghue/ Padilla, s.745, 746.

daha yüksek bedel ödemek durumunda bırakılmalarıdır. Tüketicinin ödediği bu fazla bedel, tek el kârı olarak piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüse ulaşmaktadır. Fahiş fiyatın tespitinde Rekabet Kurulu'nun kararları gereğince, hâkim durumda bulunan teşebbüsün rekabetçi piyasa ortamında uygulayamayacağı ve söz konusu ürün veya hizmetin ekonomik değerinin önemli ölçüde üzerinde olan fiyatlar, fahiş fiyat olarak kabul edilmektedir. Rekabet Kurulu da fahiş fiyatın tespitinde, ABAD'ın iki aşamalı ekonomik değer testini kullanmaktadır⁴¹. Rekabet Kurulu'nun 06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı Belko kararında⁴² bu durum ayrıntılı olarak incelenmektedir. Kararda uygulanan ekonomik değer testi sonucu, diğer coğrafi bölgelerdeki pazarlardaki satış fiyatları ile yapılan kıyaslama üzerine, Belko'nun %50-60 düzeyinde daha yüksek fiyat uyguladığı tespit edilmiş ve bunun hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde bir fahiş fiyat uygulaması olduğu içtihat edilmiştir⁴³.

Rekabet Kurulu'nun fahiş fiyata ilişkin değerlendirme yaptığı bir diğer kararı, Biletix hakkındadır⁴⁴. Bu kararda Kurul, %11- 18 aralığındaki farkın fahiş fiyat niteliği taşımadığına hükmetmiştir. Kurul benzer yöndeki bir diğer kararında⁴⁵ da fahiş fiyat uyguladığı iddia edilen firmanın uyguladığı fiyatlar ile rakip teşebbüsün ithal ettiği benzer nitelikli yedek parçaların fiyatları arasındaki kıyaslamada %25-30 arasında farklılık tespit etmiş, ancak bunu da fahiş fiyatın kabulü için yeterli görmemiştir.

Fahiş fiyata ilişkin değerlendirme yapılan bir diğer karar ise, TÜPRAŞ kararıdır⁴⁶. Bu kararda, maliyet-fiyat kıyaslaması yapılmaya çalışılmış, fakat bu kıyaslamadan sağlıklı bir sonuç elde edilememiştir. Bunun üzerine coğrafi olarak farklı bir pazarda benzer hizmet sunan rakip teşebbüsün uyguladığı

fiyat üzerinden karşılaştırma yapılması uygun bulunmuştur. TÜPRAŞ'ın ihracat fiyatları ile en yakındaki dünya serbest piyasa oluşu olarak kabul gören Platts İtalya CIF Med'in uyguladığı fiyatlar ile kıyaslama yapılmıştır. Yapılan kıyaslama sonucunda TÜPRAŞ'ın 2008 yılının son üç ayında uyguladığı fiyatların, Platts İtalya CIF Med'nin fiyatlarından %15 fazla olduğu, buna ilaveten TÜPRAŞ'ın ihracat fiyatlarının da yurtiçi perakende fiyatlarından %30 fazla olduğunun tespit edilmesi üzerine fahiş fiyat uyguladığı kararına varılmıştır.

Zincir marketlerin Covid 19 Pandemisi döneminde fahiş fiyat uyguladıkları şikâyetine ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun verdiği kararda⁴⁷; sözü geçen marketler arasında doğrudan veya dolaylı olarak fiyat geçişlerine ilişkin koordinasyon bulunduğu, geleceğe yönelik olarak fiyatlar, bunların geçiş tarihleri, dönemsel kampanyalar gibi konularda birbiri ile hassas bilgileri paylaşmak suretiyle tüketicileri zarara uğrattıkları, fiyat indirimine giden veya pazar genelinde fiyatların arttığı dönemde henüz fiyat artışı yapmayan teşebbüslerin fiyatlarına tedarikçiler aracılığıyla müdahale edilmek suretiyle söz konusu fiyatların tüketiciler aleyhine yükselmesini sağladıkları, kendileri ile uyumlu hareket etmeyen rakip teşebbüslere karşı cezalandırıcı bir tutum içinde oldukları ve bu marketlerin kendi aralarında danışıklı hareket ettikleri tespit edilerek bir kartel oluşturdukları ortaya konulmuştur. Bu tespitten ardından marketlerin fahiş fiyat uygulamalarını tespit edebilmek amacıyla 18 Şubat 2022 Tarihli ve 31754 Sayılı Resmî Gazete ile Fiyat Etiketleri Yönetmeliğinde⁴⁸ değişiklik yapılmıştır. Fiyat Etiketleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik md 4 ile Fiyat Etiketleri Yönetmeliği md 11/I hükmü değiştirilmiştir. Buna göre; indirimli bir mal veya hizmetin indirimli satış fiyatı, indirimden önceki fiyatı tarife ve fiyat etiketi listelerinde gösterilmelidir. İndirimli bir mal veya hizmetin, indirimden önceki satış fiyatı tespit edilirken, indirimin yapıldığı tarihten önceki otuz gün içerisinde uygulanan en düşük fiyat nazara alınmalıdır. Meyve ve sebze gibi çabuk bozulmaya müsait ürünlerde ise, indirim miktarı ve oranı, bir önceki fiyat esas alınarak belirlenmelidir. Bu hususlara ilişkin ispat yükü, satıcı ve sağlayıcı taraf üzerindedir.

Şayet bir piyasada teşebbüsler, örneğin fiyatlarını kartel fiyatına yükselterek kartelin davranışına uyum sağlarsa, bu rekabeti olumsuz etkiler.

⁴¹ 01.10.2018 tarihli ve 18-36/584-285 sayılı Rekabet Kurulu kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8a58df07-f31b-457e-b936-9fa3afd5fdbf>>, Erişim Tarihi 09 Aralık 2022, s. 13, 14; 21.01.2021 tarihli ve 21-04/53-22 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=fbab266b-dcd7-4cf6-b36c-26692be31926>>, Erişim Tarihi 10 Aralık 2022, s. 33.

⁴² 06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı Belko kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=819fa322-7700-4eab-962a-d5e535164df2>>, Erişim Tarihi 18 Kasım 2022.

⁴³ 01.10.2018 tarihli ve 18-36/584-285 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8a58df07-f31b-457e-b936-9fa3afd5fdbf>>, Erişim Tarihi 09 Aralık 2022, s. 13; Ünal, 2009, s. 68, 69.

⁴⁴ 01.03.2007 tarihli ve 07-18/164-54 sayılı Rekabet Kurulu Kararı; Ünal, 2009, s. 75.

⁴⁵ 26.05.2006 tarihli ve 06-36/462-124 sayılı Rekabet Kurulu Kararı; Ünal, 2009, s. 74.

⁴⁶ 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

⁴⁷ 28.10.2021 tarihli ve 21-53/747-360 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

⁴⁸ 28.6.2014 tarihli ve 29044 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Fiyat Etiketleri Yönetmeliği

Teşebbüsler, kartel dışındaki diğer tedarik kanallarına ne kadar engelsiz geçiş yapabilirlerse; bu kartel, mevcut rekabeti o kadar az etkiler⁴⁹. Kartellerin ekonomik veya sosyal olarak zarar verici etkileri önlenmelidir. Bir kartelin oluşturduğu rekabet anlaşmasının ekonomik ve sosyal açıdan zararlı etkisi, öncelikle fahiş bir fiyat ve bununla bağlantılı olarak, tüketicilerin haklarının sömürülmesidir. Bir kartelin varlığını tespit ederken öncelikle üzerinde anlaşılan fiyatın fiilen uygulanıp uygulanamayacağı kontrol edilmelidir. Bunun yanı sıra kartelin başlangıcı ile sona erdiği andaki fiyat değişiklikleri ve artışları belirleyici olabilir.

Bu noktada fahiş bir fiyat değişikliği yapıp yapılmadığının anlaşılabilmesi için kartelden etkilenen alan ile diğer karşılaştırma alanları arasındaki fiyat farkı önemli bir belirleyici olabilir⁵⁰.

Rekabetin korunması ve sağlıklı bir piyasanın devamı için yasadışı kartellere karşı denetim yapılması gerekir. Bunun sonucunda kartelin sebep olduğu fahiş fiyat artışı, kota, müşteri ve bölgesel temelli anlaşmaların ortadan kalkması ile diğer işletmeler ve tüketiciler açısından çok kısa sürede olumlu gelişmeler meydana gelir. Çünkü karteller; fahiş fiyat artışları, ürünün kalitesi gibi konularda sebep oldukları olumsuz sonuçlar ile yüksek ekonomik zarara sebep olmaktadır. Kartelin ortadan kaldırılması ile canlanan rekabet sayesinde, genellikle doğrudan fiyat düşüşleri oluşur. Teşebbüsler, tüketicileri tekrar kazanmak için yeni girişimlerde bulunurlar. Bu sebeple etkili bir kartel denetimi, özellikle tüketiciler için büyük avantajlar sağlamaktadır⁵¹. Almanya’da, kartellerin tüketicilere verdikleri zararı tespit etmek için yapılan ve 1000’den fazla karteli kapsayan araştırma⁵² sonucuna göre; kartelin fiyatları %15 oranında arttırdığı tespit edilmiştir.

Bir kartelin tespit edilmesi durumunda bu kartelin eylemleri sonucu doğrudan zarar gören tüketiciler veya tedarikçiler, maruz kaldıkları zarar için tazminat talebinde bulunabilirler. Bunun yanı sıra, Alman hukukuna göre bir karteğe karşı yasal olarak bağlayıcı olan Rekabet Kurulu Kararlarının varlığı

⁴⁹ Nicholas F. Diebold/ Cyrill Schäke, “Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegeordnung, Recht”, *Zeitschrift für juristische Weiterbildung un Praxis*, 36(4), 2018, <https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/diebold/Publikationen/Wirkungsanalyse_recht_04_2018.pdf>, Erişim Tarihi 20 Kasım 2022, s. 233.

⁵⁰ Diebold/ Schäke, s. 235.

⁵¹ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, s. 14.

⁵² Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, s. 15, 16, 17.

halinde, bu karar hukuki tazminat davalarında da tespit hükmü niteliğine sahiptir, başka bir deyişle davacının rekabet ihlalini yeniden kanıtlaması gerekmez⁵³.

Rekabet Kurulu’na göre⁵⁴ fahiş fiyat, pazara gücünün kullanılması sonucu sürekli olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde uygulanan ücrettir. Hangi düzeyin önemli ölçüde kabul edileceğinin belirlenebilmesi gerekir. Eğer piyasa, tam rekabet piyasası ise, marjinal maliyetin üzerindeki tüm fiyatlar fahiş niteliktedir. Fakat uygulamada, tam rekabetçi piyasalar referans değer olarak alınmadığından, kanaatimizce fahiş fiyatın tespitinde yukarıda izah edildiği üzere ABAD’ın öngördüğü iki aşamalı ekonomik değer testi uygulanmalıdır. Testin her iki aşaması da fahiş fiyata ilişkin belirleme yaparken kullanılmalıdır. Testin ikinci aşamasında yer alan teşebbüsün fiyatlarının kendi içinde veya diğer rakip teşebbüsün fiyatlarıyla kıyaslanması bakımından ise, somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılmalı ve alternatifli olarak seçim yapılması yolu tercih edilmelidir⁵⁵.

Fahiş fiyatın tespitinde Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu’nun denetimleri sonucunda yaptığı tespitlerden de yararlanılabilir. Fahiş fiyat konusunda denetim ve inceleme yapmak üzere 2020 yılında Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu oluşturulmuştur. Kurul, piyasada hâkim durumda bulunmasa dahi fahiş fiyat artışı yapan teşebbüsleri tespit ederek gerekli yaptırımları uygulamaktır. İdari para cezasına çarptırılan bu işletmelerden alışveriş yapan tüketicileri için Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu’nun tespiti önemli bir delil sayılır. Bu işletmeler ile yapılan satım sözleşmelerinin kısmi hükümsüzlüğü için tüketiciler dava açma konusunda daha cesaretli olmalıdır. Zira dava öncesinde zaten yapılmış bir fahiş fiyat tespiti bulunmaktadır.

II. FAHİŞ FİYATIN TÜRK BORÇLAR KANUNU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Sözleşme İçeriğinin Hukuka Aykırı Olmaması Gereği

TBK md 26 gereğince, sözleşme serbestisinin bir uzantısı olarak, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörüle sınırlara uymak şartıyla diledikleri

⁵³ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, s. 29.

⁵⁴ 01.10.2018 tarihli ve 18-36/584-285 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8a58df07-f31b-457e-b936-9fa3afd5fdbf>>, Erişim Tarihi 09 Aralık 2022, s. 25.

⁵⁵ Siedersleben, s. 20, 21.

gibi belirleyebilirler⁵⁶. Düzenleme özgürlüğü çerçevesinde taraflar, kural olarak sözleşmedeki edim miktarını da diledikleri gibi düzenleyebilirler. Bu çerçevede teşebbüsler sundukları ürün ve hizmet için diledikleri gibi bir fiyat belirleyebilirler. Fakat taraflara tanınmış bu düzenleme serbestisi sınırsız da değildir. Taraflar, sözleşmeye ilişkin bu düzenleme serbestisini ancak kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde kullanabilirler. Bu sınırların kapsamı TBK md 26 ve 27/I hükümleri ile çizilmiştir. Buna göre sözleşmenin içeriği, başka bir deyişle tarafların hak ve borçları; imkânsız olamaz, hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik hakkına aykırı hükümler içeremez⁵⁷. Bir teşebbüsün, piyasadaki hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle faaliyette bulunması ve aldatici haksız ticari uygulamalar yapması, RKHK md 6 ve TKHK md 62 gereğince yasaklanmıştır. Bu yasağa rağmen bir teşebbüsün fahiş fiyat uygulayarak hâkim durumunu kötüye kullanması, kanaatimizce hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Bu çerçevede fahiş fiyat üzerinden kurulan sözleşmeler, TBK md 27'ye aykırılığı bakımından değerlendirilmelidir.

TBK md 27 gereği, sözleşmenin içerdiği hak ve yükümlülüklerin hukuka, başka bir deyişle kanunun emredici hükümlerine aykırı olmaması gerekir. Hukuk düzeni içerisinde yasak koyan her hüküm, emredici nitelikte kabul edilmektedir. Bu emredici normun amacı, hukuk düzenini, kamu menfaatlerini, kamu düzenini, ahlak kuralları ve kişisel hakkı korumaya ilişkindir. Emredici hükümler; toplumun geneline hitap eden, bir ödev yükleyen düzenlemelerdir⁵⁸. Bir hükmün emredici hüküm olduğu; yazılış

⁵⁶ Claire Huguenin, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2014, s. 121; Andreas Binder / Thomas Geiser / Vito Roberto, *Einführung ins Privatrecht Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Obligationenrecht Besonderer Teil, Gesellschaftsrecht*, 2008, <https://www.binderlegal.ch/uploads/media/Binder_Geiser_Roberto_Einfuehrung_ins_Privaterecht_2008.pdf>, Erişim Tarihi 09 Aralık 2022, s. 20; Ahmet Kut, “Art. 1-183 OR”, Andreas Furrer, Anton K. Schnyder (Ed.), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 112; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 356; Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, s. 13, 16; Fahri Erdem Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, Oniki Levha Yayıncılık, 2019, s. 7, 45, 46; Mehmet Üçer, *Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı*, Yetkin Yayınları, 2013, s. 31; BGE 129 III 276.

⁵⁷ Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage, Schulthess, 1988; s. 238, 239; Huguenin, s. 122, 123; Kut, s. 114; Eren, s. 357; Başpınar, s. 18; Kaşak, s. 86.

⁵⁸ Huguenin, s. 122, 123; Eren, s. 358, Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 35, 36; Üçer, s. 68.

tarzı veya hükmün amacı nazara alınarak belirlenir. Buna göre bir sözleşme, emredici hukuk kurallarını ihlal ediyorsa, hukuka aykırı niteliktedir⁵⁹. Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı düzenlemeler yapamazlar. Yapsalar dahi, bu düzenlemeler yerine emredici hukuk kuralları uygulanır⁶⁰. Emredici hukuk kuralları, tarafların tümünü veya yalnızca birini korumak amacıyla öngörülmesi olabilir. Taraflardan yalnızca birini korumaya yönelmiş olanlara, tek taraflı emredici hukuk kuralları adı verilir. Bu kurallar, hukuki işlemin hangi tarafını koruyorsa onun aleyhine bir değişiklik yapılması mümkün değildir. Emredici hukuk kuralları; bir sözleşmenin tümüyle yapılmasının önüne geçmeye veya hukuki işlem içerisinde bir edimi düzenlemeye ya da hukuki işlemin amacına yönelmiş olabilir⁶¹.

RKHK md 6 gereğince; bir veya birden fazla teşebbüsün piyasadaki hâkim durumunu kötüye kullanması yasaklanmıştır. Bununla bağlantılı olarak 6585 sayılı PTDHK Ek md 1'e göre üretici, tedarikçi ve perakendecilerin, bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş fiyat artışı yapmaları da engellenmiştir. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği md 28 gereği haksız ticari uygulama niteliğinde olan eylemler de yasaklanmıştır. Bu hükümlerin tümü emredici niteliktedir. Bu nedenle kartel oluşturmak veya haklı bir gerekçesi bulunmamasına rağmen bir mal veya hizmetin tüketiciye sunulan fiyatında fahiş fiyat artışı yapmak emredici hükümlere aykırılık oluşturur.

B. Sözleşme İçeriğinin Hukuka Aykırı Olmasının Yaptırımı

TBK md 27 gereğince kural olarak emredici hükümlere aykırı olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür⁶². Kesin hükümsüz olan bir hukuki işlem, baştan itibaren geçersizdir ve zaman içinde geçerli hale gelmez. Hukuki işlem taraflarca ifa edilse dahi geçerlilik kazanamaz. Çünkü kesin hükümsüzlük yaptırımının amacı, kamu yararını korumaktır. Bu sebeple hâkim tarafından kesin hükümsüzlük re'sen nazara alınmalıdır ve sadece hukuki işlemin taraflarınca değil, menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilir. Buna göre bu hukuki işlem sebebiyle menfaati etkilenen üçüncü kişiler de, kesin

⁵⁹ Binder/ Geiser/ Roberto, s. 58; İsviçre Borçlar Kanunu md 73/ II gereğince, Kantonlararası faiz oranı sınırını aşan tüketici kredisi sözleşmesi hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir.

⁶⁰ Eren, s. 359; Hatemi, s. 35, 36; Kübra Ercoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27”, *İÜHF*, 74(2), 2016, s. 710, 723.

⁶¹ Binder/ Geiser/ Roberto, s. 58, 59; Eren, s. 359, 360, 361; Başpınar, s. 128- 133.

⁶² Bu kesin hükümsüzlükle anlaşılması gereken yaptırım türü butlandır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 377.

hükümsüzlüğü ileri sürebilirler. Açılacak dava bir tespit davası niteliğindedir ve hukuki işlemin baştan itibaren geçersizliğini ortaya koymaya yöneliktir⁶³. Fakat modern yaklaşımda daha esnek bir hükümsüzlük yaklaşımı gelişmektedir. Çünkü hükümsüzlük ile asıl amaçlanan hukuki işlemin sona ermesi değil, işlemin bünyesinde bulunan kusurların giderilmesidir. Bu sebeple hükümsüzlüğün somut olayın özellikleri nazara alınarak daha esnek bir bakış açısı ile değerlendirilmesi gereği ileri sürülmüştür⁶⁴.

TBK md 27/II hükmünde ise kısmi hükümsüzlük düzenlenmiştir. Hükümsüzlüğe sebep olan durum, hukuki işlemin yalnızca bir bölümünü etkiliyor ve işlemin diğer kısımları geçerliliğini sürdürüyorsa kısmi hükümsüzlük ortaya çıkar. Bu durumda hukuki işlemin bir kısmı geçersiz iken, bir kısmı ise geçerli durumdadır. Tarafların hukuki işlemi, geçersiz kısım olmadan asla kurmayacakları varsayılmadıkça, işlemin yalnızca sakat olan kısmı geçersizdir. Bu, tarafların hukuki işlemi oluşturan farazi iradesi nazara alınarak belirlenmektedir. Hukuki işlemin bölünemez olduğu hallerde, kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda veya hukuki kesinlik sebebiyle işlemin yasaklanması halinde kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması zorunludur. Kısmi hükümsüzlük halinde ise, hukuki işlemin bazı kısımları, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşmış ve örneğin hukuka aykırı hale gelmiştir. Kısmi hükümsüzlük yaptırımının kabul edilmiş olmasının sebebi, kanun koyucunun tarafların iradelerine verdiği önemden kaynaklanmaktadır⁶⁵. Bunun yanı sıra kısmi hükümsüzlük ile hukuki işlemin tümü geçersiz olsa zarar görecektir olan tarafı koruma amacı da vardır⁶⁶.

Kısmi hükümsüzlüğün objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsuru vardır. Objektif unsura göre hukuki işlemin bazı kısımları hukuka aykırı olmalı, başka bir deyişle emredici hükümlere aykırı olmalıdır. Kısmi hükümsüzlük

yaptırımının uygulanabilmesi için hukuki işlemi oluşturan edimin, bölünebilir bir edim niteliğinde olması gerekir. Örneğin TBK md 388/ III gereğince tüketim ödücü sözleşmelerinde bileşik faiz yasak olmasına rağmen, böyle bir hüküm konulan sözleşmeler kısmi butlan yaptırımına tabi olabilir. Buna göre sözleşmenin yalnızca bileşik faiz kısmı hükümsüz olurken, geri kalanı geçerli bir sözleşme niteliğindedir⁶⁷. Benzer şekilde kira bedelinin çok yüksek olarak kararlaştırıldığı hallerde kira sözleşmesi geçerli olarak devam ederken, kira bedeli hukuki olarak olması gereken miktara indirilmelidir⁶⁸.

Kanaatimizce bir mal veya hizmetin bedeli olarak belirlenen fiyatta, hukuki sınırlara aykırı olarak fahiş bir artış yapıldığında veya kartelleşme gibi haksız ticari uygulamalar yapıldığında, bu hukuki işleme kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanmalıdır. Bu takdirde hukuki işlem geçerli olarak varlığını sürdürürken, fahiş olarak kararlaştırılan kısım indirilerek mal veya hizmet sağlanmalıdır. Bu sonuç tarafların menfaatine de daha uygun olur. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü de bu yöndedir. Federal Mahkeme, faize ilişkin olan bir kararında⁶⁹ %26 oranındaki yüksek faiz sebebiyle tüm sözleşmeyi geçersiz saymamış, yalnızca faiz oranını kanuni sınırlara indirmiştir.

TBK md 27 hükmü ile TTK md 1530/I hükmü kısmi hükümsüzlük yaptırımı bakımından benzer nitelikte hükümlerdir. TTK md 1530/I gereğince edim için kanun veya yetkili makamlarca konulmuş bir üst sınır varsa, bu sınırı aşan sözleşmelerde edim, üst sınır üzerinden kararlaştırılmış gibi kabul edilir. TTK md 1530'da yer alan bu düzenleme de aslında bir değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımı niteliğindedir. TTK md 1530/I'in son cümlesinde yer alan ifade, bu durumda TBK md 27/ II'de düzenlenen basit kısmi veya tam hükümsüzlüğün uygulanmayacağını, bilakis değiştirilmiş kısmi butlanın geçerli olduğunu vurgulamaktadır⁷⁰.

Kısmi hükümsüzlüğün sübjektif unsurunu ise, tarafların iradesi oluşturur. Başka bir deyişle, güven teorisi gereğince tarafların iradesi, kısmi hükümsüz olan kısım olmasa dahi hukuki işlemin kurulacağı yönünde olmalıdır. Eğer kısmi hükümsüz olan kısım olmasa, hukuki işlemin kurulmayacağı öngörülüyorsa bu takdirde işlemin tamamının hükümsüz olacağı kabul edilmelidir⁷¹. Kısmi

⁶³ Bucher, s. 240, 241; Peter Gauch, “«Modifizierte» Teilnichtigkeit Anmerkungen zu BGE 10711216ff”, *Recht*, 1983 <<https://www.unifr.ch/ius/stoekli/de/assets/public/files/publications/PublikationenPeterGauch/ModifizierteTeilnichtigkeitAnmerkungenzuBGE10711216ff.pdf>>, Erişim Tarihi 9 Aralık 2022, s. 96; Huguenin, s. 131; Binder/ Geiser/ Roberto, s. 55, 56; Kut, s. 121, 122; Eren, s. 377, 378; Başpınar, s. 23, 27; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/386 K. 2010/427 T. 29.09.2010.

⁶⁴ Huguenin, s. 132.

⁶⁵ Bucher, s. 242- 244, 250, 251; Gauch, s. 96; Binder/ Geiser/ Roberto, s. 61; Kut, s. 124; Eren, s. 380; Başpınar, s. 7, 8, 9, 29; Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 75; Ercoşkun Şenol, s. 725.

⁶⁶ Kut, s. 125, 126; Eren, s. 380. Federal Mahkeme'nin aynı yöndeki görüşü için bkz. BGE 80 II 327 p. 333, 335; BGE 109 II 239 E 3b; 107 II 419 E 3a.

⁶⁷ Bucher, s. 242- 244; Kut, s. 124, 125; Eren, s. 381; Başpınar, s. 29, 30, 31, 33, 51, 57- 60, 132.

⁶⁸ Eren, s. 382; Başpınar, s. 52.

⁶⁹ BGE 93 II 189; Başpınar, s. 133. Benzer yönde karar için bkz. BGE 80 II 327.

⁷⁰ Eren, s. 383; Başpınar, s. 27, 28, 51, 167- 169; Üçer, s. 92.

⁷¹ Gauch, s. 96; Binder/ Geiser/ Roberto, s. 61; Kut, s. 125; Eren, s. 385, 386; Başpınar, s. 32,

hükümsüzlük sebebiyle zarara uğrayan tarafın, bu zararı culpa in contahendo sorumluluğuna göre tazmin edilmelidir. Culpa in contahendo sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kural olarak kısmi hükümsüzlüğe sebep olan tarafın bu eyleminde kusurlu olması gerekir.

Kısmi hükümsüzlüğün emredici hükümlere aykırılıktan kaynaklandığı durumlarda, emredici hüküm geçersiz olan kısmın yerine uygulanmalıdır. Buna kanuni ikame hükümle değiştirilmiş kısmi butlan adı verilmektedir⁷². Emredici hükmün varlığı, hukuki işlemin kesin hükümsüz olmasını engellemektedir⁷³. Emredici hükme aykırılık halinde; eğer bu hüküm kanunda açık bir şekilde düzenleniyorsa, geçersiz olan kısmın yerine bu düzenleme uygulanır. Bazı hallerde ise, emredici hükme aykırılık halinde oluşan geçersizliğin hâkimin takdir yetkisi ile doldurulması gerekebilir⁷⁴. Bu halde hâkim takdir yetkisini yalnızca ihlal edilen normun koruyucu amacının gerektirdiği kadar kullanmalıdır. Çünkü kısmi hükümsüzlük yaptırımının amacı hukuki işlemi tümüyle değiştirmek veya ortadan kaldırmak değil, geçersiz kısmı düzeltmektir⁷⁵. Bu sebeple bir mal veya hizmete ilişkin fahiş bedel belirlemesi yapıldığında veya değişen şartlar çerçevesinde indirilmesi gerekirken indirilmeyen ücret bakımından, yapılan hukuki işlemin geçerliliğini koruduğu kabul edilmeli ve yalnızca aşırı olan miktar hakkında kısmi hükümsüzlük kararı verilmelidir. Bunun neticesinde somut olayın koşullarını nazara alarak hâkimin hakkaniyet uyarınca uygun bir bedel belirlemesi yerinde olur. Bu bağlamda fahiş fiyat sebebiyle zarara uğrayanlar, dava açmak suretiyle işlemin kısmi hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep edebilir ve akabinde ödedikleri bedelle aslında ödemeleri gereken bedel arasındaki fazla miktarın iadesini, uğradıkları başka maddi ve manevi zararlar varsa bunların giderilmesini de talep edebilirler.

III. FAHİŞ FİYATIN TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

TKHK md 3/k gereğince, bir mal veya hizmetten özel kullanımı için nihai olarak yararlanan gerçek veya tüzel kişi tüketici olarak kabul edilmiştir. Mal veya hizmeti, ticari veya mesleki amaçla olduğu gibi veya işleyerek bir

⁷¹ 88, 99- 102; Kırkbeşoğlu, s. 190, 191.

⁷² Gauch, s. 98; Başpınar, s. 155.

⁷³ Başpınar, s. 156.

⁷⁴ Gauch, s. 96, 97; Başpınar, s. 157; Üçer, s. 98, 99.

⁷⁵ Huguenin, s. 133.

çıkar karşılığı devretmek üzere edinen kişiler ise tüketici sıfatı taşımazlar⁷⁶. Bu Kanun ile amaçlanan, tüketicilerin sağlığının, güvenliğinin ve ekonomik çıkarlarının korunmasıdır. Bir fahiş fiyat uygulaması söz konusu olduğunda, tüketicilerin ekonomik yönden korunması gündeme gelir. Çünkü tüketicilerin büyük çoğunluğun düşük ve sabit gelire sahip, mal veya hizmet sağlayıcısına göre daha zayıf bir ekonomik güce sahip olan kişilerdir. Fahiş fiyat uygulanması, tüketicilerin ekonomik çıkarlarını zarara uğratar⁷⁷. Buna karşın mal ve hizmet sağlayıcıları ise, üstün ekonomik konumlarından faydalanarak ürünün fiyatını tek yanlı olarak belirleyerek tüketiciye dayatabilir. Hatta daha önceki ekonomik koşullara göre arttırdıklarını, yeni koşullara göre indirmeleri gerekirken indirmeyerek de fahiş fiyata sebebiyet verebilirler. Rekabet hukukunun da temel hedeflerinden biri, tüketici refahının tesis edilmesidir. Bu sebeple sömürücü nitelikteki davranışlar arasında yer alan ve tüketici haklarını doğrudan olumsuz yönde etkileyen fahiş fiyatlama, rekabet hukuku çerçevesinde de rekabeti ihlal edici bir davranış olarak kabul edilmektedir⁷⁸. Danıştay'ın Tüpraş kararında⁷⁹ da rekabet hukukunun asıl amacının tüketicileri korumak olduğu ve piyasadaki hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle tüketiciden rant elde edilmesinin ve fahiş fiyat uygulanmasının müdahaleyi meşru kıldığı kabul edilmiştir. TKHK md 62 hükmü ile tüketicilerin haksız ticari uygulamalarına karşı korunması amaçlanmıştır.

B. Haksız Ticari Uygulamalar

TKHK md 62 gereğince tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamalarda bulunmak yasaklanmıştır. Mesleki özen ilkelerine uymayan ve tüketicinin ekonomik davranış tarzını önemli ölçüde bozan veya bozma riski olan uygulamalar haksız kabul edilmektedir. Kanunun gerekçesinde de mal ve hizmet sağlayıcıların, tüketicilerin kararını etkileyebilecek her türlü haksız ticari eylemleri yasaklanmıştır. Bunun amacı, tüketicilerin tasarruf özgürlüklerinin korunması ve etki altında kalmadan özgür iradeleri ile

⁷⁶ Aydın Zevkliler/ Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 91, 94.

⁷⁷ Zevkliler/ Özel, s. 41, 43.

⁷⁸ Aşırı fiyatlamaya, tekeli fiyatlamaya da denilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. 01.10.2018 tarihli ve 18-36/584-285 sayılı Rekabet Kurulu kararı, s. 11; Ünal, 2009, s. 10; Yoon-Ho Alex Lee/ Donald J. Brown, "Competition, Consumer Welfare, and the Social Cost of Monopoly", *Student Scholarship Papers*, 19, 2006, <https://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/19>, Erişim Tarihi 01 Aralık 2022, s. 2; O'Donoghue/ Padilla, s. 733.

⁷⁹ Danıştay 13. Dairesi, 2014/2458 Esas, 2017/2511 Karar sayılı ve 05.10.2017 tarihli karar.

işlem yapabilmelerini temin edebilmektir. Özellikle de aldatıcı ve saldırgan nitelikteki uygulamalar, haksız ticari uygulamalar olarak kabul edilmiştir⁸⁰.

Teşebbüslerin, tüketicilere yönelik olarak satışa sundukları ve kamunun temel ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik mal ve hizmetlerin fiyatında haklı bir sebebe dayanmaksızın aşırı ve haksız bir şekilde artış yaparak fahiş fiyata sebebiyet vermesi de bir haksız ticari uygulama niteliğindedir.

TKHK md 62/II ile bir eylemin haksız olduğu iddia edildiğinde, bunun haksız ticari uygulama niteliğinde olmadığını ispat yükü, ticari uygulama yapan kişiye bırakılmıştır.

Tüketiciler, bir mal veya hizmet aldıklarında, ilk anda kendilerine karşı fahiş fiyat uygulandığını fark edemeyebilirler. Bunun sonucunda da aldıkları mal veya hizmeti tüketmiş olabilirler. Bu halde fahiş fiyat şeklindeki haksız ticari uygulamaları ispat etseler dahi, ürünü tüketmiş olduklarından artık sözleşmenin tümüyle kesin hükümsüz olması mümkün değildir. Çünkü bu gibi durumlarda, halihazırda sağlanan mal veya hizmetler geri alınmayacaktır⁸¹. Bu halde tüketiciler açısından da sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmeli, fakat fahiş fiyat uygulanan kısım açısından kısmi hükümsüzlük yaptırımına başvurulmalıdır. Tüketiciler, haksız bir ticari uygulama niteliğinde olan fahiş fiyatlara karşı, tazminat davası açıp, ödedikleri fazla ücretin iade edilmesini ve zararların tazminini de talep edebilirler. Bunun yanı sıra RKHK md 57 ve 58 gereğince tüketiciler, esnafar veya diğer teşebbüsler, fiyatların anlaşarak belirlenmesi gibi kartel uygulamaları ya da fahiş fiyatlar sebebiyle normalde ödemeleri gerekenden daha fazla bir fiyat ödeyerek zarar etmeleri durumunda, ödedikleri bedelle aslında ödemeleri gereken bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Eğer zarar, kartel halinde olduğu gibi zarar veren tarafların anlaşması sonucu veya ağır ihmali sonucu ortaya çıkmışsa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.

IV. GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME

Bir tarafını tüketicinin oluşturduğu hukuki işlemler bakımından kural olarak öncelikle tüketici hakem heyetine başvuru yapılmalıdır. TKHK md

⁸⁰ Zevkliler/ Özel, s. 431, 432; Ali Selim, "Haksız Ticari Uygulamalar", Oya Şahin Mc Carthy/ Mutlu Dinç (Ed.), *Tüketici Hukuku Davaları*, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 1039 vd, 1061.

⁸¹ Binder/ Geiser/ Roberto, s. 55, 56.

66 gereği Tüketici Hakem Heyeti, tüketici işlemleri ve tüketiciye yönelik uygulamalardan dolan uyuşmazlıklara çözüm bulmakla görevlidir. 16.12.2022 tarihli ve 32045 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 68 İnci Ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6 Nci Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ uyarınca 2023 yılı için yapılacak başvurularda değeri 66.000,00 TL (altmışaltı bin) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda, İl veya İlçe Tüketici Hakem Heyetleri görevli kılınmıştır. Yine Tebliğ uyarınca Tüketici Hakem Heyetlerinin yetki alanı ile iş bölümünün Bakanlıkça belirleneceği ifade edilmiştir. İl sınırları içerisindeki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri, ilçelerde ise İlçe Tüketici Hakem Heyetleri yetkilidir. Fahiş fiyat sebebiyle yapılacak başvurularda, tüketici yerleşim yerinin veya tüketici işlemini yaptığı yerin bulunduğu Tüketici Hakem Heyetine başvurabilir.

Tüketici Hakem Heyeti, uyuşmazlığa ilişkin olarak inceleme yapabilmek için her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kişi ve kurumlardan isteyebilir. Tüketici Hakem Heyetinin bilgi ve belge isteme yetkisi olmasına rağmen, bu talebe uyulmamasının yaptırımı düzelenmiş değildir⁸². Başka bir deyişle fahiş fiyat sebebiyle Tüketici Hakem Heyetine başvurulduğunda, Heyet fahiş fiyat uygulanıp uygulanmadığına dair tespit yapabilmek için üretici veya sağlayıcının eski dönemde uyguladığı fiyat listesini, maliyet analizlerini veya benzer nitelikte mal veya hizmet sunan firmalardan muadil fiyat talebinde bulunduğu, ilgili bu talebi yerine getirmeyebilir. Kanaatimizce Tüketici Hakem Heyetinin bilgi ve belge talebine uyulmamasının yaptırımı kanuni temele oturtulmalıdır. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği md 12 uyarınca, istenilen bilgi ve belgelerin sunulmaması durumunda, Heyet dosyada bulunan mevcut bilgi ve belgeler üzerinden karar vermelidir.

TKHK md 70 (1) gereğince, Tüketici Hakem Heyetinin kararı, tarafları bağlar. Aynı tüketici işlemine ilişkin olarak fahiş veya indirilmesi gerekirken indirilmeyen fiyat için ayrı ayrı birden fazla başvuru yapılmışsa, uyuşmazlığın miktarı Tüketici Hakem Heyetinin görev alanının içinde kalmak şartıyla, birlikte karar verilebilir. THHY md 22 (2)'ye göre, miktar görev sınırını aşarsa, Tüketici Hakem Heyeti uyuşmazlıklar hakkında ayrı ayrı karar vermelidir. TKHK md 70 (3)'e göre, Tüketici Hakem Heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde tüketici mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz üzerine tüketici mahkemelerinin verdiği karar kesindir.

⁸² Zevkliler/ Özel, s. 478.

TKHK md 73 hükmünde ise tüketici mahkemeleri düzenlenmiştir. Tüketici Hakem Heyetinin görev sınırını aşan davalarda ve Heyetin kararlarına karşı itirazlarda tüketici mahkemeleri görevlidir. TKHK md 73/ A bendine göre tüketici mahkemesine gitmeden önce arabuluculuğa başvurmak bir dava şartıdır⁸³. Dava; HMK md 6'daki genel yetki kuralı uyarınca davalının yerleşim yerinde açılacağı gibi, TKHK md 73 (5) gereğince tüketicinin yerleşim yerinde de açılabilir.

TKHK md 73 (6)'ya göre; tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık, haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler hariç olmak üzere, genel olarak tüketicileri ilgilendiren hukuka aykırı hallerin varlığı halinde dava açabilirler. Kanaatimizce bu hükmün kapsayıcı olarak yorumlanması daha yerindedir. Çünkü haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin başvuru makamları düzenlenmiş olduğundan, bu haller haricinde kalan uyuşmazlıkların kapsam dışında kalmaması amacıyla bu hüküm kabul edilmiştir. Bu sebeple kanaatimizce hükmün kısıtlayıcı olarak yorumlanmasından ziyade genişletici olarak yorumlanması, TKHK md 1'de yer alan Kanun'un amacına daha uygundur⁸⁴. Buna göre fahiş fiyat uygulanması durumunda tüketicinin sağlığını, güvenliğini ve ekonomik çıkarlarını korumak üzere tüketici örgütlerinin, ilgili kurum ve kuruluşlar ile Bakanlık'ın da dava açabileceği kabul edilmelidir. Fahiş fiyatın varlığı halinde, tüketici örgütleri, ilgili kurum ve kuruluşlar ile Bakanlık, bu uygulamayı yapan üretici ve sağlayıcılara karşı HMK md 113'de düzenlenen topluluk davası açabilirler. HMK md 113 gereğince, dernekler ve diğer tüzel kişiler, temsil ettikleri grubun menfaatlerini korumak amacıyla dava açabilirler. Birden fazla gerçek veya tüzel kişi, aynı davalıya karşı taleplerini tek bir dava içerisinde topluluk olarak ileri sürebilirler ve alınan karar, topluluğun tüm üyeleri için bağlayıcı niteliktedir⁸⁵. Bireysel olarak hakkı ihlal edilen fakat hukuki

yollara başvuramamış olan tüketicileri korumak amacıyla açılan bu topluluk davası, usul ekonomisi ve tüketicinin kollektif şekilde korunması bakımından da önemlidir⁸⁶. Topluluk davası, belki de bireysel olarak açılmayacak olan potansiyel davaların görülmesi yoluyla zararın giderilmesini ve bireylerin adalete ulaşmasını sağlamaktadır. Aynı zamanda tüketiciler tarafından bireysel olarak büyük şirketlere karşı açılan davalarda, bilgi asimetrisi sebebiyle çoğu zaman yeterli bilgi ve delillere ulaşamamaktadırlar. Halbuki tüzel kişiler ve Bakanlık, görevi gereği bu bilgi asimetrisini aşabilmekte ve topluluk davaları bu sebeple daha etkin sonuçlar verebilmektedir. Özellikle kartel veya fahiş fiyat uygulamalarında, tüketiciler zarara uğradıklarının bile farkında olmayabilirler. Buna ilişkin delillerin ulusal rekabet kurumları tarafından bile temini ve kanıtlanması zorken, tüketiciler açısından bunların yazılı şekilde ortaya konulması nerdeyse imkansızdır. Topluluk davaları sayesinde, tüketicilerin durumdan haberdar olması da sağlanmakta ve elde edilen deliller sayesinde bireysel dava açan tüketicilerin maliyetleri de kayda değer ölçüde düşmektedir. Bu dava ayrıca, diğer üretici ve sağlayıcılara da fahiş fiyat uygulamaları veya indirmeleri gerekirken indirmedikleri ücretler sebebiyle uğrayabilecekleri yaptırım konusunda ibret verici nitelikte olabilir⁸⁷.

Tarafların tüketici olmadığı fahiş fiyat uyuşmazlıkları bakımından ise, bu davalar genellikle rekabet hukukunun ihlalden kaynaklanan tazminat davaları niteliğinde olduğundan, ticari davalardır. Bu sebeple doktrindeki görüşe göre de⁸⁸ Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un uygulamaları arasında yeknesaklık tesis edebilmek amacıyla, bu tür davalarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir. Tarafların tüketici olmadığı, ancak tacir de olmadığı örneğin esnaf olduğu durumlarda asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Rekabetin korunması Hakkındaki Kanun'da yetkiye ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından, ilk olarak HMK md 6 çerçevesinde genel yetki kuralı uygulanmalı ve davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkili

⁸³ 22.07.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanun md 59 ile dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen TKHK md 73/A bendi eklenmiştir.

⁸⁴ Benzer şekilde İtalyan Tüketici Kanunu'nun 140. md'de 01.01.2010 tarihinde yapılan değişiklik ile haksız ticari uygulamalar, rekabet ihlalleri ve haksız fiil uyuşmazlıkları yönünden topluluk davası açılma imkânı kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğçe Koyuncu, "Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Etkinliği Perspektifinden Toplu Dava Modelleri", *Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi*, 128, 2012, s. 56.

⁸⁵ İbrahim Özbay, *Grup Davaları*, Yetkin Yayınları, 2009, s. 38, 39; İbrahim Özbay, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Topluluk Davaları (HMK m. 113)", *Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- X, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2012, s. 248- 251; Hakan Pekcanitez/ Hülya Taş Korkmaz/ Muhammet Özkes/ Mine Akkan, *Pekcanitez Usûl, Medeni Usûl Hukuku*, C. I,

Oniki Levha Yayınları, 2017, s. 1098, 1099, 1103; Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, Alternatif Yayıncılık, 2012, s. 386, 387; Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 307; Süha Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, 2016, s. 618; Zevkiiler/ Özel, s. 498; Selim, s. 1064.

⁸⁶ Kemal Döner, "Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Uyuşmazlıklar", *DÜHFD*, 22(36), 2017, s. 144.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koyuncu, s. 6- 10; Selim, s. 1065.

⁸⁸ Şafak Narbay /Buğra Kesici, "Rekabet Hukukunun İhlalden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2015, s. 235; Selim, s. 1066, 1067.

görülmalıdır. Fakat kartel yoluyla fahiş fiyat uygulama gibi danişıklı ilişki sonucu zararın meydana geldiği hallerde, doktrindeki bir görüşe göre⁸⁹ haksız fiile ilişkin hükümler uygulanmalı ve haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi, başka bir deyişle malın veya hizmetin satın alındığı yerin mahkemesi yetkili kabul edilmelidir. Birden fazla teşebbüsün uyumlu eylemleri ile rekabeti bozduğu ve fahiş fiyat uyguladığı hallerde, bu teşebbüsler müteselsilen sorumludur. Bu takdirde davalı sayısı birden fazla olduğundan, HMK md 7/I'e göre bunlardan her birinin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir⁹⁰.

SONUÇ

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md 6'ya göre, teşebbüslerin piyasada buldukları konumu kullanmak suretiyle rekabeti kötüye kullanması hukuka aykırı bir davranıştır. Özellikle Pandemi dönemi ile piyasada zincir marketlerin tüketiciler aleyhine olacak şekilde fahiş fiyat uyguladıklarına ilişkin şikâyetler üzerine konunun değerlendirilmesi gerekliliği doğmuştur. Farklı hukuki düzenlemelerde fahiş fiyat ve stokçuluğu önlemeye, aldatici ticari uygulamaların önüne geçmeye yönelik hukuki düzenlemeler kabul edilmiştir. Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği md 3/ç'de konuya ilişkin bir tanım ortaya konulmuşsa da fahiş fiyatın nasıl belirleneceği meselesine açıklık getirilmemiştir. Hızlı ve uluslararası ekonomik piyasada girdi maliyetlerinde çok sık değişim yaşanması sebebiyle ve bir ürün veya hizmetin meydana getirilmesinde çok sayıda unsur etkili olduğundan fahiş fiyat tespiti yapmak zordur.

Fahiş fiyatın tespiti konusunda Avrupa Birliği hukukunda yer alan kararlar nazara alınmıştır. Bu çerçevede Ekonomik Değer Testi üzerinde durulmuş ve Türk hukuku bakımından Rekabet Kurulu'nun fahiş fiyata ilişkin kararları ile Fiyat Etiketleri Yönetmeliği ele alınmıştır. Rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde olan fiyat belirlenirken de kanaatimizce daha objektif bir bakış açısı getiren iki aşamalı Ekonomik Değer Testi kullanılmalıdır.

Fahiş fiyat tespit edilirken, 2020 yılında oluşturulan Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun tespitleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Kurul'un görevi, piyasada hâkim durumda bulunmasalar da fahiş fiyat artışı uygulayan teşebbüsleri tespit etmek ve gerekli hallerde idari para cezası şeklinde yaptırıma tabi tutmaktır. Kurul'un, fahiş fiyat sebebiyle yaptırım

⁸⁹ Narbay/ Kesici, s. 239; Selim, s. 1068.

⁹⁰ Narbay/ Kesici, s. 239- 242.

uyguladığı teşebbüslerden ürün veya hizmet alan tüketiciler bakımından, yapılan bu tespit önemli bir delil niteliği taşımaktadır. Bu sayede tüketiciler, bu teşebbüslere karşı dava açtıklarında, hali hazırda ellerinde bir fahiş fiyat delili bulunmaktadır.

01.02.2022 tarihli ve 31737 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği md 9 ile "Haksız Ticari Uygulama Olarak Kabul Edilen Örnek Uygulamalar" başlıklı Ek'in "*Aldatici Ticari Uygulamalar*" bölümünde yer alan "*Girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket ederek tüketiciye sunulan mal veya hizmetin satış fiyatında haklı bir gerekçe olmaksızın artış yapmak.*" fiilini haksız ticari uygulama olarak kabul eden bendin yürürlükten kaldırılması yerinde olmamıştır. Kanaatimizce bu düzenlemenin tekrar mevzuata girmesi gereklidir.

Fahiş fiyat uygulaması tespit edildikten sonra, bunun uygulandığı sözleşmeler geçerlilik bakımından ele alınmıştır. Kural olarak sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflar edimleri diledikleri gibi belirleyebilirler. Fakat sözleşme serbestisine Kanunla getirilen sınırlamalar ışığında, bir sözleşme hukuka aykırı olarak düzenlenemez. Bir sözleşme içerisinde taraflardan birinin fahiş fiyat uygulaması Kanunen yasaklandığından, hukuka aykırı bir nitelik taşımaktadır. Bu sebeple fahiş fiyat uygulanarak kurulan sözleşmelerin geçerlilik bakımından TBK md 27 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Özellikle de haklarında fahiş fiyat uyguladıkları iddiası ile şikâyete konu edilen zincir marketler bakımından, sözleşmenin diğer tarafını çoğunlukla tüketiciler oluşturmaktadır. Tüketiciler, fahiş fiyat uyguladığı iddia edilen teşebbüsler karşısında ekonomik bakımdan daha zayıf konumda olan kişilerdir. Tüketiciler bir mal veya hizmet aldıklarında, ilk bakışta fahiş fiyata maruz kaldıklarını fark edemeyebilirler. Hatta bu sebeple mal veya hizmeti kullanmış ve tüketmiş olabilirler. Bu durumda fahiş fiyat tespit edilse dahi, sözleşmenin hukuka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olması tüketiciler bakımından fayda sağlamayabilir. Çünkü artık kullanılan ve tüketilen mal ve hizmetin tüketiciler tarafından iadesi mümkün olamayacaktır. Bu takdirde tüketicilerin etkin bir şekilde korunabilmesi amacıyla sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilerek yalnızca uygulanan fahiş fiyat bakımından kısmi hükümsüzlüğe hükmedilmelidir. Ayrıca tüketiciler fahiş fiyat uygulaması sebebiyle zarara uğradıkları takdirde, dava açıp fazla ödedikleri ücretin iadesini ve zararlarının tazminini de talep edebilirler.

Taraflarından birini tüketicilerin oluşturduğu işlemler bakımından tüketiciler sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğünün tespiti ve zararlarının tazmini için Tüketici Hakem Heyetleri'ne başvuru yapılmalıdır. Bunun yanı sıra fahiş fiyat uygulanması suretiyle tüketicilerin sağlığının, güvenliğinin ve ekonomik çıkarlarının tehlikeye düşürüldüğü hallerde tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık da dava yoluna başvurabilirler. Hatta bu kurumlar, fahiş fiyat uygulaması gerçekleştiren teşebbüslere karşı, HMK md 113 hükmünde düzenlenen topluluk davası açabilirler. Fahiş fiyat uygulamasından zarar görmüş ancak bireysel olarak hukuki yollara başvuramamış tüketicileri de koruyan bir niteliğe sahip olan topluluk davası, usul ekonomisi ve kolektif işbirliği bakımından da önemlidir. Çünkü tüketiciler kartel veya fahiş fiyat uygulamalarında, zarara uğradıklarının dahi bilincinde olamayabilirler. Haksız ticari uygulamaları denetleme ve yaptırım uygulama yetkisine sahip kamu kurumlar dahi delil temin etmekte zorlanırken, tüketicilerin delil temin etmesi neredeyse olanaksızdır. Bu nedenle topluluk davası büyük bir işlev görmektedir. Bu dava bireysel davalara nazaran tüketiciler açısından daha az maliyetlidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, fahiş fiyat uygulamalarına karşı öngörülen yaptırımlar, özellikle alım satım sözleşmesinin geçersiz kılınması sayesinde, tüketicilerin ve zarar gören diğer kişilerin zararları büyük ölçüde giderilmekte ise de, daha etkin koruma sağlanması için fahiş fiyat artışlarını ve zararın oluşmasını önleyecek yeni tedbirler içeren düzenlemelerin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda yapılacak bir kanuni düzenleme ile fahiş fiyat artışı nedeniyle idari para cezası uygulanan işletmelerin bir yıl içinde ikinci kez fahiş fiyat artışı yaptığının tespiti halinde işletmenin altı ay süreyle geçici olarak kapatılması, işletmenin tekrar faaliyete geçmesinden sonra yeniden fahiş fiyat artışı yaptığının tespiti halinde ise işletmenin süresiz kapatılması, şeklinde yaptırımlar öngörülmelidir. Yapılacak bu düzenlemelerle piyasa gerçekleri ile izah edilemeyen fahiş fiyat artışları önlenerek, dürüst, bozulmamış bir rekabet düzeni sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- Arslan R/ Yılmaz E/ Taşpınar Ayvaz S, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2016.
- Başpınar V, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- Binder A/ Geiser T / Roberto V, *Einführung ins Privatrecht Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Obligationenrecht Besonderer Teil, Gesellschaftsrecht*, 2008, <https://www.binderlegal.ch/uploads/media/Binder_Geiser_Roberto_Einfuehrung_ins_Privatrecht_2008.pdf>, Erişim Tarihi 09 Aralık 2022.
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage, Schulthess, 1988.
- Diebold, N F/Schäke C, “Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegeordnung, Recht”, *Zeitschrift für juristische Weiterbildung un Praxis*, 36(4), 2018, s. 228- 245, <https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/diebold/Publikationen/Wirkungsanalyse_recht_04_2018.pdf>, Erişim Tarihi 20 Kasım 2022.
- Döner K, “Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Uyuşmazlıklar”, *DÜHFD*, 22(36), 2017, s. 137- 185.
- Ercoskun Şenol K, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27”, *İÜHFM*, 74(2), 2016, s. 709- 737.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- European Commission, “*Commission Staff Working Document, Practical Guide, Quantifying Harm In Actions For Damages Based On Breaches of Article 101 or 102 of The Treaty On The Functioning of The European Union*”, SWD, 205, 2013.
- Evans D S/Padilla A J, “Excessive Prices: Using Economics To Define Administrable Legal Rules”, *CEMFI Working Paper*, 416, 2004.
- Furse M, “Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition”, *European Competition Journal*, 4(1), s. 59-83.
- Gauch P, “«Modifizierte» Teilnichtigkeit Anmerkungen zu BGE 10711216ff”, *Recht*, 1983 <<https://www.unifr.ch/ius/stoekli/de/assets/public/files/publications/PublikationenPeterGauch/>

- Modifizierte Teilnichtigkeit Anmerkungen zu BGE 107 II.pdf>, Erişim Tarihi 9 Aralık 2022, s. 95–100.
- Geradin D, “The Necessary Limits To The Control Of “Excessive” Prices By Competition Authorities – A View From Europe”, *Tilburg University Legal Studies Working Paper*, 2007, <<http://www.tilburguniversity.edu/research/institutes-and-research-groups/tilec/publications/discussion-papers/archive/>>, Erişim Tarihi 18 Kasım 2022.
- Hatemi H, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Huguenin C, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2014.
- Karasu R/ Özdemir S S, “Fahiş Fiyata İlişkin Sınırlamalar Ve Aykırılığın Ticaret Hukuku Açısından Sonuçları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(3), 2022, s. 3-25.
- Karlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku*, Alternatif Yayıncılık, 2012.
- Kaşak F E, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kırkbeşoğlu N, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Koyuncu T, “Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Etkinliği Perspektifinden Toplu Dava Modelleri”, *Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi*, 128, 2012.
- Kut A, “Art. 1-183 OR”, Andreas Furrer, Anton K. Schnyder (Ed.), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Lee Y A/ Brown D J, “Competition, Consumer Welfare, and the Social Cost of Monopoly”, *Student Scholarship Papers*, 19, 2006, <https://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/19>, Erişim Tarihi 01 Aralık 2022.
- Mayras H, “Opinion Of Mr Advocate General Mayras Delivered on 8 November 1977”, <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=7B3A10672BCA36FA236DE426F6837257?text=&docid=89335&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=996727>>, Erişim Tarihi 18 Kasım 2022, s. 312- 345.
- Narbay Ş/ Kesici B, “Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2015, s. 195 – 249,
- O’Donoghue R/ Padilla J, “Excessive Pricing, Chapter 14”, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3rd Edition, Hart Publishing, 2020, s. 733- 799.
- Özbay İ, *Grup Davaları*, Yetkin Yayınları, 2009.
- Özbay İ, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Topluluk Davaları (HMK m. 113)”, *Medenî Usûl ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı- X, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2012, s. 246- 306,
- Pekcanitez H/ Taş Korkmaz H/ Özekes M/Akkan M, *Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku*, C. I, Oniki Levha Yayınları, 2017.
- Selim A, “Haksız Ticari Uygulamalar”, Oya Şahin Mc Carthy/Mutlu Dinç (Ed.), *Tüketici Hukuku Davaları*, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 1037-1092.
- Siedersleben D, “Zulässigkeit und Gestaltbarkeit von Preisanpassungsklauseln – Ein Überblick unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung”, *Recklinghäuser Beiträge zu Recht und Wirtschaft*, 27, 2015, <<https://www.logos-verlag.de/ReWirPDF/ReWir-27-2015.pdf>>, Erişim Tarihi 02 Aralık 2022, s. 1-22.
- Şahin E, “Tüketiciler İçin İyi Haber Mi Kötü Haber Mi?: Aşırı Fiyat Uygulamalarında AB Mahkemelerinin Yeni İstikameti”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 5(1), 2019, s. 87- 114.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, 2016.
- Üçer M, *Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı*, Yetkin Yayınları, 2013.
- Ünal Ç, “Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, 103, 2009.
- Ünal Ç, “Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar”, *Rekabet Dergisi*, 11(4), 2010, s. 111-164.
- Zevkçiler A/ Özel Ç, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA İLE OLUŞTURULMAMIŞ
ELEKTRONİK POSTA (E-MAIL) KAYITLARININ DELİL DEĞERİ

EVALUATION OF RECORDS OF ELECTRONIC MAIL (E-MAIL)
CREATED WITHOUT SECURE ELECTRONIC SIGNATURE AS PROOF

Levent BÖRÜ* 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1350218](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1350218) 

Elektronik posta (e-mail), her türlü bilgisayar, tablet ve cep telefonunda okunup yazılabilmesi için özel olarak elektronik ortamda üretilmiş iletir, veridir. Elektronik veri ise en genel çerçeveyeyle elektronik ortamda yaratılan bilgiyi ifade etmektedir. Bu bakımdan elektronik posta, niteliği itibarıyla elektronik ortamda oluşturulmuş bir veri olarak değerlendirilebilir. Makalemizin kapsamı, güvenli elektronik imza ile ilişkilendirilmeyen elektronik postalardır; dolayısıyla güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerle bağlantılı elektronik posta kayıtları çalışmamızın kapsamı dışındadır. Hukuk yargılamamızda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199'a göre, elektronik posta, bir elektronik veri olduğundan bir belge olarak kabul edilmektedir. Güvenli elektronik imzayla oluşturulmamış elektronik belgelerin kural olarak HMK m. 199 ve 202 ile bağlantılı olacak şekilde değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, elektronik posta kayıtları hem HMK m. 199 kapsamında belgedir, hem senetle ispat kuralının geçerli olduğu davalarda bir delil başlangıcıdır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Posta, Elektronik Belge, Elektronik Veri, Takdiri Delil, Delil Başlangıcı.

* **Doç. Dr.**, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** leventboru@hacettepe.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-3043-3467, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1350218.

* **İntihal / Plagiarizm:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



ABSTRACT

Electronic mail (e-mail) is a message and data specially produced in electronic environment so that it can be read and written on all kinds of computers, tablets and mobile phones. On the other hand, electronic data refers to the information created in the electronic environment in the most general framework. In this respect, e-mail can be considered as a data created in electronic environment by its nature. The scope of this article is e-mails that are not associated with a secure electronic signature. Therefore, e-mail records associated with electronic data created with a secure electronic signature are out of the scope of our study. In our Civil proceedings, Art. 199 of the Code of Civil Procedure, electronic mail is considered a document as it is an electronic data. The electronic mails which is not created with secure electronic signature should be evaluated in conjunction with Article 199 and 202 of the Code of Civil Procedure in principle. Accordingly, electronic mail records are both a document within the scope of Article 199 of the CCP and a starting point of evidence in cases which the rule of proof by deed applies.

Keywords: *Electronic Mail, Electronic Document, Electronic Data, Discretionary Proof, Commencement of Proof.*

EXTENDED ABSTRACT

Today, as a consequence of the development of technology, parties communicate swiftly with each other using e-mails, preparing for the signing of contracts. With these advancements, electronic mails have greatly facilitated communication in the modern world. Although e-mails ease communication, they do not entirely resolve disputes between parties. Such disputes often arise, leading parties to seek resolution through the judiciary. In these situations, parties introduce their e-mail records into case files during lawsuits. Under these circumstances, it is essential to briefly ascertain whether e-mail records serve as evidence and understand their legal nature. This is because e-mails, which can contribute to resolving disputes or revealing the truth, exist.

The scope of our article encompasses e-mails that are not associated with a secure electronic signature. Therefore, e-mail records linked to electronic data created with a secure electronic signature fall outside our study's purview. Electronic mail (e-mail) is a message and data specially produced in an electronic environment, making it accessible on all computers, tablets, and mobile phones. In this respect, an e-mail is considered data created in an electronic environment. In our civil proceedings, e-mails are recognized as documents according to Article 199 of the Code of Civil Procedure. Accordingly, data encoded in an electronic environment are viewed as electronic documents.

Electronic mails are accepted as “proof”—more precisely, as “electronic proof”—according to Article 199 of the Code of Civil Procedure. Electronic data take on the role of evidence when proving a case in dispute. This data might be considered a document, a beginning of evidence, an object of discovery, or evidence not regulated

by the law. The acceptance of electronic data as evidence is crucial because, like all evidence, it has representative quality.

The conclusive force of electronic documents as proof may vary as conclusive or discretionary proof. Electronic data created with a duly secure electronic signature is considered a deed according to Article 205/2 of the Code of Civil Procedure. Under such conditions, e-mails containing electronic data crafted with a secure electronic signature take the form of a deed and should be recognized as conclusive evidence. Conversely, documents signed using methods other than a secure electronic signature cannot be seen as conclusive evidence in a case.

E-mails that are not endorsed with a secure electronic signature are documents as per Article 199 of the Code of Civil Procedure. They hold information relevant to the case in dispute and should thus be viewed as “discretionary proof.”

In addition, the fact that e-mails are considered documents presents an exception to Article 200 and Article 201 of the Code of Civil Procedure. This allows them to qualify as “commencement of proof” as per Art. 202 of the same Code. Thus, in scenarios where there is an obligation for written evidence, e-mails can serve this purpose. As a consequence, electronic mails not created with a secure electronic signature should be assessed in light of Article 199 and Article 202 of the Code of Civil Procedure. Therefore, e-mail records are both considered documents under Article 199 of the Code of Civil Procedure and they are also the commencement of proof in cases where the rule of proof is valid.

GİRİŞ

Teknolojinin gelişimine paralel olarak elektronik postalar modern dünyada kişilerin iletişimde büyük kolaylıklar sağlamıştır. İletişimin hız, güvenlik ve esneklik kazanmasında elektronik postaların büyük katkısı olmaktadır. Elektronik postalar sayesinde taraflar birbirleriyle hızlıca iletişim kurup, sözleşmelerin yapılmasında alt zemini hazırlamaktadırlar. Özellikle ticari hayatın gelişiminde elektronik postalar önemli bir rol oynamaktadır; bu yolla taraflar arasında iletişim hızlanarak ticari hayattaki bazı belirsizlikler ortadan kaldırılabilmektedir; zira belirsizlik ticari hayatın gelişiminde önemli bir engel teşkil eder¹.

¹ Bkz. ve karşı. Mine Erturgut, *Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi*, Yetkin Yayıncılık, 2004, s. 21 vd.; Mustafa Göksu, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Adalet Yayınevi*, 2011, s. 1 vd.; Evren Koç, *Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı*, Sümer Kitabevi, 2021, s. 50; Ticari hayatta ortaya çıkan elektronik ticaret sebebiyle Noterlik Kanunu m. 61'de noterlerin yapabileceği tespit işlemleri genişletilerek fiili olgu veya durumlar yanında elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem

Elektronik postalar, iletişimi kolaylaştırmakla birlikte elbette taraflar arasındaki uyuşmazlıkları da tamamen ortadan kaldırmamaktadır². Taraflar arasında yeniden uyuşmazlıklar doğmakta ve bu uyuşmazlıkların çözümü için dava (yargı) yoluna başvurulmaktadır³. Söz konusu bu davalarda ise taraflar, aralarındaki elektronik posta yazışmalarını (kayıtlarını) dava dosyalarına sunmaktadırlar⁴. Böyle durumlarda ise elektronik posta kayıtlarının delil

ve benzeri her türlü verinin de noterlerce tespit işleri kapsamında yapılabilmesi olanaklı hale gelmiştir. Noterlerce yapılan bu tespit işlemlerinin delil niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Serdar Özbek, *Noter Senetlerinde Sahtelik*, 5. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022, s. 123 vd.

² “E-ticaretin, internet aracılığıyla yaygın kullanımı, sözleşmelerin kurulmasında, sözleşme konusu edimlerin yerine getirilmesinde pek çok hukuki sorunu beraberinde getirmektedir. E-ticaretin yaygın kullanımı, hukuk sistemlerinin esas aldığı kâğıt üzerinde yazılı belgelendirme konusunun yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır.” Hakan Pekcanitez, “Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Hakan Pekcanitez (Ed.), *Prof.Dr.Hakan Pekcanitez Makaleler Cilt I*, Oniki Levha Yayınları, 2016, s. 724.

³ Bkz. “Denizbank hisselerinin satışı aşamasında davacının hiçbir katkısının bulunmadığını, iddiasına dayanarak gösterilen 10 adet elektronik postanın dev bir bankaya satışına aracılık etmek için yeterli delil olarak kabul edilemeyeceği gibi içerikleri ile satış arasında nedensellik bağının bulunmadığını...dosyaya sunulan e-mail yazışmaları ve davaluların imzasını içermeyen taslak sözleşmelere göre simsarlık ilişkisinin davacı ile davalılardan Sberbank arasında yürütüldüğünün iddia edildiği, davalı ...'a karşı havale ilişkisine dayanarak ücret talep edildiği, simsarlık ücretinin ödenmesi için Sberbank tarafından Denizbank'a talimat verildiğinin ileri sürdüğü, TBK'nın 557. maddesi uyarınca havale ilişkisinin gerçekleşmesi için havale ödevicisinin çekince belirtmeksizin havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına bildirmesi gerektiği, dava dilekçesindeki anlatımdan Denizbank'ın dava konusu ve havale ilişkisiyle bağlantısının bulunmadığı, varlığı iddia edilen havale ve simsarlık sözleşmesi tarihinde Sberbank'ın Denizbank'ın ortağı olmadığı, sonuç olarak davacı ile davalı ... arasında hukuki bir ilişki bulunmadığı..” Yargıtay 11 HD, 686/250, 13.01.2022 < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2023; “Davacı vekili, müvekkilinin davalılar ile birlikte şirket kurmak konusunda anlaşmalarını, bu konuda taraflar arasında elektronik posta mesajlarla yapılan yazışmalar olduğunu, bu amaçla müvekkilince para verildiği gibi kuruluş yolunda bir takım harcamalar yapıldığını....” Yargıtay 11 HD, 4766/3682, 30.09.2020 < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2023.

⁴ “Günümüzde, teknolojinin hayatımızdaki yeri inkâr edilemez bir aşamaya ulaşmıştır. Bundan iki yüz yıl önce henüz telefon veya telgraf dahi insan hayatına girmemişken, bugün elektronik aletlerin insan hayatını düzenlenmediği neredeyse hiçbir alan bulmamaktadır. Telefon görüşmeleri, elektronik posta yazışmaları, banka kayıtları gerektiğinde taraflarca yargılamada delil olarak sunulabilmektedir. Burada özellikle pozitif hukukla birlikte elektronik delillerin kendine has özelliklerine mutlaka dikkat edildikten sonra bir çözüm üretilmesi yerinde olacaktır.” (Bkz. Göksu, *Elektronik Delil*, s. 1, 20). “Yüzyılın sonundan itibaren elektronik belge terimi gündelik hayatımızda yer edinmeye başlamış, elektronik veri, elektronik posta ve elektronik imzalı belgelerin delil niteliği tartışılmaya başlanmıştır.” (Bkz. Koç, s. 51); “Türk hukukunda elektronik ortamda yapılan maddi ve usul hukuku işlemlerinde hızlı bir gelişim göze çarpmaktadır. Nitekim adalet hizmetlerinin elektronik ortamda

olup olmadığı, kısaca hukuki niteliğinin ne olduğunun belirlenmesi gerekir; çünkü ortada uyuşmazlığın çözümüne veya gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sağlayabilecek elektronik posta kayıtları mevcuttur⁵. İşbu sebeple mülga HUMK'tan farklı olarak elektronik postaların ispat hukuku kuralları ile ilgili uyumunun sağlanmasına yönelik HMK'da değişiklikler yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu sebeple klasik (yazılı) delillerin yanında yeni teknolojiyle ortaya çıkan ispat araçlarına da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bazı özel hükümlerde (m. 199, 205,2 veya 219,1 gibi) yer verilmiştir⁶.

Makalemizin kapsamı, güvenli elektronik imzayla ilişkilendirilmeyen elektronik postalardır; dolayısıyla güvenli elektronik imzayla oluşturulan elektronik verilerle bağlantılı elektronik posta kayıtları çalışma konumuzun kapsamı dışındadır⁷. Nitekim güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin ispat gücü HMK m. 205/2'de açıkça hükme bağlandığından, uygulamada özellikle güvenli elektronik imza ile oluşturulmamış verilerle bağlantılı elektronik postaların delil niteliği tartışma konusu yapılmaktadır. İşbu sebeple makalemizin konusu güvenli elektronik imza ile ilişkilendirilmemiş elektronik posta kayıtları olarak belirlenmiştir. Makalemizde öncelikle konuyla bağlantılı olduğu ölçüde elektronik postanın hukuki niteliği açıklanacaktır; daha sonra elektronik posta kayıtlarının hukuk yargılamasındaki Yargıtay kararları da dikkate alınarak delil değeri tartışılacaktır.

I. ELEKTRONİK POSTANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Elektronik posta (e-mail), her türlü bilgisayar, tablet ve cep telefonunda okunup yazılabilmesi için özel olarak elektronik ortamda üretilmiş ileti,

yürütülmesi amacıyla oluşturulan Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde (UYAP), dava, takip, ve diğer yargılama işlemleri elektronik ortamda gerçekleştirilmekte, her türlü veri, bilgi, belge ve karar, UYAP vasıtasıyla işlenmekte, kaydedilmekte ve saklanmaktadır. Mukayeseli hukuktaki gelişmelere ve elektronik ticaretteki hızlı büyümeye bağlı olarak, artık e-noterlik sistemi kurulmaya başlanmıştır.” (Özbek, s. 91).

⁵ Teknolojik gelişmeler dolayısıyla yüz yüze sosyal temaslar azaldığı gibi senetler, özellikle de ıslak imzalı yazılı belgeler giderek daha az kullanılmaktadır. Söz konusu gelişmeler tanık delilinin önemini de göreceli olarak azaltmaktadır. Uyuşmazlığın tarafları arasındaki iletişimin tanığı çok zaman elektronik ortamdaki kayıtlardan ibaret bulunmaktadır. Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, 2022, s. 286; Koç, s. 92

⁶ Koç, s. 50.

⁷ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erturgut, s. 175 vd; Ayşe Ece Acar, *Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği*, On İki Levha Yayınları, 2013, s. 156 vd.

veridir⁸. Elektronik veri ise en genel çerçeveyeyle elektronik ortamda yaratılan bilgiyi ifade etmektedir⁹. Bu bakımından elektronik posta, niteliği itibarıyla elektronik ortamda oluşturulmuş bir veridir. Elektronik İmza Kanunu m. 3/1-a'da ve Mahkemeler Teşkilatına İlişkin Yönetmelik¹⁰ m. 4/1-1'de elektronik veri, “*Elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtlar*” şeklinde tanımlanmıştır.

Hukuk yargılamamızda HMK m. 199'a göre, elektronik posta, bir elektronik veri olduğundan bir belge olarak kabul edilmektedir: “*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları¹¹ bu Kanuna göre belgedir*”. O halde elektronik ortamda kodlanan veriler, elektronik belge olarak nitelendirilmektedir¹². Elektronik veriler, elektronik belge sayesinde anlamlı bir fiziki bütün olarak görünür. Elektronik verinin elektronik belge şeklini alabilmesi, hukuken önemli ve gerçeği gösterir nitelikte olmasına bağlıdır ve elektronik belge ile görünür hale gelir. Belgenin görünüm şekilleri, bilgisayar belleğindeki veya veri taşıyıcılarındaki kayıtlar, bilgisayar ekranından görüntülenen veriler ya da bilgisayar çıktısı gibi kayıtlar olabilir¹³. Elektronik veri, ancak ispata elverişliyse ve hukuken anlamlı bir fiziki bütün şeklinde vakıayı gerçeğe yakın göstermekteyse elektronik belge niteliğinde kabul edilir; yoksa her elektronik veri, elektronik belgeye vücut vermez¹⁴.

⁸ Türk Dil Kurumu Sözlük, bkz. < www.sozluk.gov.tr > Erişim Tarihi 23 Ağustos 2023.

⁹ Erturgut, s. 35.

¹⁰ Bkz. Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik

¹¹ Elektronik ortamdaki veriler bilgi taşıyabilmektedir. Düzenlemedeki metinde, “bunlara benzer bilgi taşıyıcıları” ifadesiyle bu konudaki gelişmelere imkân verecek bir tanım yapılmıştır. Bkz. İbrahim Özbay, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 258.

¹² Elektronik belge aslında belge kavramının içerisinden türetilmiştir. Thomas Weibel, “Art 177”, Thomas Sutter Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Ed.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Schulthess, 2010, Nr.12.

¹³ Göksu, *Elektronik Delil*, s. 13; Elif Futtu, *Delil Başlangıcı ve Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 79-80.

¹⁴ Erturgut, s. 39; İsmet Mazlum, “Medeni Usul Hukukunda Belge ve Senet Ayrımı”, *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2012, s. 20; Futtu, s. 95; “Elektronik mesajlar, gönderildiği ve gönderilen elektronik cihazlarda kayıtlı bulunmaktadır. Buna göre, ilgili elektronik cihazlar şüphesiz birer veri taşıyıcısıdır. Veriye elektronik cihazda kayıtlı bulunan mesajlar, ses kayıtları ve görüntülerdir. Şayet bu veriler uyumsuzluk konusu vakıayı işaret edebiliyorsa Kanuna göre belge sayılabilecektir.” Ozan

II. ELEKTRONİK POSTA KAYITLARININ DELİL DEĞERİ

A. Genel Olarak

Elektronik posta kayıtlarının delil olup olmadığı, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde tartışmalıydı; çünkü kanunda açıkça elektronik postaların niteliği hüküm altına alınmamıştı. Bu dönemde elektronik postalar senet dışında belgelerin içerisinde nitelendirildiğinden Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 367'de düzenlenen özel hüküm sebepleri içerisinde değerlendirilmekteydi. Bu hükümde “*senetsiz ispatın caiz olduğu davalarda*” denilmek şekliyle özel hüküm sebeplerinin¹⁵ uygulama kapsamının içerisinde değerlendirilmekteydi¹⁶; böylece hukuki işlemlerin ispatı dışında temsili nitelik taşıyan ve hukuka aykırı olmayan her unsurun takdiri delil olabileceği kabul edilmekteydi¹⁷.

Mülga HUMK'dan farklı olarak, yeni dönemde HMK m. 199 hükmünün varlığı sebebiyle elektronik postalar elektronik ortamda veri, bilgi taşıyıcısı olduğundan açıkça doktrin ve yargı uygulamasında “*delil*” olarak kabul edilmektedir¹⁸. Daha doğru bir ifadeyle, böyle bir durumda elektronik postaya ilişkin kayıtlar, hukuk yargılamasında “*elektronik delil*” olarak nitelendirilmektedir¹⁹. Elektronik iletişimin gelişmesiyle birlikte, taraflar arasında yapılan yazışmalar deyim yerindeyse sonsuza kadar saklanabilen

Tok, *Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı*, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 73.

¹⁵ Özel hüküm sebepleri olarak adlandırılan deliller, dava konusu çekişmeli şeyi tüm duyularıyla, başka bir deyişle görme, tatma, dinleme, koklama ve dokunma yoluyla incelenerek ortaya çıkmaktadır. Burada taşınmaz dışındaki keşif durumları bu hükmün kapsamını belirlemektedir. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III*, Demir Yayıncılık, 2001, s. 2871 vd.; Haluk Konuralp, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Yetkin Yayıncılık, 2009, s. 36.

¹⁶ “*HUMK m. 367'deki 'senetsiz ispatı caiz olan davalar' ibaresi kaldırılıp yerine 'Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği haller' ibaresi getirilmiştir ki bu daha doğrudur. Çünkü başka kanunlar da caiz delil olarak bazı delilleri kabul edebilir ya da ispat faaliyetinde kullanılacak delilleri açısından sınırlandırmada bulunabilir. Senetle ispat, HMK'nın belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngördüğü bir hal olup sadece bir durumu belirtir*” Serdar Kale/Salih Keser, “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21(5), 2015, s.708.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Konuralp, *İspat*, s. 12, 37; Göksu, *Elektronik Delil*, s. 144 vd.; Erturgut, s. 117.

¹⁸ Bkz. Koç, s. 51, 73; Budak/Karaaslan, s. 285; Güray Erdönmez, *Pekcanutez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt II*, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 1771.

¹⁹ Bkz. Göksu, *Elektronik Delil*, s. 28 vd.; Koç, s. 52; Reto Fanger, *Digitale Dokumente als Beweis im Zivilprozess*, Helbing&Lichtenhahn, 2005, s. 119 vd.

elektronik iz bırakmaktadır; bu da uyumsuzluğun çözümlenmesine yardımcı olması bakımından elektronik delilleri diğer klasik delillerden önemli ölçüde ön plana çıkarmaktadır²⁰. Dolayısıyla günümüzde elektronik delil, klasik delillerden bazı özellikleriyle ayırt edilmektedir; çünkü, elektronik delil ile klasik anlamda delil (elektronik olmayan delil) arasında bazı farklar vardır:

Elektronik delilin, klasik delile göre değiştirilme riski daha yüksektir. Elektronik deliller, ancak elektronik cihazlarla veya yazıcıdan çıktısı alınarak görünür duruma gelebilirler; doğrudan çıplak gözle görünemezler. Zira, ekran veya yazıcı gibi aygıtlara ihtiyaç duyan elektronik delillerde, delil niteliğinde olan görünümün şekli değildir, doğrudan kendileridir²¹. Klasik delillerden farklı olarak elektronik delillerde, elektronik veri girişinin veya müdahalesinin kim tarafından, ne zaman, hangi cihazdan ve nasıl yapıldığı gibi çok fazla ayrıntı vardır; bu da ispatı gereken vakıa hakkında daha nitelikli bilgi edinilmesini sağlayabilir²². Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 219/1'de, klasik delillerden farklı olarak elektronik belgelerin mahkemeye ibrazı için özel bir usul hükme bağlanmıştır: “*Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Elektronik belgeler ise belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilir.*”²³ Burada şu hususu belirtmeliyiz ki, mahkemenin inceleyeceği elektronik verinin kendisidir, yoksa çıktısı alınan belge değildir²⁴.

Uyumsuzluğa konu vakıanın ispatının söz konusu olması halinde elektronik veriler, delil niteliğini kazanmaktadır. Somut olaya göre elektronik veriler; bir belge (m. 199), delil başlangıcı, keşif objesi (m. 288)²⁵ veya kanunda

²⁰ Isaak Meier, *Schweizerisches Zivilprozessrecht: Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Schulthess Juristische Medien, 2010, s. 319.

²¹ Futtu, s. 98.

²² Erturgut, s. 34; Göksu, *Elektronik Delil*, s. 30 vd.

²³ “*Burada ibraz edilecek elektronik belgenin, güvenli veya basit elektronik imza ile imzalanmış olup olmaması önemsizdir. Güvenli elektronik imza ile imzalanmamış ya da hiç elektronik imza taşımayan bir elektronik belgenin de delil olarak ibrazı gerekebilir. Belgenin ibrazı ile onun delil değeri ayrı değerlendirildiğinden böyle bir ayrıma gidilmemiştir.*” (Özbaş, s. 286).

²⁴ İbrahim Aşık, *Medeni Usul Hukukunda Keşif*, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 124-125.

²⁵ Alman hukukunda elektronik belgelerin keşif objesi oldukları, keşifle ispatın konusu oldukları kabul edilmektedir. Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO Paragraf 371a)'da elektronik belgelerin keşfin konusu olduğu belirtilmiştir. Elektronik belgelerin sadece çıktısının alınarak

düzenlenmemiş delil (m. 192)²⁶ şeklinde kabul edilebilir; burada önemli olan elektronik verinin delil olarak nitelendirilebilmesinin, delillerin tümünde bulunması gereken temsil niteliğinden kaynaklanmasıdır²⁷. Başka bir deyişle, elektronik veri, ispat konusu vakıanın gerçekleştiği konusunda hâkimde bir kanaat oluşturacak seviyeye gelmişse elektronik delil niteliğini kazanır²⁸. O halde güvenli elektronik imza dışında oluşturulmamış elektronik belgelerin kural olarak HMK m. 199 ve 202 ile bağlantılı olacak şekilde değerlendirilmesi

dava dosyasına sunulması yeterli değildir; bu tür belgelere konu olan elektronik verilerin ayrıca mahkemece teknik cihazlarla keşif konusu yapılması gerekmektedir. Buna göre keşif sonucunda bu belgelerin delil olup olmadıklarına karar verilmektedir. (Hans Jürgen Ahrens, *Der Beweis im Zivilprozess*, Ottoschmidt, Köln, 2015, s. 480, 562 vd.); İsviçre’de elektronik belgelerin, ancak bir aygıt yardımı ile dış dünyada incelenebilmesi sebebiyle keşif konusu olup olmayacağı tartışılmakla birlikte, bugün genel olarak keşfin konusu da olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Fanger, s. 133 vd.; Annette Dolge, “Art. 177”, Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Ed.), *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn, 2010, Rn 4; İsviçre’de kantonal düzeyde Medeni Usul Kanunu yapılmadan önce, İsviçre’nin bazı kantonlarında belge kavramı, keşif delili içerisinde değerlendirilmekteydi. Bkz. Weibel, Nr.1; Türk hukuk sistemimizde elektronik belgelerin keşif konusu olup olmadığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde görüşüne katıldığımız Aşık, elektronik belgelerin de keşif konusu olabileceğini; fakat bunun için elektronik belgenin veri iletim hatlarıyla mahkemeye gönderilmesi gerektiğini; mahkemenin gerekli yazılım ve donanıma sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Aşık, s. 124 vd.; Yine Mazlum, elektronik postaların kolaylıkla değiştirilmeleri söz konusu olabileceği için hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi kapsamında keşif delili ile bilgisayar ekranında görülen verileri hâkimin incelemesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Mazlum, s. 17-18.

²⁶ “*HMK’da delil türlerine tek tek yer verilmekle birlikte, bu saymanın sınırlı olmadığı ve senetle ispat zorunluluğunun öngörüldüğü haller dışında, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere (mülga HUMK’daki ismiyle özel hüküm sebeplerine) de başvurulabileceği kabul edilmiştir (m. 192). Şu var ki HMK, mülga HUMK’tan farklı olarak, deliller arasında geniş kapsamlı bir belge kavramına yer vermiştir. Belge kavramına verilen geniş anlam dikkate alındığında belge olmayan bir kanunda düzenlenmemiş delile örnek bulmak zordur.....Belge (bilgi taşıyıcı) kavramı bu geniş kapsamlı içeriğiyle m. 192 hükmünde yer alan kanunda düzenlenmemiş delilleri de kapsamaktadır*” (Budak/Karaaslan, s. 285, 316); Banka dekontları senetle ispatı zorunluluğu bulunmayan durumlarda HMK m. 192 kapsamında bir belge aynı zamanda bir delil olarak değerlendirilebilir. Ancak senetle ispatı gereken durumlarda bu hükme başvurmak mümkün olmayacağından banka dekontları bu çerçevede değerlendirilemeyecektir. Bu sebeple banka dekontu konusunda asıl sorun senetle ispat zorunluluğu bulunan durumlarda ortaya çıktığı görülmektedir. Bkz. Varol Karaaslan, “Banka Dekontu ve Havale Makbuzunun Delil Değeri”, *MİHDER*, 12(35), 2016, s. 611 vd.); Bu yönüyle elektronik posta kayıtları ile banka dekontları benzer ispat sorunları ile karşı karşıya kalmaktadır. Kanaatimizce özellikle elektronik posta kayıtlarının senetle ispat zorunluluğu olduğu durumlarda HMK m. 192 kapsamında değerlendirilmesinin bir önemi kalmamaktadır.

²⁷ Göksu, *Elektronik Delil*, s. 29.

²⁸ Göksu, *Elektronik Delil*, s. 29.

gerekir²⁹. Buna göre, elektronik posta kayıtları hem HMK m. 199 kapsamında belgedir, takdiri delildir, hem senetle ispat kuralının geçerli olduğu davalarda da bir delil başlangıcıdır³⁰. Elektronik posta kayıtlarının takdiri delil veya delil başlangıcı olarak nitelendirilmesinin önemi ispat konu olan hukuki duruma göre değişkenlik gösterebilmekle birlikte, bazı Yargıtay kararlarında bu iki kurum birbirlerinin içerisinde değerlendirmekte ve delil değeri bakımından açık bir görüş de belirtilmemektedir³¹.

B. Elektronik Posta Kayıtlarının Takdiri Delil Olması

Elektronik belgelerin delil olarak ispat gücü ise kesin veya takdiri delil

²⁹ Acar, s. 156.

³⁰ Koç, s. 52.

³¹ “Davalının da kabulünde olan söz konusu elektronik posta HMK’nun 199. maddesi gereği delil niteliğindedir”. Yargıtay 13.HD, 10021/3126, 15.03.2018 < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2023; “Öte yandan 09.04.2013 tarihli mail de davacı şirket yetkilisi Kadri Yamaçlı davalı şirkete gönderdiği, 4.623,03 USD daha ödendiği takdirde cari hesabın sıfırlanacağını bildirdiği, takip konusu faturaların tarihlerinin bu yazışmadan önce olduğu ve HMK 199 maddesi gereğince elektronik maillerin yazılı delil başlangıcı kabul edildiğine göre davacı şirket yetkilisinin isticvabına karar verilerek hesap mutabakatı bulunup bulunmadığı belirlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yeterince araştırma yapılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 23 HD, 3531/643, 21.02.2019, < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2023; “Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre; taraflar arasında yapılan sözleşmenin 2. maddesi gereğince, davacı katılımcının, ancak davalı ...’nin yazılı teyidi ile fuardan çekilme hakkına sahip olduğu, davacı tarafça dayanılan e-mail yazışmalarının, davalı tarafça kabul edilmediği HMK’nun 199. maddesinde, elektronik ortamdaki veriler belge olarak kabul edilmiş ise de, sözleşmedeki yazılı teyit hükmü ve dava değeri dikkate alındığında, sözleşmeden dönmenin kabul edildiğinin yazılı belge ile ispat edilmesi gerektiği HMK’nun 205. maddesinde, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğunun düzenlendiği, davacı tarafça ibraz edilen e-mail çıktıkları elektronik imzalı olmadığı gibi, davalı tarafça gönderildiği belirtilen e-mailin göndericisinin satış müdürü olduğunun görüldüğü, e-mail çıktısında, şirketi temsile yetkili şahsın adı dahi yazsa, elektronik imza olmadığı takdirde, o e-mail’in, şirketin temsilcisi tarafından gönderildiğinin, ikrar olmadıkça kesin olarak kabulünün mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerekçeleri, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.” Yargıtay 23 HD, 6438/4588, 15.06.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2023; “Davacı delil olarak davalı tarafından 15.9.2011 tarihli e-posta içeriğine dayandığından davacının bu delili az yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13 HD, 3033/1991, 19.02.2018 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2023; Ayrıca doktrinde Sarıgül Ata, Yargıtay’ın bazı kararlarını elektronik postaların delil değeri üzerinde tam net bir açıklama yapmaması sebebiyle eleştirmiştir. Bkz. Bersun Sarıgül Ata, “Belge ve Belgenin Delil Kuvveti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 78(1), 2020, s. 11.

olarak değişkenlik gösterebilmektedir³²; çünkü, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler söz konusu ise HMK m. 205/2 açık hükmüne göre senet hükmünde sayılacaktır³³. Böyle bir durumda ise güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş elektronik verileri içeren elektronik postalar senet hükmünde sayılacağından, kesin delil sayılması gerekecektir³⁴. Buna karşın güvenli elektronik imza dışında bir usulle imzalanarak oluşturulan belgeler davada kesin delil olarak değerlendirilemez³⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199’a göre, elektronik postalar senet olarak değil, belge olarak nitelendirildiğinden güvenli elektronik imza ile imzalanmamış verileri, uyuşmazlık konusu vakıa hakkında bilgi taşımaya elverişli olduğundan “*takdiri delil*” olarak değerlendirmek gerekir³⁶. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında her senet bir belgedir; fakat her belge bir senet değildir. Belge, senedi de kapsayacak şekilde üst kavramdır³⁷. Ayrıca, belge kavramının geniş kapsamlı içeriğiyle HMK m. 192 hükmünde yer alan “*kanunda düzenlenmemiş deliller*” kapsamında da değerlendirilmesi söz konusu olabilir³⁸. Elbette elektronik postaların delil olarak değerlendirilmesi sadece belge olmalarından ziyade, dava konusu uyuşmazlığı aydınlatıcı bir rol

³² “Doktrinde deliller, kesin deliller ve takdiri deliller şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir. Kanunda açık bir şekilde böyle bir ayrım olmamakla birlikte delillerin değerlendirilmesi noktasında kabul edilen karma sistemin bir ayrımı doğurduğu kabul edilebilir. Kesin deliller, şartlarını, hükümlerini ve sonuçlarını kanunun belirlediği ve bu şartların mevcut olması halinde hâkimin bağlı olduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı delillerdir”. “Takdiri deliller ise, koşullarını ve hükümlerini kanunun tayin etmediği delillerdir. Bu tür deliller hâkimi bağlamaz, hakim serbestçe takdir eder.” (Kale/Keser, s.714).

³³ Güvenli elektronik imzayla düzenlenmiş olan elektronik ortamdaki veriler, senet olmadıkları halde belgedir ve ispat gücü bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 205/2 gereği senet hükmündedir. Erdönmez, s. 1772.

³⁴ Koç, s. 51; Acar, s. 156; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3*, 4. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022, s. 3804; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 8. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022, s. 447.

³⁵ Erdönmez, s. 1778; Yılmaz, s. 3804.

³⁶ Bkz. Sarıgül Ata, s. 11-12; Koç, s. 51-52; Tok, s. 73; Murat Atal/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022, s. 518; Weibel, Nr.12; Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer Tobler, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Stämpfli Verlag, 2010. s. 243.

³⁷ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, 4. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2021, s. 913.

³⁸ Budak/Karaaslan, s. 285, 316; HMK m. 192 hükmünün senetle ispat zorunluluğu olan durumlarda uygulanması mümkün değildir. Karaaslan, “Dekont”, s. 611 vd.; Dolayısıyla bu hükme dayanılarak elektronik postaların delil olduğunun nitelendirilmesinin de senetle ispat zorunluluğunun olduğu durumlarda önemi kalmamaktadır.

oynamasından da kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle, elektronik postaların, delil olarak değerlendirilebilmesi, uyumsuzluk konusu vakıaların ispata elverişli olmasına bağlıdır. O halde elektronik veriler, uyumsuzluk konusu bir vakıanın ispata gündeme geldiğinde delil niteliğini kazanmaktadırlar³⁹. Ayrıca elektronik posta kayıtlarının davanın taraflarınca ileri sürülmesi ve mahkemece dikkate alınması HMK m. 189'a göre ispat hakkının da bir gereğidir⁴⁰. Buna göre, elektronik posta kayıtları kanuni istisnalar (senetle ispat zorunluluğu) dışında mahkeme tarafından serbestçe değerlendirilebilecektir (m. 198).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199 hükmü, İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 177'den model alınarak düzenlenmiştir⁴¹ ve bizdeki hükümden farklı olarak, İsviçre'deki hükümden açıkça belgelerin vakıaları ispat etmeye elverişli olması gerektiği belirtilmiştir. O halde elektronik belgelerin mutlaka dava konusu uyumsuzluğu ortaya koyacak şekilde ispata elverişli olması (Beweiseignung) gerekir⁴². Zira, İsviçre'de belge, delil türlerinden (Urkundenbeweis) en önemlisi olarak görülmektedir⁴³.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, davanın taraflarınca sözleşme yapılabilmesi amacıyla uzun bir süre karşılıklı elektronik posta yazışmaları söz konusu olmuştur; fakat bunun sonunda taraflarca kira sözleşmesi imzalanamamıştır. Davacı, elektronik posta yazışmalarını dava dosyasına sunarak davalının sebepsiz yere kira sözleşmesini ıslak imza ile imzalamaktan kaçındığını, bundan zarara uğradığını ve elektronik posta yazışmaları sonucunda kira sözleşmesinin kurulmuş sayılması gerektiğini iddia etmiştir⁴⁴.

³⁹ Göksu, *Elektronik Delil*, s. 29.

⁴⁰ Fanger, s. 120

⁴¹ Baki Kuru, "Yazılı Delil Başlangıcı", Emel Hanağası/Mustafa Göksu (Ed.), *Prof.Dr.Ejder Yılmaz Armağanı Cilt II*, Yetkin Yayıncılık, 2014, s. 1384; Baki Kuru/Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I-II*, 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2021, s. 668.

⁴² Dolge, Rn 1; Weibel, Nr. 7,8; Dominik Gasser/Rickli Brigitte, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Dike, 2010, Art 177 Rn 1; İspata elverişli olması gerektiği ifadesi İsviçre Ceza Usul Kanunu'nda (StGB Art. 110) geçmemektedir. Buna göre, ceza yargılamasındaki belge delili, hukuk yargılamasındakinden daha geniş kapsamlı olmaktadır ve her türlü belge ceza yargılamasında delil olarak kullanılabilir. Leuenberger/Uffer Tobler, s.243.

⁴³ Meier, s. 319; Weibel, Nr.1,6; Fanger, s. 122 vd.

⁴⁴ "Somut olay bakımından davacının maddi ve manevi tazminat isteminin dayanağı olan kira sözleşmesinin kurulduğunun kabul edilip edilemeyeceği, burada varılacak sonuca göre mahkemenin taraflar arasındaki ihtilâfi sözleşme değil sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan sorumluluk ilkeleri çerçevesinde değerlendirmesinin gerekip gerekmediği. (2) Davacı lehine manevi tazminat koşullarının oluşup oluşmadığı ...Davacı ... ve ... A.Ş. yetkilileri arasında yapılan görüşmelere ilişkin sunulan elektronik posta yazışmaları, dinlenen

Yargıtay davada söz konusu elektronik posta yazışmalarının bütünü delil olarak değerlendirmiştir.

Uygulamada özellikle taraflar arasında ticari ilişkinin uzunca bir süre devam ettiği durumlarda (örneğin mal alım ve satımına ilişkin), sıklıkla taraflar arasında elektronik posta yoluyla iletişim kurulmaktadır. Böyle bir durumda taraflar arasında bir güven ilişkisi olduğu için, taraflar her bir mal alım satımı için ayrıca sözleşme yapmayı pek tercih etmemektedirler. Başka bir deyişle yazılı bir sözleşme yapılmış olmamasına rağmen, taraflardan biri (avans karşılığı olsun olmasın) karşı tarafa mal alıp vermeye devam edebilmektedir. Zira taraflar arasında bir uyumsuzluk çıkmaması durumunda aslında sözleşmenin varlığının da bir önemi yoktur. Ancak taraflar arasında söz konusu satım veya cari hesap ilişkisinden kaynaklı bir uyumsuzluk çıkması durumunda ise yazılı bir sözleşme olmadığından, taraflarca yapılmış olan elektronik posta yazışmaları uyumsuzluğun çözümü bakımından önemli konuma gelmektedir⁴⁵. Özellikle tarafların tacir olmasına rağmen HMK m. 222'deki şartları taşımaması sebebiyle ticari defterlerin delil olarak kullanılamaması durumunda, uyumsuzluğun çözümlenmesinde sadece elektronik posta kayıtları söz konusu olabilmektedir. İşte böyle bir durumda

tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde "potansiyel kiracı" ... ile kiralanacak yerin yüz ölçümü, teknik şart ve koşulları, kira bedelinin ne olacağı gibi konularda müzakerelerde bulunulduğu, totem ve dış cephe tabelası gibi hususlarda tam uzlaşma sağlanamadığı, ... A.Ş. tarafından hazırlanan sözleşme metninin davacının imzasına sunulduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu sözleşme taslağından da açıkça anlaşılacağı üzere kiraya veren kişi davalılardan ... Ltd. Şti. dir ve bu şirket kira sözleşmesini kabul etmeyerek imzalamamıştır. Yukarıda değinildiği üzere kira sözleşmesinin kurulması için şekil şartı bulunmamakta ise de kiraya veren kişi ile kiracı arasında sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde mutabık kalınarak tarafların iradelerinin sözleşmenin kurulması yönünde birleşmiş olması gerekir. Somut olayda ... A.Ş. kiraya veren ... Ltd.Şti. nin temsilcisi olarak hareket etmiş ise de yetkisi yalnızca kiracı adaylarıyla sözleşme zeminini hazırlamaktan ibaret olup kira sözleşmesi imzalama yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda ... Ltd. Şti. ile davacı arasında bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez." Yargıtay HGK, 435/352, 22.03.2022 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2023.

⁴⁵ "Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkili ile davalı arasında araç alım-satımına ilişkin değişik tarihlerde yapılmış 5 ayrı anlaşma bulunduğunu, ilk ticari ilişkinin 04.05.2011 tarihinde müvekkili tarafından davalıya gönderilen elektronik posta ile kurulduğunu, bundan sonra gerçekleşen satış sözleşmelerinin pazarlık aşamaları da dahil olmak üzere elektronik posta yazışmaları ile sağlandığını, 22.05.2014 tarihli e elektronik posta yazışması ile 2522 adet aracın alım-satımı hususunda davalıya teklif yapıldığını, teklifin 30.000.000,00 euro satış bedeli karşılığında 23.05.2014 tarihinde davalı tarafça kabul edildiğini, ancak taraflar arasındaki bu sözleşmeye rağmen davalının araçları haklı ve geçerli bir sebep ileri sürmeksizin devir ve teslim etmeyerek kendi kusuru ile sözleşmeyi yerine getirmediğini ileri sürerek..." Yargıtay 11 HD, 4687/505, 24.01.2023 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2023.

dava konusu uyuşmazlığa ilişkin taraflarca oluşturulmuş elektronik postaların içeriğine bakıldığında tarafların gerçek iradesinin, örneğin avans karşılığı gerçekten mal teslim alınıp alınmadığına ilişkin vakıaların ortaya konulması sağlanabilir. Bu tür durumlarda elektronik postaların, HMK m. 199 anlamında bir belge olarak nitelendirilmesi ve her halükârda “*ispata elverişli delil*” olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁶. Nitekim Yargıtay’ın bazı kararlarında da bu husus dikkate alınarak ödemenin ispatı (delili) için elektronik posta yazışmaları ile ödeme bilgilerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır⁴⁷.

Yargıtay kararına konu olan başka bir olayda, şirket çalışanının şirketin ticari sır sayılabilecek bilgilerini elektronik posta yoluyla dava dışı üçüncü bir şirketle paylaşması sebebiyle şirket çalışanı işten çıkarılmış ve rekabet yasağı sebebiyle kendisinden tazminat talep edilmiştir. Yargıtay bu olayda ticari sırların paylaşılması noktasında elektronik posta kayıtlarının uyuşmazlığın aydınlatılmasında takdiri delil olarak değerlendirilmesine karar vermiştir⁴⁸.

⁴⁶ “İnternetin ispat hukukuna getirdiği sorunlar, kesin delille ispatın kabul edildiği ülkelerde çözümü daha zor sorunlar ortaya çıkarmıştır. Zira elektronik belgeleri geçerli delil olarak kabul etmezsek, ispat yükü üzerine düşen taraf ispat edememenin riskini taşıyacak ve davayı da muhtemelen kaybedecektir. Bu ise o ülkede veya o yerde elektronik ticaretin yapılmaması ya da yapılmaması sonucunu doğuracaktır.” (Pekcanitez, s. 726)

⁴⁷ “HMK m. 199 düzenlemesi ile mail yazışmaları da belge olarak kabul edilmiştir. O halde, mahkemece mail yazışmaları ve davacı tarafından yapılan ödemeler değerlendirilerek davacının borçlu olup olmadığına karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” Yargıtay 13 HD, 1014/4488, 10.06.2020 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2023; ayrıca bkz. Yargıtay 13 HD, 28467/26584, 08.09.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2023.

⁴⁸ “Somut olayda, İlk Derece Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde, davalının davacı nezdinde çalıştığı dönemde, kendisine tahsis edilen elektronik posta adresinden davalı Şirketin satış hedeflerine, temsilcisi olduğu markanın eczane ve ürün bazlı satış verilerine ve ticari koşullarına, satış ekibinin bölge bazlı, hedef ve realizasyonlarını içeren performans sonuçlarına, ürünlerinin eczane ve ürün bazlı satış ve ticari koşullarına, eczaneye verilecek yıl sonu iskonto tutarı verilerine ilişkin bilgileri, davacının rakibi konumundaki dava dışı Şirket çalışanına gönderdiği tespit edilmiştir. Bu husus İlk Derece Mahkemesince de ... her ne kadar davalının, şirket ile ilgili ticari sır sayılabilecek önemli bilgileri elektronik posta yoluyla gönderdiği tespit edilmiş ise de, bu bilgilerin paylaşılması nedeniyle davacının maddi bir zarara uğramadığı... şeklindeki açıklama ile davacının ticari sır niteliğinde sayılabilecek bilgileri paylaştığı kabul edilmiş olup davacının bu yöndeki kabule bir itirazı bulunmaktadır. Mahkemece davacı Şirketin ticari itibarına zarar verilmediği ve/veya bu durumun ispat edilemediği gerekçesiyle manevi tazminat talebi reddedilmiş ise de bu yöndeki kabul dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Zira hukuk düzeninin, hukuk süjesi olarak tanıdığı tüzel kişilerin, kişilik hakları kanuni koruma altında olup bu bağlamda davacı Şirketin ticari bilgileri; satış ve ürün bazlı hedeflerinin, eczane ve reçete bilgilerinin

Elektronik postaların delil olarak kullanılabilmesi için hukuka aykırı yollarla elde edilmemiş olması gerekmektedir⁴⁹. Zira, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz (m. 189/3). Örneğin elektronik posta ile gerçekleşen iletişim içeriğinin casus yazılımla hukuka aykırı bir yolla edilmesi durumunda söz konusu elektronik postanın delil veya delil başlangıcı olarak kullanılamaması gerekir⁵⁰.

Elektronik postaların delil olarak kabul edilebilmesi için ayrıca güvenilir bir şekilde oluşup oluşmadığına (sahte olup olmadığına) da dikkat edilmesi gerekmektedir⁵¹. Bu tür durumlarda hâkim, bilişim sisteminde uzman olan bir bilirkişi aracılığıyla elektronik postaların güvenilirliğini inceleyebilecektir⁵².

paylaşılması, davacının kişilik hakkına saldırı mahiyetindedir. Bu bağlamda İlk Derece Mahkemesince manevi tazminat yükümlülüğünün itibara zarar verilmesi kavramı ile sınırlı değerlendirilmesi isabelli değildir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınarak, davacı yararına davalının eylemi ile orantılı ve dosya kapsamına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9 HD, 6929/8687, 05.07.2022 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2023.

⁴⁹ Koç, s. 54.

⁵⁰ Futtu, s. 61; Tok, s. 74; “Mahkemece bozma ilamında yer alan davacının delilleri arasında gösterilen virman yazıları ve elektronik postalar üzerinde de bunların doğruluğu ve bağlayıcılığı yönünden durulmamıştır. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş öncelikle davacı delilleri arasında yer alan virman yazıları ve elektronik postalar ve özellikle 12/11/2010 tarihli ...’ın yazdığı elektronik postanın doğruluğu ve davalıyı bağlayıcılığı üzerinde durulduktan sonra davalı ile davacı arasında davacı lehine bir borcun üstlenilmesi (borcun nakli) sözleşmesi kurulup kurulmadığı hususu araştırılıp taraf defterleri arasındaki farklılığın sebebi de ortaya çıkarılıp bu hususlarda yeni bir bilirkişi kurulundan denetime elverişli rapor alınarak bozma gerekleri tam olarak yerine getirildikten sonra ortaya çıkan duruma göre uygun sonuç dairesinde bir karar vermekten ibarettir;...” gerekçesiyle hüküm davalı yararına bozulmuş...” Yargıtay HGK, 928/132, 01.03.2023 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

⁵¹ Tok, s. 74; Futtu, s. 119; “Elektronik posta hesaplarının üçüncü kişilerce spoofing gibi yöntemler ile ele geçirilmesi mümkündür. Böyle bir durumda ise elektronik postayı gönderdiği gözükten üçüncü kişinin itirazı halinde karşı tarafın bilirkişi incelemesi gibi bir karşı delil yoluyla aksini ispatlaması gerekir.” (Koç, s. 52)

⁵² “İlk olarak tartışılması gereken husus elektronik belgelere karşı, belge aleyhine kullanılacak kişinin muhalefet, üzerine bilirkişi incelemesi yapıp yapılmayacağı sorudur... Sorun, elektronik bir belgeye muhalefet edildiğinde HMK m. 211 hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanmayacağına kendisini göstermektedir. Elektronik belgelerin kaynaklanma unsuruna muhalefet edilmesi halinde bilirkişi incelemesi yaptırılması bir yandan zaman kaybına yol açabilmekte bir yandan yargılamayı daha masraflı hale getirebilmektedir. Bu yönüyle, elektronik belgelere muhalefet edilmesi halinde HMK m. 211/f.1,b,b hükmünün kıyasen uygulanmasına, yargılamanın kısa zamanda ve mümkün olduğunca az masrafla sonuçlanmasını içeren usul ekonomisi ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, itiraz edebilmesi

Hukuka aykırı yolla elde edilmemiş olmak kaydıyla, elektronik postanın güvenilir olduğuna ilişkin bilirkişi raporunda kesin bir değerlendirmede bulunulmamış olsa dahi, hâkim bu raporu HMK m. 192 gereği yine dikkate alabilecektir⁵³. Ayrıca hâkim bu tür durumlarda elektronik posta kayıtlarının oluşumuna ilişkin gerekli teknik donanıma sahip olmak şartıyla bizzat HMK m. 288 kapsamında inceleme de yapabilir. Bu tür durumlarda elektronik posta kayıtları keşif konusu içerisinde değerlendirilmelidir⁵⁴. Elektronik postalar içeriği itibarıyla davanın taraflarını veya dava dışı olmakla birlikte uyuşmazlıkla ilgili üçüncü kişileri ilgilendirebilmektedir. Bu noktada uyuşmazlık konusu elektronik postaların mahkemece incelenmesinde dava dışı üçüncü kişilerin haklarının ihlal edilmeden yalnızca davanın tarafları dikkate alınarak değerlendirilmesinde yarar vardır⁵⁵.

Uygulamada uyuşmazlık konusu ile ilgili davanın taraflarının bilirkişi raporuna karşı itiraz/beyan dilekçesi ile söz konusu elektronik posta yazışmalarının gerçek dışı olduğuna ilişkin açık bir beyanda bulunmadığı durumlar söz konusu olabilmektedir. Kanaatimizce, elektronik posta yazışmalarının doğruluğu veya davanın taraflarından birisi tarafından gönderilmediği konusunda karşı tarafça açıkça itiraz edilmediği/karşı beyan dilekçesi verilmediği durumlarda söz konusu elektronik postaların var olup olmaması HMK m. 187 hükmü gereği çekişmeli olmaktan çıkacaktır; dolayısıyla ispat konusunun da dışına çıkacaktır⁵⁶. Bu bakımdan mahkemenin söz konusu elektronik posta yazışmalarının güvenilirliği konusunda ayrıca bir bilirkişi incelemesi yaptırmasına dahi gerek kalmamaktadır⁵⁷. Ayrıca bazı Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere⁵⁸, davanın taraflarınca elektronik posta yazışmalarının doğruluğuna ilişkin yargılamanın bu aşamasına kadar aksi bir beyanda bulunulmadığı veya bilirkişi raporuna karşı bu yönden açıkça itiraz edilmediği durumlarda, davanın ilgili tarafınca bu konuda lehine usuli

mümkün olmalıdır." Tok, s. 75.

⁵³ Tok, s. 74.

⁵⁴ Aşık, s. 124 vd.

⁵⁵ Meier, s. 320.

⁵⁶ Bkz. ve karşı. Özbay, s. 275; "Dosya kapsamından bahsi geçen ön görüşmelerin ve 2008 yılı Ocak-Haziran aylarında gerçekleşen elektronik posta yazışmalarının davalılardan ...A.Ş. ile yapıldığı anlaşılmakta olup bu yön davalıların da kabulündedir." Yargıtay HGK, 435/352, 22.03.2022 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2023.

⁵⁷ Bkz. ve karşı.. Tok, s. 74, 80.

⁵⁸ Yargıtay HGK, 94/111, 18.02.2021 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 2 Ağustos 2023.

kazanılmış hak doğduğu kabul edilebilmektedir⁵⁹.

C. Elektronik Posta Kayıtlarının Delil Başlangıcı Olması

Delil başlangıcı⁶⁰, iddia konusu hukukî işlemin ispatına tamamen yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukukî işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kişi veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir (m. 202, 2). Senetle ispat zorunluluğu bulunan durumlarda⁶¹ delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir (m. 202, 1). Başka bir deyişle, delil başlangıcı, varlığı durumunda vakıa bakımından geçerli olan senetle ispat zorunluluğunu ortadan kaldıran bir delildir⁶². Yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK'taki düzenlemede yazılı delil başlangıcı olarak evrak ve vesaik kavramlarına yer verilmiş ve yazılılık temeli üzerine inşa edilmiştir⁶³. Buna

⁵⁹ Kuru, *Usul Cilt III*, s. 2753; Bilirkişi raporuna süresi içerisinde itiraz edilmemesi durumunda bilirkişi raporu, taraflar bakımından usuli kazanılmış hak teşkil etmez. Bkz. L. Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukuku*, 11. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022, s. 531.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Konuralp, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, Yetkin Yayıncılık, 2009, s. 7 vd.; Konuralp, *İspat*, s. 38 vd.; Salih Keser, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı*, Oniki Levha Yayınları, 2016, 1 vd.; Tok, s. 17 vd.; Futtu, s. 19 vd.

⁶¹ Delil başlangıcı, senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralının uygulandığı bir sistemde bulunur. Keser s.12; Senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kurallar, hukuki güvenliğin sağlanması, uyuşmazlığın daha hızlı çözülmesi, yalan tanık beyanlarının önlenmesi ve çeşitli kötüniyetli davranışların önüne geçilebilmesi amacıyla konulmuştur. Bkz. Murat Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 79 vd.; İlhan E. Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964, s. 19 vd.; Yavuz Alangoya, "Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı", Mert Namlı (Ed.), *Prof.Dr. Yavuz Alangoya Makaleler*, Beta Yayınları, 2012, s. 257; Varol Karaaslan, "Senetle İspat Mecburiyeti Gerçekten Bir Mecburiyet Mi?", *MİHDER*, 15 (44), 2019, s. 829 vd.; M. Kamil Yıldırım, "Quo Vadis Senetle İspat Zorunluluğu", *MİHBİR* (Ed.), *Prof.Dr. Necmettin Berkin'e Armağan*, Filiz Kitabevi, 2021, s. 1487 vd.

⁶² M. Kamil Yıldırım/Ozan Tok, "İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (1), 2016, s. 242; Keser, s. 214; "Delil başlangıcı delili, kanuni delillerin aksine, vakıayı doğrudan doğruya ispatlamamakta ancak hakime delillerin değerlendirilmesi bakımından bir takdir yetkisi vermektedir. Böyle bir delil ise kanuni delile ispatı gereken vakıa bakımından tam delil olarak kabul edilemez; zira delil başlangıcı kanuni bir delil değildir. O halde başlangıç ifadesinin kullanılması delil başlangıcının bir delil olmadığı manasına gelmemektedir. ... Delil başlangıcının hâkimin delillerin değerlendirilmesindeki takdir yetkisini kısıtlayan bir etkisi yoktur.; aksine delil başlangıcı, hâkimin delilleri değerlendirilmesinde takdir yetkisine sahip olan senetle ispat zorunluluğunun istisnasını teşkil eden bir delildir. O halde delil başlangıcı unsurları Kanun tarafından belirlenmiş bir takdiri delildir." Yıldırım/Tok, s. 244.

⁶³ Bkz. Hamide Özden Özkaya Ferendeci, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge

karşın 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenleme dikkate alındığında, yazıllık unsur ortadan kalkmıştır⁶⁴ ve artık delil başlangıcı belirli şartlara sahip belge olarak vurgulanmıştır⁶⁵. Böylelikle delil başlangıcı olabilecek hususlar Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199 hükmü ile daha da genişletilmiştir⁶⁶. Buna karşın bu düzenleme ile senetle ispat zorunluluğunun alanı daha daraltılmıştır⁶⁷.

Bugün doktrindeki hâkim görüş⁶⁸ HMK m. 199'un açık hükmü sebebiyle elektronik posta kayıtlarının yazıllık unsurunu içermemesine rağmen elektronik veri, belge niteliğinden ötürü delil başlangıcı olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Kanaatimizce de senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kurallarının eski dönemde olduğu gibi yeni dönemde de katı bir şekilde uygulanmaya devam edilmesi durumunda ispat ve deliller konusunda uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümlenmesi mümkün olmayacağından⁶⁹, elektronik postaların kanundaki şartları taşıması

durumunda delil başlangıcı olarak nitelendirilmesi gerektiğidir.

Kuru⁷⁰, doktrindeki hâkim görüşün aksine bir değerlendirmede bulunmuştur. Kuru, HMK m. 199'daki belge ile açıkça yalnızca uyumsuzluğa konu vakıaların ispat edilebileceğini ve bu vakıaların sonucu olan hukuki işlemlerin ispat edilemeyeceğini; zira her hukuki işlemin bir vakıaya dayanacağını ve o vakıanın belgeyle ispatı bahanesiyle senetle ispat kuralının işlemez duruma getirilebileceğini belirtmiştir. Başka bir deyişle yazar, HMK m. 199'da yer alan senet dışındaki belgelerin ve bu belgelerin başlangıçlarının da senetle ispat zorunluluğunun istisnası kabul edilmesi durumunda, senetle ispat zorunluluğuna ilişkin HMK m. 200 hükmünün dolaylı şekilde etkisiz duruma getirileceği görüşündedir. Ayrıca Kuru, HMK m. 199 hükmünün İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 177'den model alınarak düzenlenmiş olduğunu; İsviçre'de HMK m. 200'deki gibi senet ile ispat zorunluluğu kuralının olmadığını ve böyle bir belge tanımının İsviçre Usul Kanunu'nda düzenlenmesinin normal olduğunu ifade etmiştir. Buna göre Kuru, senede karşı ileri sürülen delil başlangıcının yazılı olması gerektiğini belirttiği için elektronik posta kayıtlarının delil başlangıcı olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir.

Mülga HUMK döneminde Konuralp⁷¹, güvenli elektronik imza dışında bir elektronik imza taşıyan belgelerin “*kanunda düzenlenmemiş deliller*” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini; bu açıdan delil niteliğinin olduğunun kabul edilmesi gerektiğini; belge kavramının çok geniş yorumlanmasının kanunun öngördüğü usulü tamamen kaldırmak anlamına geleceğini ve böyle bir durumda hukuki işlemler arasındaki kanuni delil sisteminin yorum yoluyla ortadan kaldırılmasının söz konusu olacağını; bu tür belgelerin delil başlangıcı olarak nitelendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199-224'te üst başlık “*belge ve senet*” olarak hükme bağlanmıştır. Elektronik postaların belge olması, ayrıca senetle ispat zorunluluğu (m. 200) ve senede karşı tanıkla ispat yasağı (m. 201) kuralının istisnası olarak HMK m. 202'e göre “*delil başlangıcı*” olarak

uygulanması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. Bkz. Karaaslan, “İspat Mecburiyeti”, s. 814 vd.; aynı yönde Yıldırım, s. 1487 vd.. Karaaslan'ın ve Yıldırım'ın bu görüşleri kanaatimizce günümüz koşulları içerisinde son derece yerindedir. Özellikle teknolojik gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan delilleri de dikkate aldığımızda senetle ispat zorunluluğunun katı bir şekilde uygulanması gerekli değildir.

⁷⁰ Kuru, “Yazılı Delil”, s. 1385 vd.; Kuru ve Aydın, s. 668-669.

⁷¹ Konuralp, *Yazılı Delil Başlangıcı*, s. 94-95.

Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri”, *DÜHFD Prof.Dr.Hakan Pekcanitez'e Aramağan*, 16 (Özel Sayı), 2014, s. 822-823; Postacıoğlu, s. 253 vd. ; “*HUMK'un yürürlükte olduğu zamanlarda, bir davada senetle ispat zorunluluğu varsa özel hüküm sebeplerine, dolayısıyla sırf yazıllık şartını sağlayamadığı için özel hüküm sebeplerinden biri olarak nitelendirilip, delil başlangıcı olarak nitelendirilemeyen bir belgeye başvurulmaktaydı. Bu da çoğu zaman hâkimi bile bile adil olmayan kararlar vermeye sevk etmekteydi.*” Futtu, s. 41.

⁶⁴ “*Nihayet, kanunda yazılı olma şartı kaldırılıp (kanunda) belge olarak sayılan ispata yönelik her türlü aracın delil başlangıcı olabileceği düzenlendiği için, ‘verilmiş olma’ nın yanı sıra, faks ve elektronik yazışmalar gibi belgeleri de kapsayacak şekilde ‘gönderilmiş olma’ durumu kanuna eklenmiştir.*” Bkz. Mustafa Göksu, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, *HÜHFD*, 1(1), 2011, s. 59.

⁶⁵ Yavaş, s. 331.

⁶⁶ Özkaya Ferendeci, s. 822; “*HMK, mülga HUMK'tan farklı olarak, deliller arasında geniş kapsamlı bir belge kavramına yer vermiştir. Belge kavramına verilen geniş anlam dikkate alındığında belge olmayan bir kanunda düzenlenmemiş delile örnek bulmak çok zordur.*” Budak/Karaaslan, s. 316.

⁶⁷ Karaaslan, “İspat Mecburiyeti”, s. 817; Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2012, s. 568.

⁶⁸ Bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 471; Erdönmez, s. 1771 vd.; Budak/Karaaslan, s. 285 vd.; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 434 vd.; Göksu, “Senet”, s. 59; Yıldırım/Tok, s. 243; Koç, s. 53; Keser, s. 114 vd.; Futtu, s. 95 vd.; Tok, s. 72 vd.

⁶⁹ Sarıgül Ata, s. 8. Doktrinde Karaaslan, senetle ispat zorunluluğunun gerçeğin bulunması için elverişli olmadığını ve hakim delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesiyle çeliştiğini; hem maddi hukuk ile hem usul hukuku arasındaki uyumsuzluğun ortadan kaldırılarak maddi hukuk bakımından hak sahibi olan kişilerin bu durumunu ispatlayamaması riskini ortadan kaldırmak hem de yargılamanın temel amaçlarından biri olan gerçeğin tespitini sağlamak için senetle ispat kuralının kaldırılarak, yerine hakim delilleri serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin

nitelendirilmesini sağlar⁷². Başka bir deyişle, senetle ispat zorunluluğunun bulunduğu durumlarda da elektronik postalar, delil başlangıcı niteliğine sahip olabilir⁷³. Burada hemen şunu vurgulamak gerekir ki, elektronik ortamdaki verilerin (elektronik postaların) delil başlangıcı sayılabilmesi, elektronik imza ile imzalanmış olmasına bağlı değildir⁷⁴. Bu husus bazı Yargıtay kararlarında da açıkça belirtilmektedir: “*E-Postalar, HMK 199 ve 202 maddeleri uyarınca delil başlangıcı niteliğinde belgedir. Dolayısıyla mahkemenin kabulünün aksine elektronik imza ile imzalanmış olması zorunlu değildir. Bu durumda davacı taraf tanık deliline de başvurduğundan hizmetin veriliş verilmemişine dair bildirilen davacı tanıklarının dinlenerek varılacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlılgı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir*”⁷⁵.”

⁷² “Dosya içeriğinden; davalının Yapı Kredi Bankası’ndan 14.04.2009 tarihinde 232.000,00 TL bedelli 72 ay vadeli konut kredisi çektiği, davacının, adına kayıtlı 13 numaralı bağımsız bölümü 21.04.2009 tarihinde davalıya satış suretiyle temlik ettiği, davalıya ait banka hesap hareketlerinden aynı tarihte 35.780,00 TL, 54.210,00 TL ve 142.010,00 TL’nin davacıya hesabına gönderildiği, kredi borcunun 05.08.2010 tarihinde kapatıldığı, taşınmazın davalı tarafından 09.05.2014 tarihinde 750.000,00 TL bedelle dava dışı İrfan’a temlik edildiği, davacının davalı ile aralarındaki alacak-borç ilişkisine yönelik elektronik posta yolu ile yapılan yazışmalara ait dökümleri dosyaya sunduğu anlaşılmaktadır. Somut olayda, davacı dosyaya HMK’nın 199. maddesi uyarınca bir yazılı delil sunamamış ise de, tarafların elektronik ortamdaki görüşmelerine ilişkin dokümanların aynı madde kapsamında belge niteliğinde olduğundan, HMK’nun 202. maddesi gereğince tanık dinlenebileceği kuşkusuzdur.” Yargıtay 1 HD, 17460/1821, 12.03.2020 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 2 Ağustos 2023.

⁷³ Bkz. Yavaş, s. 236; Koç, s. 52; Tok, s. 72.

⁷⁴ Yılmaz, s. 3666-3667; “*E-postalar HMK 199 ve 202.maddeleri uyarınca delil başlangıcı niteliğinde belgedir. Dolayısıyla mahkemenin kabulünün aksine elektronik imza ile imzalanmış olması zorunlu değildir.*” Yargıtay 23 HD, 507/3649, 12.06.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 2 Ağustos 2023.

⁷⁵ Yargıtay 23 HD, 507/3649, 12.06.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 2 Ağustos 2023; “*Davacı, eldeki davada ıslah sureti ile davalıya çeşitli tarihlerde göndermiş olduğu toplam 783.337,00 TL’nin ödeme tarihlerinden işleyecek reeskont faizi ile davalıdan tahsilini istemiş; davalı, davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, davacının davalıya taşınmaz alımı için para gönderdiğini yazılı delillerle ispat edemediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı, iddiasını ispat için davalı tarafından gönderildiğini ileri sürdüğü elektronik postaya ve banka kayıtlarına dayanmıştır. Davalının da kabulünde olan söz konusu elektronik posta HMK’nun 199. maddesi gereği delil niteliğindedir. Öte yandan, davacının şahsi hesabından davalı hesabına gönderilen havalelerin bir kısmında ‘Dalyan için ödemedir’, ‘Dalyan arsa’, ‘dalyan tarla için ödemedir’ ibareleri bulunmaktadır. Buna göre elektronik posta içeriği ile havale açıklamaları birbirini doğruladığı gibi elektronik posta içeriği delil başlangıcı niteliği taşıdığından tanık dinlenmesi mümkün olup, tanık beyanları da davacının iddialarını desteklemektedir. O halde, mahkemece, davacının şahsi hesabından ‘Dalyan için ödemedir’, ‘Dalyan arsa’, ‘dalyan tarla için ödemedir’ açıklaması ile gönderilen bedeller yönünden*

Uyuşmazlığın bir hukuki işleme ilişkin olmadığı ya da uyuşmazlık konusu hukuki işlemin HMK m. 200’deki parasal sınırı aşmadığı durumlarda elektronik belgeler, açıkça takdiri delil olarak nitelendirilecektir⁷⁶. Eğer uyuşmazlık bir hukuki fiile ilişkinse veya kanunda öngörülen parasal sınırı aşmıyorsa, hâkim delilleri serbestçe değerlendirme yetkisine sahip olacaktır⁷⁷.

Elektronik postaların özellikleri dikkate alınarak delil başlangıcı olarak değerlendirilmesine ilişkin unsurları özetle şöyle belirtebiliriz:

---Ortada Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199 anlamında bir belge bulunmalıdır. Belge, herhangi bir bilgi taşıyıcısıdır. Elbette, salt bilgi taşıyor olması, o belgenin delil olarak kullanılması için yeterli değildir. Belgenin içerdiği bilgi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı ispata elverişli olduğu sürece, yargılamada bir delil olarak kullanılabilir⁷⁸. Ancak herhalde bilgi taşıyıcısı niteliğindeki belgenin uyuşmazlık konusu vakıanın çözümüne destek sağlayacak niteliğe sahip olması gerekir (m. 187). Yukarıda⁷⁹ da açıklandığı üzere taraflar arasında yapılan elektronik posta (e-mail) yazışmaları birer belge olduğundan delil başlangıcının bu unsurunu karşılamaktadır⁸⁰.

---Bu belge, aleyhine ileri sürülen kişi veya bu kişinin temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş olmalıdır. Bir belgenin, karşı taraf aleyhine delil teşkil edebilmesi için belge ile aleyhine ileri sürülecek kimse arasında mantiki ve nesnel bir ilişkinin (bağlantının) bulunuyor olması gerekir⁸¹. Bu ilişkinin (bağlantının) bulunduğunu söyleyebilmek için öncelikle ilgili kimse ile (aleyhine dermeyan edilecek kişi) bu belge arasında bağın olduğunu gösteren

davacının davasını kanıtladığı gözetilerek, bu bedellerin hesaplanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” Yargıtay 13 HD, 10021/3126, 15.03.2018 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 2 Ağustos 2023.

⁷⁶ Tok, s. 73

⁷⁷ Tok, s. 73; Doktrinde Karaaslan haklı olarak bazı durumlarda hukuki işlem ile hukuki fiil arasında ayırım yapılmasının çok kolay olmadığını; bazen bir hukuki işlemin sadece varlığının mı yoksa o işleme ilişkin tüm unsurların mı senetle ispat edilmesi gerektiği konusunda, (Yargıtay kararları dahil) tartışmalar yaşandığını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karaaslan, “İspat Mecburiyeti”, s. 818.

⁷⁸ Tanrıver, s. 913, 943; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 455.

⁷⁹ Bkz. yuk. I.

⁸⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 472.

⁸¹ Konuralp, *Yazılı Delil Başlangıcı*, s.108.

işaretin (imza vs.) mevcut olması gerekir⁸². Örneğin taraflar arasında yazılı bir sözleşme olmamasına rağmen, uzunca bir süre uyumsuzluk çıkıncaya kadar avans karşılığı taraflar birbirine mal alıp vermeye devam etmiş olabilirler. İşte böyle bir durumda sözleşme olmadığından taraflarca yapılmış elektronik posta kayıtları önemli olacaktır. Eğer aleyhine ileri sürülen kişi söz konusu hukuki ilişkinin tarafı olan şirket çalışanınca oluşturulan elektronik posta yazışmaları varsa delil başlangıcının bu unsuru gerçekleşmiş olabilir. Zira şirket çalışanının/ temsilcisinin mutlaka vekâletnamesinin veya yazılı temsil yetkisinin bulunması da gerekmez⁸³; zira bundan önce yapılmış benzer işlemler, ilgili tarafça (aygıt sahibince) kabul edilmişse, bu halde sırf sorumluluktan kaçmak amacıyla temsil yetkisinin kaldırılmasıyla karşılaşılabilir ki bu, hakkın kötüye kullanılması olur⁸⁴. Ancak burada şu hususa işaret etmek gerekir ki, her somut olaya göre temsil yetkisinin kapsamı titizlikle irdelenmelidir; örneğin Yargıtay kararına konu olan bir olayda taraflarca belirli bir aşamaya kadar sözleşmelerin ön görüşmelerinin yapılmasına yetki verilmesine rağmen, elektronik posta yazışmalarını yapan şirket çalışanına sözleşmeyi nihai olarak imzalama yetkisi verilmemiş ve bu taraflarca da açıkça bilinmekteyse bu durumda şirket çalışanının temsil yetkisinin kapsamını aştığı kabul edilmelidir⁸⁵.

⁸² Yavaş, s. 350.

⁸³ “*Davalı şirket sadece, mahkemece 26/05/2017 tarihli ara karar ile taraflara dosyaya yansıyan e-mail yazışmaları konusunda ve davalı vekiline ... (...)’ın görev ve yetkisine dair açıklama yapmak üzere süre verilmiş olması üzerine davalı vekili tarafından yapılan 08/06/2017 tarihli açıklamada, davalı şirket çalışanı ... (...)’ın finansman bölümünde katip (kasiyer) olduğu ve yöneticilerin talimatı ile işlemleri yaptığı bildirilmiştir*” Yargıtay HGK, 928/132, 01.03.2023 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

⁸⁴ Erdönmez, s. 1843; Futtu, s. 108.

⁸⁵ “*Taraflar arasında sözleşme görüşmelerinin yapıldığı hususu uyumsuzluk konusu değildir. Kiralamaya yönelik olarak taraflar arasında bir süre yürütülen görüşmeler sonucunda oluşturulan sözleşme metni kiracı sıfatıyla davacı tarafından imzalanmış, kiralayan konumundaki ... Ltd Şti tarafından imzalanmamıştır. Yaşanan bu süreçte taraflar arasındaki uyumsuzluk, davacı ile ... arasında kira ilişkisinin kurulup kurulmadığı ve sözleşme görüşmelerinde yer alan davalı... A.Ş.’nin sıfat ve konumuna ilişkindir. Akit (sözleşme) bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce tarafların akdin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükleri üzerinde görüşmeler yapmaları olağan ve beklenen bir durumdur. Somut olayda, sözleşmesinin kurulması ile birlikte sözleşmenin uygulanmasından doğan hak ve vecibelerin davalı ... Ltd Şti ile davacıya ait olacağı bir gerçektir. Nitekim davacı tarafından dosyaya sunulan sözleşme örneği de buna işaret etmekte olup, sözleşme örneğinde davacı kiracı, davalı ... Ltd Şti ise kiralayan konumunda yer almaktadır. Davalı ... A.Ş. ise vücut bulan akitte kendisi bir vecibe yüklenmediği halde taraflar arasında akdin yapılması aşamasında davalı ... Ltd Şti adına akit görüşmelerini yürütmektedir. Bu açıdan ... ile ... arasındaki ilişkinin temsil ilişkisi olduğu kabul edilmelidir. Davalı ...’in temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları ... ile imzaladığı 14.02.2008 tarihli Pazarlama Yetki Sözleşmesinde belirtilmiş olup, bu kapsamda davalı ...’e, davacı tarafından*

---Belgenin içeriği uyumsuzluk konusu hukukî işlemi tam olarak ispat edemese de onun varlığını (kuvvetle) muhtemel göstermelidir. Bir başka ifadeyle iddia edilen vakiayı gerçeğe yakın olarak ispat etmelidir. Delil başlangıcı teşkil eden belge ile tanık deliline başvuru hakkının ortaya çıkabilmesi, ispat edilmesi gereken vakıa ile söz konusu belge arasındaki yakın ilişkiye bağlıdır. Hâkim, delil başlangıcının içeriği ile ispat edilmek istenen iddia arasında bir bağ tespit edebilmişse⁸⁶, bunu yeterli saymak gerekir⁸⁷. Örneğin taraflar arasında teati edilmiş elektronik postalara bakıldığında, davanın taraflarından birisine ait şirket yetkilisi/çalışanı tarafından karşı tarafa gönderilen elektronik postaya göre davanın tarafları arasında avans karşılığı

yöneltilen icabı kabul yetkisi tanınmamıştır. Bu hususun davacı tarafından da bilinmekte olduğu dosyaya sunulan kira sözleşmesi örneğinden anlaşılmaktadır. Nitekim sözleşme metninin 1.bölümünde kira sözleşmesinin taraflarının... Ltd Şti ve davacı ..Turkey Ltd Şti olduğu açıkça belirtilmiştir. Sözleşme görüşmeleri sırasında oluşturulan taslak metnin davacı tarafından imzalanarak karşı tarafa yöneltilmesi kural olarak bir icap ise de bu bildirim sözleşme ilişkisine dönüşebilmesi karşı tarafın kabul beyanına muhtaçtır. Davacı tarafından yöneltilen icabın sözleşmenin diğer tarafı olan davalı ... Ltd Şti tarafından açık veya örtülü şekilde kabul edildiğine ilişkin dosyaya herhangi bir delil sunulmuş değildir. Bu durumda, mahkemece taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulduğuna ilişkin kabul ve gerekçesi yerinde değildir. Bununla birlikte iddia, savunma ve toplanan deliller ışığında bir değerlendirme yapıldığında olaya ‘akit görüşmelerinden doğan sorumluluk’ kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Tarafların sözleşme görüşmelerine başlamış olması sözleşme yapma mecburiyetini doğurmasa da, sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar başlamış oldukları sözleşme görüşmelerini belli bir ciddiyet içerisinde ve dürüstlük kuralına uygun olarak devam ettirmek zorundadırlar. Taraflardan birinin tutum ve davranışları ile karşı tarafa sözleşmenin yapılacağına dair beklentileri güçlendirmişse, manevi zarardan söz edilmez. Ancak, karşı tarafın bu beklentiden dolayı masraflar yapması nedeniyle uğradığı menfi zararın güven sorumluluğu uyarınca tazmin edilmesi gerekir. Mahkemece manevi tazminat isteminin reddi ile birlikte davalı ...’in sorumluluğunun bu kapsamda değerlendirilerek sonucuna göre maddi tazminat talebi yönünden de bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olmuştur” gerekçesi ile karar bozulmuştur. Yargıtay HGK, 435/352, 22.03.2022 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2023.

⁸⁶ Bu bağın tespitinde uygulamada sıklıkla “hayatın olağan akışı” kavramından da yararlanılmaktadır. Yargıtay gerek ispat yükünün paylaşılmasında, hayatın olağan akışı kavramından yararlanarak bu kavramı delil başlangıcı yönünden dikkate almaktadır ve senede karşı tanık dinlenmesine izin vermektedir. Yargıtay senede karşı senetle ispat zorunluluğuna istisna olarak gerek HUMK gerek HMK’da açıkça yer verilmemiş olsa da hayatın olağan akışı kavramını istisna olarak uygulamaktadır. Hayatın olağan akışı, aksi ispatlanıncaya kadar doğru kabul edilen bir fiili karine olup, esasında insanların sosyal hayat içinde sergiledikleri, olağan nitelendirilen davranışlarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Alangoya, s. 257 vd.; Karaaslan, “İspat Mecburiyeti”, s. 824 vd.; Göksu, *Elektronik Delil*, s. 83 vd.; Talih Uyar, “Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu Gerekçesiyle Bir Senedin İptaline Karar Verilebilir mi?”, *Legal Hukuk Dergisi*, 13(151), 2015, s.196; Taşpınar s. 536 vd; Futtu s. 93-94; Karlı s. 598.

⁸⁷ Konuralp, *Yazılı Delil Başlangıcı*, s. 121; Yavaş, s. 362.

mal alım satım anlaşmasının var olduğu konusunda taraflar arasında karşılıklı iradelerin mevcut olduğunu; taraflar arasında belirli birkaç husus dışında bir uyumsuzluk olmadığını varsayalım. İşte bu noktada dava konusu uyumsuzluğa ilişkin olarak söz konusu elektronik posta yazışmalarının içeriğine bakıldığında davanın taraflarından birinin iddia ettiği avans bedeli karşılığında karşı tarafça malların teslim edildiğinin varlığını kuvvetle muhtemel göstermektedir.

Sonuç olarak, delil başlangıcının varlığı için gerekli yukarıda belirtilen söz konusu üç unsurun varlığı ile birlikte elektronik posta kayıtlarının delil başlangıcı olarak değerlendirilmesi mümkündür⁸⁸. Buna göre kural olarak HMK m. 200 ve 201 gereği belirli miktarın üzerine ilişkin olan yazılı olmayan sözleşmenin varlığı konusunun her ne kadar senetle (yazılı delil ile) ispat edilmesi gerekirken⁸⁹; iddia konusu ile ilgili vakıya yönelik delil başlangıcının (elektronik posta kayıtlarının) varlığı ile birlikte artık bu sözleşmenin, hukuki ilişkinin varlığı tanık ile (taksiri delil ile) de ispat edilebilecektir⁹⁰.

SONUÇ

Günümüzde teknolojinin de gelişmesiyle birlikte elektronik postalar sayesinde taraflar birbirleriyle hızlıca iletişim kurup, sözleşmelerin yapılmasında alt zemini hazırlamaktadırlar. Elektronik postalar, iletişimi kolaylaştırmakla birlikte elbette taraflar arasındaki uyumsuzlukları da tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Taraflar arasında yeniden uyumsuzluklar doğmakta ve bu uyumsuzlukların çözümü için dava (yargı) yoluna başvurulmaktadır. Söz konusu bu davalarda ise taraflar aralarındaki elektronik posta yazışmalarını (kayıtlarını) dava dosyalarına sunmaktadırlar. Böyle durumlarda ise elektronik posta kayıtlarının delil olup olmadığı, kısaca hukuki niteliğinin ne olduğunun belirlenmesi gerekir; çünkü ortada uyumsuzluğun çözümüne veya gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sağlayabilecek elektronik postalar mevcuttur.

⁸⁸ Bkz. ve karşı. Erdönmez, s. 1850; Tanrıver, s. 944-945; 15.YHD, 23.06.2015, 6944/3598.

⁸⁹ Yargıtay İBK, 20/6, 05.02.1947 < Yargıtay İBK, 20/6, 05.02.1947> Erişim Tarihi 2 Ağustos 2023.

⁹⁰ Yavaş, s. 236; Doktrinde hâkim, delil başlangıcını değerlendirerek iddia konusu hukuki işlemin var olduğuna kanaat getirmişse, yalnızca delil başlangıcına dayalı olarak hüküm tesis edilebileceği görüşü için bkz. Keser, s. 214; Doktrindeki diğer bir görüş delil başlangıcı olarak nitelendirilen belgelerin (HMK m. 202) de ayrı bir kategori oluşturduklarını ve kendi başlarına delil olarak nitelendirilemeyeceklerini; delil başlangıcı sayılabilen belgelerin, başka bir delille desteklenmedikçe, kendi başına olsa olsa ‘emare’ olarak değerlendirilebileceğinden, bunları da taksiri delil sayılan belgelerin dışında tutmak gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 518.

Elektronik posta (e-mail), her türlü bilgisayar, tablet ve cep telefonunda okunup yazılabilmesi için özel olarak elektronik ortamda üretilmiş ilet, veridir. Bu bakımından elektronik posta, niteliği itibarıyla elektronik ortamda oluşturulmuş bir veridir. Hukuk yargılamamızda HMK m. 199’a göre, elektronik posta bir belge olarak kabul edilmektedir. Buna göre elektronik ortamda kodlanan veriler, elektronik belge şeklinde nitelendirilmektedir.

Elektronik postalar, HMK m. 199 hükmünün varlığı sebebiyle “delil”, daha doğru bir ifadeyle “elektronik delil” olarak kabul edilmektedir. Elektronik veriler, uyumsuzluğa konu vakıanın ispatı söz konusu olunca delil niteliğini kazanmaktadırlar. Elektronik veriler somut olaya göre; bir belge, delil başlangıcı, keşif objesi veya kanunda düzenlenmemiş deliller olarak kabul edilebilir; burada önemli olan elektronik verinin delil olarak nitelendirilebilmesinin, tüm delillerde olması gereken temsil niteliğinden kaynaklanmasıdır.

Elektronik belgelerin delil olarak ispat gücü ise kesin veya taksiri delil olarak değişkenlik gösterebilmektedir; çünkü, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler söz konusu ise HMK m. 205/2 açık hükmüne göre senet hükmünde sayılacaktır. Böyle bir durumda ise güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş elektronik verileri içeren elektronik postalar senet hükmünde sayılacağından, kesin delil sayılması gerekecektir. Buna karşın güvenli elektronik imza dışında bir usulle imzalanarak oluşturulan belgeler davada kesin delil olarak değerlendirilemez.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199’a göre elektronik postalar senet olarak değil, belge olarak nitelendirildiğinden güvenli elektronik imza ile imzalanmamış verileri, uyumsuzluk konusu vakıa hakkında bilgi taşımaya elverişli olduğundan “taksiri delil” olarak değerlendirmek gerekir.

Elektronik postaların belge olması, ayrıca senetle ispat zorunluluğu (m. 200) ve senede karşı tanıkla ispat yasağı (m. 201) kuralının istisnası olarak HMK m. 202’e göre “delil başlangıcı” olarak nitelendirilmesini sağlar. Dolayısıyla, senetle ispat zorunluluğunun bulunduğu durumlarda da elektronik postalar, delil başlangıcı niteliğine sahip olabilir.

KAYNAKÇA

- Acar AE, *Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği*, On İki Levha Yayınları, 2013.
- Ahrens HJ, *Der Beweis im Zivilprozess*, Ottoschmidt, 2015.
- Alangoya Y, “Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı”, Mert Namlı (Ed.), *Prof.Dr. Yavuz Alangoya Makaleler*, Beta Yayınları 2012.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku*, 8. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Aşık İ, *Medenî Usul Hukukunda Keşif*, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Budak AC/Karaaslan V, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, 2022.
- Dolge A, “Art. 177”, Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Ed.), *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn, 2010.
- Erdönmez G, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt II*, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Erturgut M, *Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi*, Yetkin Yayıncılık, 2004.
- Fanger R, *Digitale Dokumente als Beweis im Zivilprozess*, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf, 2005.
- Futtu E, *Delil Başlangıcı ve Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Gasser D/Brigitte R, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Dike, 2010.
- Göksu M, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, *HÜHFD*, 1(1), 2011, s. 53-65.
- Göksu M, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*, Adalet Yayınevi 2011.
- Görgün LŞ/Börü L/Kodakoğlu M, *Medenî Usul Hukuku*, 11. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022.

- Kale S/Keser S, “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21(5), 2015, s. 701-726.
- Karaaslan V, “Banka Dekontu ve Havale Makbuzunun Delil Değeri”, *MİHDER*, 12(35), 2016, s. 611-637.
- Karaaslan V, “Senetle İspat Mecburiyeti Gerçekten Bir Mecburiyet Mi?”, *MİHDER*, 15(44), 2019, s. 813-847.
- Karlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2012.
- Keser S, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı*, On İki Levha Yayınları, 2016.
- Koç E, *Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı*, Sümer Kitabevi 2021.
- Konuralp H, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Yetkin Yayıncılık, 2009.
- Konuralp H, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, Yetkin Yayıncılık, 2009.
- Kuru B, “Yazılı Delil Başlangıcı”, Hanağası E/Göksu M (Ed.), *Prof.Dr.Ejder Yılmaz Armağanı Cilt II*, Yetkin Yayıncılık, 2014.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III*, Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru B/Aydın B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I-II*, 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Leuenberger C/Uffer Tobler B, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Stämpfli Verlag, 2010.
- Mazlum İ, “Medeni Usul Hukukunda Belge ve Senet Ayrımı”, *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2012.
- Meier I, *Schweizerisches Zivilprozessrecht: Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Schulthess Juristische Medien, 2010.
- Özbay İ, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Özbek MS, *Noter Senetlerinde Sahtelik*, 5. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022.

- Özkaya Ferendeci HÖ, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri”, *DÜHFD Prof.Dr.Hakan Pekcanitez’e Aramağan*, 16(Özel Sayı), 2014, s. 813-830.
- Pekcanitez H, “Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Hakan Pekcanitez (Ed.), *Prof.Dr.Hakan Pekcanitez Makaleler Cilt I*, Oniki Levha Yayınları, 2016.
- Postacıoğlu İE, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964.
- Sarıgül Ata B, “Belge ve Belgenin Delil Kuvveti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 78(1), 2020, s. 3-40.
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, 4. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Tok O, *Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı*, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Uyar T, “Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu Gerekeşiyle Bir Senedin İptaline Karar Verilebilir mi?”, *Legal Hukuk Dergisi*, 13(151), 2015, s. 195-201.
- Weibel T, “Art 177”, Thomas Sutter Somm/Franz Hasenböhler/ Christoph Leuenberger (Ed.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Schulthess, 2010.
- Yavaş M, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Yıldırım MK, “Quo Vadis Senetle İspat Zorunluluğu”, *Prof.Dr. Necmettin Berkin’e Armağan*, Filiz Kitabevi, 2021.
- Yıldırım MK/Tok O, “İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(1), 2016, s. 241-250.
- Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3*, 4. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA TÜKENME İLKESİ
ÇERÇEVESİNDE İKİNCİ EL YAZILIMLARININ SATIŞININ
DEĞERLENDİRİLMESİ**

EVALUATION OF THE SALES OF SECOND HAND SOFTWARE
WITHIN THE FRAMEWORK OF PRINCIPLE OF EXHAUSTION ON
INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS LAW

Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1326880](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1326880) 

Yazılımlar, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. 2 çerçevesinde eser olarak korunmaktadır. Eser üzerindeki mali ve manevi haklar eser sahibine aittir. Yayma hakkı, bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının kiralanması, ödünç verilmesi, satışa sunulması veya diğer yollarla dağıtılması gibi yetkileri içeren eser sahibinin mali haklarından biridir. Söz konusu hak, eserin aslının veya nüshalarının piyasaya sürülmesi, ticarete sunulması, ticaret mevkiine konulması olarak da ifade edilebilir. Bu çerçevede, bir eserin, eser sahibi dışında üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulabilmesi için kural olarak eser sahibinin izni gerekir. Eser sahibinin izni olmadan yazılımın hukuka uygun bir şekilde ikinci el olarak piyasaya sürülebilmesinin tek yolu tükenme ilkesinin şartlarının gerçekleşmesidir. Buna göre, i) yazılımın mülkiyetinin devrine ilişkin eylemin yayma hakkı kapsamında olması, ii) yazılımın mülkiyetin devri sonucu doğuran bir işlemle devralınması, iii) yazılımın mülkiyetinin devri sonucunu doğuran işlemin eser veya hak sahibinin izni ile yapılması, iv) devreden elindeki yazılım nüshasını yok etmesi gerekir.

* Bu makale, Anadolu Üniversitesi ve Ankara Üniversitesi Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 5 Mayıs 2023 tarihinde düzenlenen “Teknoloji ve Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu”nda sözlü tebliğ olarak sunulmuştur.

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** fbcakir.celebi@aybu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-5090-8373, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1326880.

* İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Anahtar Kelimeler: *Yayma hakkı, Yazılımların ikinci el satışı, Tükenme ilkesi, Tükenme ilkesinin uygulanma şartları, Yazılımların tükenme ilkesi kapsamında olması için bulunması gereken şartlar.*

ABSTRACT

Software is protected as a work according to the Article 2 of Law of Intellectual and Artistic Works. The financial and moral rights arising from the work belong to the owner of it. The right of distribution is one of the financial rights of the owner, which includes the authority to rent, lend, sell or distribute the original or reproduced copies of the work by other means. This right can also be expressed as marketing the original or copies of the work, offering it to trade, placing it in a commercial location. In this context, the permission of the owner of the work is required to put the work on the market by a third party. The only way for the software to be put on the secondhand market in accordance with the law without the permission of the owner of the work is to fulfill the conditions of the exhaustion principle. Accordingly, i) the act of transferring the ownership of the software must be within the scope of the right of distribution, ii) the software is acquired through a transaction that results in the transfer of ownership, iii) the transaction that results in the transfer of ownership of the software must be carried out with the permission of the owner of the work, iv) the transferor must destroy the copy of the software in his possession.

Keywords: *The right of distribution, Secondhand sales of software, The principle of exhaustion, The condition of application of the principle of exhaustion, The conditions required for software to be covered by the principle of exhaustion.*

EXTENDED ABSTRACT

For various reasons, users may want to dispose of their software. In this way, they can re-evaluate the software they purchased by paying high prices. Owners of the work have financial and moral rights over software, which is protected as works within the framework of Article 2 of Law of Intellectual and Artistic Works. The second-hand sale of software is within the scope of distribution of the owner of the work and is subject to her/his permission. In the absence of such permission, the only way for software to be sold in the second-hand market by a third party is to fulfill the conditions of the exhaustion principle. Accordingly, i) the act of transferring the ownership of the software must be within the scope of the right of distribution, ii) the software is acquired through a transaction that results in the transfer of ownership, iii) the transaction that results in the transfer of ownership of the software must be carried out with the permission of the owner of the work, iv) the transferor must destroy the copy of the software in his possession. The key point for determining whether the exhaustion principle applies to software, there must first be an act within the scope of the right to distribution. Accordingly, to apply the principle of exhaustion, first it must be accepted that the act of transferring ownership of the software is within the scope of the right to distribution. Before the software is introduced into the second-

hand market, it is imperative to first determine how it was acquired and whether this acquisition is within the scope of distribution right. Three different possibilities should be evaluated here.

The first possibility is to purchase the software installed on carriers such as CDs and DVDs. Since the software is acquired with a physical copy, there is no ambiguity as to whether the act of acquisition here is within the scope of the right to distribution.

The second possibility, which is the focus of this study, is the acquisition of software by downloading it from the internet. It has been debated for many years whether software downloaded from the internet without being installed on a physical carrier is within the scope of the right to distribution. The reason for the debate is the dominant view that the right to distribution is only applicable to works that have a physical copy. However, the Law of Intellectual and Artistic Works does not explicitly restrict distribution rights to physical formats. There is no functional or economic difference between purchasing software installed on a data carrier or downloading it from the internet. Nevertheless, ignoring technological developments, requiring a physical copy for the second-hand sale of software means preventing the second-hand market, which will reach large economic sums, and negatively affects the national economy.

The third scenario encompasses software obtained as OEM (installed on the computer). In evaluating the status of OEM-acquired software, the presence or absence of recovery CDs warrants separate consideration. Since recovery CDs have a physical existence, there is no doubt that they are within the scope of the right to distribution. In our opinion, in the absence of recovery CDs, the evaluations regarding whether the transfer of software installed on the computer with the OEM version separately from the computer is within the scope of the right to distribution are the same as the software acquired by downloading from the internet.

The second precondition for the exhaustion principle to apply stipulates that the act of the the act of distribution culminates. In this context, software license agreements, which are especially common in practice, should be evaluated. In our opinion, it should be accepted that license agreements that allow the indefinite use of the software are also within the scope of the exhaustion principle. Because there is no functional difference between such license agreements and the transfer agreement that transfers the ownership of the software copy.

Yet another condition entails that the initial sale or distribution of the software must be conducted with the authorization of the owner of the work. Once a software product is introduced into the Turkish market with the owner's consent, the rights for subsequent resale or distribution through alternative means become exhausted.

Finally, to comply with the exhaustion principle, the transferor must destroy his copy of the software. Otherwise, since the right to reproduction will be violated, it will not be possible to explain this situation with the principle of exhaustion. Concerns may

arise about how this condition will be met, but today's technological development shows that this condition can be easily met with the technical limits to be introduced.

GİRİŞ

Yazılım, donanımın çalışmasını ve işlem yapmasını sağlayan¹ çalıştırılabilir programların ve buna ait verilerin bütünü için kullanılan bir üst kavramdır². Bilgisayar programı ise donanım olarak isimlendirilen bilgisayarın işletilebilmesi için hazırlanmış, doğrudan doğruya bilgisayara hitap eden talimatlar olarak tanımlanabilir³. Diğer bir ifadeyle, bilgisayar programı, bilgisayarın kendisinden beklenen bir görevi gerçekleştirebilmesi için hazırlanan, birbiri ile uyum içerisindeki komutlar silsilesidir⁴. Görüldüğü üzere yazılım, bilgisayar programı kavramından daha geniş bir kavramdır. Yazılım, bilgisayar programının anlaşılmasına ve kullanılmasına yarayan malzemeler ile programın akış şeması ve benzeri unsurları da kapsar⁵. Buna göre, programın geliştirilmesi sırasında ortaya çıkan ve programın yapısını, işlevini ve uygulanacak usulü dilsel veya sembollerle tanımlayan ön ürünler, programın uygulama alanını tanımlayan kullanım kılavuzları ile programın nasıl çalışacağını açıklayan kitaplar da yazılım kavramı içerisinde kabul edilmektedir⁶.

Her bilgisayar programı bir yazılımken her yazılım bir bilgisayar programı değildir⁷. Ancak FSEK çerçevesinde korunabilecek “bilgisayar programı” kavramının kapsamına, program dışındaki unsurlar dahil değildir⁸. Diğer bir ifade ile bilgisayar programı olarak yalnızca programlar koruma

görmektedir⁹. Çalışmada, uygulamaya paralel bir şekilde yazılım ifadesi kullanılmış; ancak bu ifade ile FSEK çerçevesinde koruma kapsamında olan programlar kastedilmiştir. Bu çerçevede, yazılımlar FSEK m. 2 kapsamında eser olarak korunmaktadır. FSEK ile eser sahiplerine mali ve manevi haklar tanınmıştır. Eser niteliğinde olan yazılımların çoğaltılması, yayılması (piyasaya sürülmesi), umuma iletilmesi gibi mali haklar, münhasıran eser sahibine aittir. Bu hakların üçüncü kişiler tarafından kullanılabilmesi için eser sahibinin izni gerekir. Bu bağlamda, yazılımların ikinci el olarak yeniden piyasaya sürülebilmesi için de kural olarak eser sahibinin izni gerekmektedir. Yazılımların, eser sahibinden izin alınmaksızın hukuka uygun olarak yeniden piyasaya sürülebilmesinin tek yolu, tükenme ilkesinin uygulanmasının/ tükenmenin şartlarının gerçekleşmesidir. Bunun için yayma hakkı kapsamında olan bir eylem bulunmalı, yazılım, mülkiyetin devri sonucunu doğuran bir işlemle devralınmış olmalı, ilk satım veya dağıtım eser sahibinin izni ile yapılmalı ve devreden, elindeki yazılım nüshasını yok etmiş olmalıdır.

Yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağını tespiti için, her şeyden önce yazılımın yayma hakkı kapsamında kalan bir fiille devralınması gerekir. Yazılımlar, i) CD, DVD gibi maddi varlığa sahip olarak, ii) OEM sürümlü (bilgisayara yüklenmiş) olarak, iii) internet üzerinden indirilerek devralınmaktadır. Üç ihtimal de ayrıntılı olarak değerlendirilmekle birlikte, çalışma ile esas olarak internette indirilmek suretiyle devralınmış yazılımların tükenme kapsamında olup olmayacağı hususuna yoğunlaşmıştır. Bu çerçevede, konu ile yakın ilişkileri nedeniyle, çalışmanın ilk kısmında yayma, çoğaltma ve umuma iletim hakları ile genel olarak tükenme ilkesinin uygulanma şartları incelenmiş, ikinci kısımda ise yazılımların ikinci el satışının tükenme ilkesinin kapsamında olması için bulunması gereken şartlar ayrıntılı olarak irdelenmiştir.

1. YAYMA, ÇOĞALTMA VE UMUMA İLETİM HAKLARI

A. Yayma Hakkı

FSEK m. 23 uyarınca yayma hakkı, bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının kiralanması, ödünç verilmesi, satışa sunulması veya diğer

¹ Lale Ayhan İzmirli, *Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 23.

² Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 1. Bası, XII Levha, 2012, s. 415.

³ Ayhan İzmirli, s. 119.

⁴ Mustafa Fadıl Yıldırım, “Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler”, Tekin Memiş (Ed.) *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010*, Oniki Levha, 2011, s. 574. (İkinci El İşlemler)

⁵ Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 151. (Eser)

⁶ Mustafa Aksu, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, 1. Bası, Beta, 2006, s. 48-49. (Bilgisayar Programları)

⁷ Pelin Özkaya / Refik Samet, “Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, 6(1), 2020, s. 20.

⁸ Ateş, Eser, s. 152.

⁹ Bilgisayar programı kavramının kapsamına ilişkin bkz. Mustafa Aksu, “Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli Sas Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF)*, 72(1), s. 807-830.

yollarla dağıtılması gibi yetkileri içeren eser sahibinin mali haklarındandır. Bu çerçevede, yayma hakkı eserin aslının veya nüshalarının piyasaya sürülmesi, ticarete sunulması¹⁰, ticaret mevkiine konulması¹¹ olarak da ifade edilebilir. Eserin, yayma hakkı çerçevesinde piyasaya sürülmesine karar verme yetkisi, münhasıran eser sahibine aittir. Bununla birlikte, yayma hakkından bahsedilebilmesi için eserin piyasaya sürülmesinin, muhakkak ticari amaçlarla yapılması gerekmez. Ticari bir amaç bulunmasa da eserin piyasaya sürülmesi, yayma hakkı kapsamında eser sahibinin iznine tabi olacaktır¹².

FSEK 23'te yayma hakkı kapsamında eser sahibinin sahip olduğu yetkiler, kiralama, ödünç verme, satışa çıkarma ve diğer yollarla dağıtma olarak ifade edilmiştir. Hükümden anlaşıldığı üzere, yayma hakkının kullanılması için mülkiyetin devri gerekmemekte, zilyetliğin devri yeterli olmaktadır¹³. Öte yandan, hükümden geçen "diğer yollarla dağıtma" ifadesi de buradaki yetkilerin sınırlı sayı prensibi ile sayılmadığını göstermektedir. Bu çerçevede, mülkiyetin veya zilyetliğin devri sonucunu doğuran her türlü piyasaya sürme eylemi, yayma hakkı kapsamında değerlendirilir.

Borçlar hukuku anlamında kiralama, bir şey veya hakkın kullanma yetkisinin belirli bir bedel karşılığında, başkasına devrini ifade eder. FSEK m. 23 anlamında kiralama ise bir eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının belirli bir ivaz veya ekonomik bir menfaat karşılığında, sınırlı bir zaman için üçüncü bir kişinin kullanımına bırakılması şeklinde tanımlanabilir¹⁴. Buradaki ivaz veya menfaat kavramları geniş yorumlanmalıdır¹⁵. Buna göre, ivaz veya menfaat, bir bedelin ödenmesi şeklinde olabileceği gibi, herhangi bir olumlu ekonomik sonucun elde edilmesi şeklinde de olabilir¹⁶. FSEK m. 23

¹⁰ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012 s. 162.

¹¹ Bozbel, s. 113; Veysel Başpınar / Doğan Kocabey, *İnternette Fikri Hakların Korunması*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2007, s. 110.

¹² Bozbel, s. 113; Levent Yavuz / Türkay Alıca / Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. I, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, s. 943; Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 173 (Haklar); Adem Aslan, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)*, 1. Bası, Beta, 2004, s. 203; Şafak N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, 1988, s. 127.

¹³ Bozbel, s. 112.

¹⁴ Cahit Suluk / Rauf Karasu/ Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 88; Ateş, Haklar s. 416; Bozbel, s. 115; Tekinalp, s. 188.

¹⁵ Tekinalp, s. 188-189.

¹⁶ Tekinalp, s. 189.

anlamındaki kiralamadan bahsedilebilmesi için, maddi bir ortamda sabitleşmiş eser veya nüsha, *nesne* olarak, diğer bir ifadeyle **somutlaşmış** olarak bir başkasının kullanımına bırakılmalıdır¹⁷. Bu çerçevede, fikir ve sanat eserleri üzerindeki yayma hakkının belirli bir bedel karşılığında, belirli bir zaman dilimi için kullanımının devrine ilişkin sözleşmelerin, kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda, lisans sözleşmesinden bahsedilmesi gerekir.

Ödünç verme, bir şeyin kullanımının sınırlı bir süreyle, karşılıksız olarak üçüncü kişiye bırakılmasıdır¹⁸. Telif hukuku bakımından önem arz eden ödünç, kamuya verilen ödünçtür¹⁹. Diğer bir ifadeyle, telif hukukunda ödünç verme kavramıyla kamuya ödünç verme kastedilmektedir²⁰. Kamuya ödünç verme, eserin herhangi bir ticari amaç bulunmaksızın kamuya açık kurumlar tarafından toplumun yararlanmasına açık tutulmasıdır²¹. Örneğin, bir kitabın bir halk kütüphanesinde bulundurulması, belirli bir süre için okuyucuların kullanımına sunulması, kamuya ödünç verme teşkil eder. Bu durumda, ödünç veren ekonomik veya ticari bir menfaat sağlanmamakta, eserin kullanımı kamunun yararlanması için üçüncü kişilere bırakılmaktadır²². Kamuya ödünç verme de yayma hakkı kapsamında olduğundan, eser sahibinin iznine tabidir. Bu çerçevede, kütüphaneler tarafından bedeli ödenerek satın alınan kitapların eser sahibinden izin alınmaksızın okuyucuların istifadesine sunulması, eser sahibinin yayma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurur. Buna karşılık, kişisel ödünç verme yayma hakkının ihlaline neden olmaz²³.

Satışa çıkarmak, eserin belirli bir bedel karşılığında mülkiyetinin devri amacıyla satışa sunulmasını ifade eder²⁴. Diğer yollarla dağıtma ifadesi ise eserin asıl ve çoğaltılmış nüshalarının satım, kiralama ve ödünç verme dışında kalan yöntemlerle piyasaya sürülmesi olarak değerlendirilebilir²⁵. Eserin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerindeki hakkın bedelsiz olarak bir başkasına

¹⁷ Ateş, Haklar, s. 416; Tekinalp, s. 189.

¹⁸ Bozbel, s. 116; Ateş, Eser, s. 418.

¹⁹ Ateş, Haklar, s. 419.

²⁰ Nal/Suluk (Karasu), s. 88; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 947.

²¹ Ateş, Haklar, s. 419; Tekinalp, s. 190.

²² Tekinalp, s. 187-188.

²³ Nal/Suluk (Karasu), s. 88; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 947.

²⁴ Ateş, Haklar, s. 170.

²⁵ Ateş, Haklar, s. 172; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 948.

bağış yoluyla devredilmesi, nüshaların trampa sözleşmesine konu edilmesi veya şirkete sermaye olarak getirilmesi, diğer yollarla dağıtmaya örnek olarak verilebilir²⁶. Yine eserin aslı veya nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı, kiralanması veya dağıtılması da yayma hakkı kapsamındadır.

Yayma hakkı, uygulamada genellikle, çoğaltma hakkından sonra kullanılır. Bu nedenle, yayma hakkı ile çoğaltma hakkı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır²⁷. Çoğaltma hakkı, yayma hakkının hazırlayıcı bir basamağı olup, bu haklar birbirlerinin tamamlayıcısı konumundadır²⁸. Ancak, yaymanın gerçekleşmesi için çoğaltmanın yapılması şart değildir. Eserin tek nüshalık aslının piyasaya sürülmesi ile de yayma hakkı kullanılmış olur²⁹.

Doktrindeki yaygın kanaate göre, yayma eyleminin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için, eserin veya nüshalarının *fiziksel* olarak, başka bir deyişle *fiziki bir ortamda sabitlenmiş* olarak piyasaya sürülmesi gerekir³⁰. Böylece bu görüşe göre, yalnızca maddi varlığa sahip eserler yayma hakkına konu olabilir, maddi varlığa sahip olmayan eserlerin yayma hakkına konu olması mümkün değildir³¹. Zira FSEK m. 23'te sayılan fiiller ile madde metninde geçen “nüsha” ifadesi, bu görüşteki yazarlara göre, eserin sabitlemiş ve cisimleştirilmiş maddi bir eşyaya ihtiyaç gösterdiğini ifade etmektedir³². Bu çerçevede, eserin veya nüshalarının telli veya telsiz araçlarla örneğin, tele-pazarlama ve elektronik ticaret gibi yöntemlerle sabitlenmiş fiziki nüshalarla satışı da yayma niteliğindedir³³. Buna karşılık, eserin maddi varlığa sahip olmayan dijital nüshaların internetten indirilmesi (*download*) suretiyle satılması, kiralanması veya ödünç verilmesi yaymanın değil, çoğaltma veya umuma iletim haklarının konusunu oluşturur³⁴.

²⁶ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 948.

²⁷ Ali Demirbaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*, 1. Bası, Oniki Levha, 2015, s. 33.

²⁸ Bozbel, s. 110.

²⁹ Nal/Suluk (Karasu), s. 87; Demirbaş, s. 33; Başpınar/Kocabey, s. 110; Tekinalp, s. 186.

³⁰ Nal/Suluk (Karasu), s. 87; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 941; Bozbel, s. 111; Başpınar/Kocabey, s. 111.

³¹ Demirbaş, s. 32; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 942; Bozbel, s. 111.

³² Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 941; Bozbel, s. 111.

³³ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 948.

³⁴ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 948; Nal/Suluk (Karasu), s. 88; Demirbaş, s. 32; Bozbel, s. 112. Nal ve Suluk burada çoğaltma hakkının söz konusu olduğunu ifade ederken, Demirbaş ve Bozbel, bu durumun umuma iletim hakkının konusunu oluşturduğunu belirtmektedir.

Doktrindeki bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, FSEK m. 23'te yer alan “*nüsha*” ifadesi, yayma hakkının eserin yalnızca maddi kopyaları ile sınırlı olduğu yönündeki görüşü tam olarak desteklememektedir³⁵. Zira “*nüsha*” kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Diğer bir ifadeyle, *nüsha* kavramının yalnızca fiziki/maddi nüshaları ifade ettiği şekilde kesin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine söz konusu maddede yer alan “*çoğaltılmış nüsha*” ifadesi, eserin maddi çoğaltmalarının yanında gayri maddi çoğaltmalarının da yayma hakkının kapsamında olabileceği izlenimini vermektedir³⁶. Bu nedenle, FSEK m. 23'ün mevcut metninde, eserin gayri maddi nüshalarının internet üzerinden satılmasının yayma hakkı kapsamında kabul edilmesi için hiçbir hukuki engel bulunmadığı kanaatini taşımaktayız. Bu bağlamda, biz de eserin internet üzerinden indirilmek suretiyle **sürekli ve tam** yetki verilerek edinilmesi durumunun, yayma hakkı kapsamında ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz³⁷. Bununla birlikte, 2017 yılında yayımlanan 5846 sayılı FSEK'te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı m. 6'da “*Bir eserin fiziki nitelikteki aslını veya çoğaltılmış nüshalarını; kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak suretiyle yayma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*” denilerek, yayma hakkının **yalnızca eserin fiziki nüshaları** için söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Bu taslağın yasalaşması halinde, yayma hakkının kapsamına ilişkin tartışmalar sona erecek olsa da hızla gelişen teknolojik gelişmeler nedeniyle olması gereken hukuka ilişkin tartışmaların devam edeceği açıktır.

Bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının, kiralanması, ödünç verilmesi, satışa çıkarılması veya diğer yollarla dağıtılması eylemlerinin yayma kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu eylemlerin *umuma yönelik* olması gerekir³⁸. Diğer bir ifadeyle, yayma eyleminin eser sahibinin kişisel çevresi dışında bulunan, sınırlanmamış ve kontrol altında tutulamayacak üçüncü kişilere karşı gerçekleştirilmesi gerekir³⁹. Eser sahibinin kişisel alanı kapsamında bulunan satış, kiraya veya ödünç verme durumlarında yayma hakkı kullanılmış olmaz. Bu çerçevede, bir eserin piyasaya sürülmesinden önceki reklam faaliyetleri, ilan ve broşürler yayma hakkı kapsamında değerlendirilecekken, esere ilişkin katalogların eser sahibine teslimi,

³⁵ Başpınar/Kocabey, s. 113.

³⁶ Başpınar/Kocabey, s. 113.

³⁷ Aksu, UsedSoft, s. 24; Yıldırım, s. 574; Kaplan, s. 133; Dalyan, s. 144.

³⁸ Bozbel, s. 112; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 941.

³⁹ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 941;

umuma yönelik bir faaliyet olmadığından, yayma hakkının kullanımı olarak değerlendirilemeyecektir⁴⁰.

B. Çoğaltma Hakkı

Çoğaltma, eserin sabit bir madde üzerine tespit edilerek sonraki kullanımlar için elverişli hale getirilmesi işlemidir⁴¹. Bir diğer ifadeyle, eserin veya kopyalarının aynen tekrarlanmasını ve maddi bir varlık olarak tekrarlanacak şekilde nesneleştirilmesini sağlayan teknik işlem, çoğaltma olarak isimlendirilir⁴². Çoğaltma ile eserin yeni bir cisimleşmiş biçimi meydana getirilmektedir⁴³. Başka bir ifadeyle, çoğaltma, bir eserin maddi varlığının insanın duyu organları vasıtasıyla algılanabilir hale getirilmesidir⁴⁴. Bu çerçevede, bir yazarın kendi fikrini kaleme alması şeklindeki eserin ilk tespiti de bir çoğaltmadır⁴⁵.

Çoğaltmanın varlığının kabul edilebilmesi için, *eserin aslı ile aynı şekilde yararlanma imkanını veren bir kopyasının bulunması* gerekir⁴⁶. Diğer bir ifadeyle, çoğaltma aslın aynısının kopyalanmasıdır⁴⁷. Bu çerçevede, bir konserde söylenen bir şarkının videoya çekilmesi durumunda çoğaltma kapsamına giren bir eylem söz konusu olurken, şarkı söylerken fotoğraf çekilmesi çoğaltma olarak nitelendirilemez. Zira fotoğraf sonucunda eserin aslının aynısının kopyalandığı, başka bir ifadeyle eserden aynı şekilde yararlanma imkânı veren bir kopyanın oluşturulduğu söylenemez. Buna karşılık, eylemin çoğaltma sayılabilmesi için tespit türü, tarzı, kullanılan vasıta, yöntem ya da usul, kullanılan teknik veya materyal önemli değildir⁴⁸. Bir eserin el yazısıyla veya yazıcıdan çıktı alınarak kopyalanması, CD, DVD veya bilgisayarın hard diskine kaydedilmesi, el yazısı bir eserin dijital ortama aktarılması, eserin

fotokopisinin çekilmesi, çoğaltma niteliğinde eylemlerdir⁴⁹. Çoğaltma sonucu elde edilen nüsha sayısının bir önemi bulunmadığı gibi⁵⁰ eylemin çoğaltma kapsamında değerlendirilebilmesi için aslın tamamının kopyalanmış olması da gerekmemektedir⁵¹. Aslı ile aynı şekilde eserden yararlanma imkânı veren tek bir nüshanın varlığı ya da eserin kısmen kopyalanmış olması çoğaltma niteliğindedir. Bu çerçevede eserin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması, eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kaydedilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması çoğaltmaya örnek teşkil eder (FSEK m. 22/2). Bilgisayar programları açısından çoğaltma işlemi, bilgisayar programından ikinci bir kopyanın çıkarılması, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması ve depolanması gibi işlemleri kapsar (FSEK m. 22/3)⁵². Buna karşılık, bilgisayar programının ara belleğe yüklenmesinin, diğer bir ifade ile bilgisayar programının çalıştırılmasının, çoğaltma hakkını ihlal etmeyeceği, bu durumun bir kitabın okunması, bir sanat eserine bakılması gibi değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵³.

Çoğaltma için öncelikle eserin fiziksel bir ortama tespiti gereklidir⁵⁴. Eserin, CD, DVD, hard disk, kitap gibi taşıyıcı materyallerle tespiti çoğaltmadır⁵⁵. Bu durum çoğaltma hakkı ile temsil hakkı arasındaki sınırı oluşturur. Buna göre, bir şarkının konserde okunması, bir tiyatro oyununun sergilenmesi, sinema eserinin salonda gösterimi çoğaltmanın değil, temsil hakkının kapsamına girmektedir. Buna karşılık, tiyatronun veya bir şarkının CD'ye kaydedilmesi, bir güzel sanat eseri niteliğindeki tablonun takvim görselinde kullanılması, birer çoğaltma niteliğindedir.

Çoğaltma eylemi fikri ürünün niteliğine göre farklı yöntem ve araçlarla gerçekleştirilebilir. Bu çerçevede, fotokopi, matbaa gibi mekanik veya elektronik vasıtalar, işaret, ses ve görüntü nakline ve tekrarına yarayan CD, DVD gibi araçlar, geleneksel çoğaltma yöntemleri olarak nitelendirilebilir. Bilim ve teknik alandaki gelişmeler, geleneksel çoğaltma yöntemlerine ek

⁴⁰ Bozbel, s.113.

⁴¹ Ateş, Haklar, s. 164.

⁴² Tekinalp, s. 184.

⁴³ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 817.

⁴⁴ Bozbel, s.105-106.

⁴⁵ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 817.

⁴⁶ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 822.

⁴⁷ Nal/Suluk (Karasu), s. 85.

⁴⁸ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 821; Ateş, s. 165; Bozbel, s. 107.

⁴⁹ Nal/Suluk (Karasu), s. 86.

⁵⁰ Ateş, Haklar, s. 165; Nal/Suluk (Karasu), s. 85.

⁵¹ Bozbel, s. 106.

⁵² Ateş, Haklar, s. 167; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 841; Bozbel, s. 109.

⁵³ Bozbel, s. 109.

⁵⁴ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 822; Nal/Suluk (Karasu), s. 85; Bozbel, s. 106.

⁵⁵ Nal/Suluk (Karasu), s. 85.

yeni yöntemler ortaya çıkarmıştır⁵⁶. Örneğin internet sayesinde her türlü yazılı metinler, hareketli hareketsiz görüntüler, sözler ve sesler dünyanın her yerinden çok kısa bir süre içerisinde gönderilebilir ve algılanabilir hale gelmiştir⁵⁷. Bu şekilde internet ortamında bulunan eserler bilgisayarın sabit diskine, kâğıda veya CD, DVD gibi ortamlara kaydedilmek suretiyle çoğaltılabilir⁵⁸. İnternet üzerinden yapılan çoğaltmalarda eserin aslına uygun ve istenilen sayıda çoğaltma imkânı bulunmakta ve eserden milyonlarca sayıda kopya çıkarılsa bile, çoğaltılan nüshaların aslından hiçbir farkı bulunmamaktadır⁵⁹.

FSEK m. 22/1 uyarınca, “*Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.*” Buna göre, eserin aslı ve kopyalarından yapılan çoğaltma hakkı, münhasıran eser sahibine aittir. Eser sahibinin, eserden ekonomik olarak yararlanabilmesinin en eski ve en yaygın yolu olan çoğaltma hakkı, fikir ve sanat eserleri hukukunun çekirdeğini oluşturmaktadır⁶⁰. Diğer bir ifadeyle, bu hak eser korumasının özü ve temelidir⁶¹. Öyle ki, doktrinde, diğer tüm hakların, çoğaltma hakkından türediği ifade edilmektedir⁶². Eser sahibi, kendisine münhasır olarak tanınmış olan bu hakkı kendisi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de devredebilir.

Çoğaltılan nüshaların yayma hakkına konu edilmemiş olması, eylemin çoğaltma hakkı niteliğini etkilemez. Diğer bir ifadeyle, çoğaltılan nüshaların piyasaya sürülmemiş olması, ihlali ortadan kaldırmaz. Zira FSEK m. 20/1 gereğince mali haklar birbirinden bağımsızdır ve çoğaltma ile yayma hakkı ayrı eylemleri kapsayan mali haklardır.

C. Umuma İletim Hakkı

Umuma iletim hakkı, eserin radyo, televizyon, uydu ve kablo gibi telli ve telsiz yayın yapan kuruluşlar aracılığıyla veya işaret, ses ve görüntü nakline yarayan herhangi bir araç veya yöntemle umuma iletilmesi suretiyle ekonomik

⁵⁶ Ateş, Haklar, s. 167.

⁵⁷ Ateş, Haklar, s. 167.

⁵⁸ Bozbel, s. 106-107.

⁵⁹ Ateş, Haklar, s. 168.

⁶⁰ Tekinalp, s. 184.

⁶¹ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 821.

⁶² Tekinalp, s. 184; Başpınar/Kocabey, s. 114.

menfaat elde edilmesi yetkisi olarak tanımlanabilir⁶³. Geniş anlamda umuma iletim hakkı; bir eserin işaret, ses ve görüntü kaydedici nitelikteki herhangi bir cihaza tespiti yapılmadan, diğer bir ifadeyle canlı olarak, doğrudan doğruya topluma iletimini içerdiği gibi eserin doğrudan veya dolaylı olarak temsilinin işaret, ses ve görüntü tekrarına yarayan araçlara yapılan tespitlerinin sonradan yayınlanması suretiyle iletimini de içerir⁶⁴. Dar anlamda umuma iletim ise eserin aslı veya kopyalarının işaret, ses ve görüntü nakli için kullanılan araçlarla kişinin aile bağı gibi yakın ilişki içinde bulunmadığı veya özel olarak tanımlanarak sınırlandırılmamış kişilere sunulmasıdır⁶⁵.

Umuma iletim hakkı, FSEK m. 25 ile düzenlenmiştir. Buna göre, “*bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir (FSEK m. 25/1).*” Bu çerçevede, umuma iletim hakkının konusunu bir merkezden elektromanyetik dalgalarla gönderilen seslerin, işaretlerin, metinlerin veya resimlerin umuma iletilmesi ve bunların radyo, televizyon gibi alıcılar vasıtasıyla algılanabilir kılınması oluşturur⁶⁶. Umuma iletimin yayın veya yeniden yayın şeklinde gerçekleşmesinin hakkın kapsamını tespit bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Yayın hakkı gibi yeniden yayın hakkı da münhasıran eser sahibine aittir.

FSEK m. 25/2 uyarınca, “*Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.*” Hemen belirtmek gerekir ki, FSEK m. 25/2’de yer alan eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli ve telsiz araçlarla satışı veya diğer yollarla kamuya dağıtılması, yayma hakkının konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle doktrinde bir görüşe göre, bu düzenlemenin FSEK m. 23 hükmü altında yer alması daha isabetli olurdu⁶⁷.

⁶³ Ateş, Haklar, s. 187.

⁶⁴ Ereli, s. 157.

⁶⁵ Ereli, s. 57.

⁶⁶ Bozbel, s. 125.

⁶⁷ Ateş, Haklar, s. 190; Suluk/Nal (Karasu), s. 93.

Buna karşılık, doktrindeki diğer bir görüşe göre, FSEK m. 25/2’de yer alan bu düzenleme, eser sahibine yayma hakkı dışında yeni haklar tanımaktadır⁶⁸. Bu görüşe göre, eserin fiziki nüshaya dönüşmeden canlı iletiminin veya tespitinin internet ortamında online biçimde satışı ve devri, bir yönüyle gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişim sağlanması, diğer yandan da eserin telli ve telsiz araçlarla satışı niteliğindedir⁶⁹. Diğer bir ifadeyle eserin fiziki bir nüshaya dönüştürülmeden gayri maddi olarak satışı, umuma iletim hakkı kapsamında münhasıran eser sahibine aittir.

Bu çerçevede, FSEK m. 25 uyarınca, umuma iletim hakkının içerdiği yetkiler şunlardır; i) eserin radyo ve televizyon ya da uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla umuma iletilmesi, ii) eserin dijital iletim dahil işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletilmesi, iii) telli veya telsiz her türlü araçla yayımlanmış eserlerin yeniden umuma iletilmesi, iv) gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişimi sağlamak suretiyle umuma iletim. Burada makale konusu için arz ettiği önem nedeniyle özellikle son (iv.) yetkiye değinmek gerekmektedir. WIPO Telif Hakları Andlaşmasının “Kamuya İletim Hakkı” başlıklı 8. maddesi incelendiğinde FSEK m. 25/2’de yer alan bu yetkinin söz konusu Andlaşmadan esinlenerek düzenlendiği anlaşılmaktadır. Nitekim Andlaşma m. 8’e göre, “*edebiyat ve sanat eserleri sahipleri, eserlerinin telli ya da telsiz ortamda, toplum üyelerinin kendileri tarafından seçilen bir yer ve zamanda bu eserlerden kişisel olarak yararlanacak biçimde topluma iletilmesine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir*”. Hükümde geçen “*toplum üyelerinin kendileri tarafından seçilen bir yer ve zamanda bu eserlerden kişisel olarak yararlanacak biçimde topluma iletilmesi*” ifadesinin bireyler tarafından **istenilen zaman ve yerde** bir web sayfasındaki *eserlerin gözlenebilmesi veya bir internet sunucusundaki dosyaların kişisel bilgisayarlara veya çeşitli dijital ortamlara indirilebilmesi, kopyalanabilmesi, yüklenebilmesi* gibi eylemleri kastettiği ileri sürülmektedir⁷⁰. Bu çerçevede söz konusu Andlaşmadan esinlenerek kaleme alınan FSEK m. 25/2’nin de bu şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁷¹.

⁶⁸ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 1108.

⁶⁹ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 1105.

⁷⁰ Ateş, Haklar, s. 193.

⁷¹ Ateş, Haklar, s. 193.

Anılayetki bakımından merkez nokta, esere erişilebilirlik sağlanmasıdır⁷². Esere gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda erişim sağlamak, en bilinen yöntemiyle eserin internete konulması yoluyla gerçekleşir⁷³. Diğer bir ifadeyle, erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı, eserlerin elektronik ortamda, özellikle internette umuma sunulmasıyla ilgilidir⁷⁴. Esere ne zaman erişilebileceğine, ondan faydalanmanın ne zaman gerçekleşeceğine kullanıcının kendisi karar veriyorsa, erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı söz konusudur⁷⁵. Bu çerçevede, bir bilgisayar programının, bir şarkının, bir makalenin veya bir sinema filminin, gerçek kişilerin seçtiği yer veya zamanda dinlenmesi, izlenmesi, okunması, kişisel bilgisayara indirilmesine imkân verecek şekilde internet sayfasına konulması, eserin çoğaltılması ve umuma iletim hakkı kapsamında yer alır ve eser sahibinin iznini gerektirir⁷⁶.

2. YAYMA HAKKININ TÜKENMESİ

A. Genel Olarak

Yayma hakkı, eser sahibinin münhasır haklarından biridir. Buna göre, eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak eser sahibinin kararına bağlıdır⁷⁷. Ancak eser sahibine tanınmış olan bu hak, sınırsız değildir. FSEK m. 23/2’nin son cümlesi uyarınca, “*Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımını yaptıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez*.” Buna göre, eserin veya çoğaltılmış nüshaların üzerindeki mülkiyet hakkının devredilerek yayma hakkının kullanılmasından sonra, eserin aslı veya çoğaltılmış nüshasının mülkiyet hakkını devralan kişi tarafından yeniden satışı ya da dağıtımını, yayma hakkının ihlali sonucunu doğurmaz⁷⁸. Bu durum, “*yayma hakkının tükenmesi*” veya “*tükenme ilkesi*” olarak adlandırılmaktadır. Böylece eserin veya nüshalarının satışına veya dağıtımına eser sahibi

⁷² Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 1101.

⁷³ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 1101.

⁷⁴ Bozbel, s. 137.

⁷⁵ Bozbel, s. 137.

⁷⁶ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 1103.

⁷⁷ Tekinalp, s. 191.

⁷⁸ Ateş, Haklar, s. 411; Nal/Suluk (Karasu), s. 12.

tarafından bir kez izin verilmesi durumunda, bu iznin daha sonraki tüm satışlar için de geçerli olduğu kabul edilmektedir⁷⁹. Diğer bir ifadeyle, eser sahibinin izniyle, eserin aslının veya nüshalarının ülke sınırları içerisinde ilk defa satılması veya dağıtılmasından sonra yeni malikler tarafından tekrar satılması veya dağıtılması, eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez⁸⁰. Bu çerçevede, tükenme ilkesinin uygulanma şartlarının gerçekleşmesiyle beraber, yayma hakkı sona erer; ilkenin uygulanması hususunda taraf iradelerinin herhangi bir rolü olamaz, ilkenin uygulanmayacağına ilişkin sözleşme hükümleri geçersiz olur⁸¹.

Fikir ve sanat eserleri hukukunda tükenmesi ilkesi, yalnızca yayma hakkı için söz konusu olabilir. Buna göre, diğer mali hakların tükenmesinden bahsedilemez⁸². Tükenme ilkesi yayma hakkından kaynaklanır ve onunla sınırlıdır⁸³. Fakat tükenme ilkesi yayma hakkı kapsamındaki tüm fiiller için de geçerli olmaz. Zira FSEK m. 23/2'nin son cümlesi ile eserin ilk satışıyla birlikte kiralama ve kamuya ödünç verme haklarının tükenmeyeceği öngörülmüştür⁸⁴. Daha basit bir ifadeyle, bir eseri satın alan bir kimse, tükenme ilkesi çerçevesinde, daha sonra o eseri tekrar satma yetkisine sahipken, kiralama ve kamuya ödünç verme yetkilerine sahip değildir⁸⁵. Bunun için, eser sahibinin ayrıca kiralama ve kamuya ödünç verme yetkilerini de devretmesi gerekir. O halde, tükenme ilkesi sadece mülkiyetin devrine yol açan durumlarda, eser sahibinin yayma hakkı ile sınırlı olarak uygulama alanı bulabilecektir⁸⁶.

Kiralama ve kamuya ödünç vermenin tükenme ilkesinin kapsamı dışında tutulmasının nedeni, eser sahibinin izni dışında gerçekleştirilen bu hukuki işlemlerin, eser sahibinin ekonomik menfaatlerine vereceği zararın büyük olma ihtimalidir. Zira hem kiralama hem de kamuya ödünç vermenin eserin piyasadaki satışının azalmasına neden olacağı açıktır. Bu durum da

⁷⁹ Tekinalp, s. 191.

⁸⁰ Demirbaş, s. 33-34; Yıldırım, s. 573.

⁸¹ Yıldırım, s. 572.

⁸² Aslan, s. 202.

⁸³ Tekinalp, s. 191.

⁸⁴ Ateş, s. 415; Tekinalp, s. 187; Bozbel, s. 114.

⁸⁵ Ateş, s. 419.

⁸⁶ Başpınar/Kocabey, s. 111; Mustafa Aksu, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açından Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)*, 2015(1), s. 6. (Usedsoft)

eser sahibinin gelir kaybına uğramasına sebep olacaktır. Hatta doktrinde, gerçekte hiçbir eylemin eser ve mali hak sahibine kiralama ve kamuya ödünç verme kadar zararlı olmayacağı ifade edilmiştir⁸⁷. Bu nedenle, kiralama ve kamuya ödünç verme yoluyla eserin yeniden değerlendirilmesi yetkisi tükenme ilkesinin kapsamına girmeyecek⁸⁸, eser nüshasının mülkiyetinin devredilmesinden sonra da bu yetkiler eser sahibinde kalacaktır. Bu çerçevede, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını satın alan kişi, eser sahibinden izin almadığı sürece onu başkalarına kiralayamaz ve kamuya ödünç veremez.

Tükenme ilkesinin konusu, yayma hakkının soyut bir şekilde kendisi olmayıp, eserin aslı ve nüshaları üzerindeki yayma hakkıdır⁸⁹. Diğer bir ifadeyle, yayma hakkı bir bütün olarak tükenmez, yalnızca eser sahibinin izniyle piyasaya sürülmüş olan somut ürünler üzerinde tükenir⁹⁰.

Fikirve sanateserleri hukukunda, "ülkeseltükenmeilkesi" benimsenmiştir⁹¹ (FSEK m. 23/2). Bu durum, hükümde geçen "nüshaların ülke sınırları içerisinde ilk satışı ve dağıtımı" ifadesinden kolaylıkla anlaşılmaktadır. Buna göre, eser veya hak sahibi eseri bir kez Türkiye'de satmış veya dağıtmış ise eserin bundan sonraki satım veya dağıtımına müdahale edemez.

Tükenme ilkesi emredici olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda tükenme ilkesinin uygulanma şartlarının gerçekleşmesi ile yayma hakkı kendiliğinden, başka hiçbir şey yapılması gerekmeksizin tükenir. Diğer bir ifadeyle, taraflar sözleşme ile tükenme ilkesinin uygulanmayacağını kararlaştırsalar dahi FSEK m. 23/2'deki şartların gerçekleşmesiyle beraber tükenme ilkesi uygulama alanı bulur.

Tükenme ilkesi, esas olarak eser sahiplerinin menfaatleri ile eser nüshasının mülkiyetini elinde bulunduran kişilerin mülkiyet hakkına ilişkin menfaatleri arasında bir denge işlevi görmektedir⁹². Bunun yanında tükenme

⁸⁷ Tekinalp, s. 188.

⁸⁸ Suluk (Karasu/Nal), s. 12.

⁸⁹ Suluk (Karasu/Nal), s. 12; Abdullah Çelik, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali – İhlalin Sonuçları*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 192.

⁹⁰ Suluk (Karasu/Nal), s. 12; Merdivan (Yavuz/Alica), s. 957; Bozbel, s. 114.

⁹¹ Aslan, s. 205; Bozbel, s. 114; Şener Dalyan, *Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 19; Çelik, s. 192-193.

⁹² Ahunur Açıkgöz, *İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi*, 1. Bası, Oniki Levha, 2021, s. 72; Mustafa Aksu, "Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Değerlendirilmesi ve İnternette İndirilen Bilgisayar

ilkesinin diğer bir işlevi de ikinci el piyasasının oluşmasında önemli bir rol oynamasıdır. Fikir ve sanat eserleri hukukuna konu eserlere ilişkin ikinci el piyasasının gelişiminin, toplumun bilgi ve teknolojiye ulaşımını kolaylaştırarak ülkesel kalkınma ve büyümenin artmasına fayda sağlayacağı açıktır⁹³.

B. Uygulanma Şartları

1. Yayma Hakkı Kapsamına Giren Bir Eylem Bulunmalı

Fikir ve sanat eserleri hukukunda tükenme ilkesi yalnızca yayma hakkı bakımından düzenlenmiştir. Bu çerçevede, tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için, her şeyden önce yayma hakkı kapsamına giren bir eylemin bulunması gerekir. Bununla birlikte, tükenme ilkesi yayma hakkı kapsamında yer alan tüm filler için uygulanmaz. FSEK m. 23/2, kiralama ve kamuya ödünç verme yetkilerini tükenme ilkesinin kapsamı dışında bırakmıştır. Bu çerçevede, tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için ilk piyasaya sürme eyleminin satış veya dağıtım gibi bir işlemle gerçekleşmesi gerekir⁹⁴.

2. Eylem Mülkiyet Hakkının Devri Sonucunu Doğurmalı

Kanun metni kiraya ve kamuya ödünç verme eylemlerini tükenme ilkesinin kapsamı dışında bıraktığından, yayma hakkının tükenebilmesi için ilk satış ya da dağıtım ile ilişkili işlemin, eserin aslı veya nüshası üzerindeki *mülkiyet hakkının devri sonucunu doğurması* gerekir⁹⁵. Diğer bir ifadeyle, eser örneğinden *tam yararlanmaya imkân verecek şekilde kesin bir devir söz konusu olmalıdır*⁹⁶. Bu çerçevede, eserin veya nüshalarının bağış veya trampa yoluyla devredilmesi ya da bir şirkete sermaye olarak getirilmesi şeklinde dağıtılması durumunda tükenme ilkesi uygulanabilecektken, eserin veya nüshaları üzerindeki tasarruf hakkının sona ermesine neden olmayacak şekilde kiraya veya kamuya ödünç verilmesi, finansal kiralamaya konu edilmesi, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılması, bunların üzerinde rehin ve intifa hakkı kurulması durumlarında tükenme ilkesi uygulanmaz⁹⁷.

programları Açısından Yayma Hakkının Tükenmesi Sorunu”, Tekin Memiş (Ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, Yetkin Yayınevi, 2015, (Tükenme Sorunu), s. 36; Yıldırım, *Düşünceler*, s. 439; Dalyan, s. 189.

⁹³ Tükenme ilkesinin diğer faydaları için bkz. Açıkgöz, s. 73-74.

⁹⁴ Bozbel, s. 114; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 961; Başpınar/Kocabey, s. 111; Çelik, s. 195.

⁹⁵ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 961; Başpınar/Kocabey, s. 111; Dalyan, s. 190; Çelik, s. 195.

⁹⁶ Aksu, *Usedsoft*, s. 7.

⁹⁷ Bozbel, s. 115; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 962; Açıkgöz, s. 88.

3. İlk Satım veya Dağıtım Eser veya Hak Sahibinin İzni ile Yapılmış Olmalı

Yayma hakkının tükenmesi için eserin veya nüshaların Türkiye’deki ilk satım veya dağıtımının eser ya da hak sahibinin izni ile yapılmış olması gerekir⁹⁸. Eserin hak sahibinin rızasıyla satım veya diğer yollarla bir kez Türkiye’de piyasaya sürülmesiyle birlikte eserin tekrar satışı veya diğer yollarla dağıtımını yönünden hak tükenmiş olur⁹⁹.

Eserin piyasaya sürülmesi doğrudan eser sahibi tarafından yapılabileceği gibi onun izniyle üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir¹⁰⁰. Piyasaya sürme fiilinin diğer bir ifadeyle, yayma eyleminin eser sahibinin izni ile üçüncü kişi tarafından yapıldığının kabul edilebilmesi için yayma hakkının devri sözleşmesinin bulunması gerekir. FSEK m. 52 uyarınca, yayma hakkını konu alan bu sözleşmelerin yazılı olması gerekir.

Tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için satım veya diğer yollarla dağıtım şeklindeki yayma eylemlerinin devir sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, devir sözleşmesindeki sınırlar aşarak piyasaya sürülen eser nüshaları için tükenme ilkesi uygulanamaz¹⁰¹. Bu durumlarda eser sahibi, yayma hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilir. Örneğin, bin adet kitabın basım ve satışı için yetki verilen yayınevının bin iki yüz adet kitap basıp bunları piyasaya sürmesi durumunda, iki yüz adet kitap için yayma hakkının tükendiği ileri sürülemez ve eser sahibi, bunların ilk satış ve dağıtımında olduğu gibi daha sonraki satışlarda da yayma hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilir¹⁰².

4. Devralan Kişi Eseri veya Nüshalarını Kiralama ve Kamuya Ödünç Verme Dışındaki Yayma Eylemleri ile Yeniden Piyasaya Sürmüş Olmalı

Yayma hakkının tükendiğinin kabul edilebilmesi için eserin veya nüshalarının, satım veya diğer dağıtım yollarından biri ile edinilmesine ek

⁹⁸ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 961; Aslan, s. 204; Yıldırım, *İkinci El İşlemler*, s. 573; Dalyan, s. 190; Çelik, s. 194; Hamdi Pınar, *Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi*, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, 2000, s. 861.

⁹⁹ Aslan, s. 204.

¹⁰⁰ Aslan, s. 207.

¹⁰¹ Pınar, s. 863-864.

¹⁰² Aslan, s. 208.

olarak, yeniden piyasaya sürülmesinin de kiralama ve kamuya ödünç verme dışında kalan yayma eylemlerinden biri ile yapılması gerekir. Diğer bir ifadeyle, tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için, eserin aslı veya nüshasından tam yararlanmaya imkân verecek şekilde kesin bir devrin söz konusu olması gerekir. Bu çerçevede, devralan kişi tarafından eserin yeniden satışı, trampa sözleşmesi ile devredilmesi, üzerinde rehin ve intifa hakkı kurulması gibi durumlarda yayma hakkı tükeneciktir.

3. TÜKENME İLKESİ ÇERÇEVESİNDE İKİNCİ EL YAZILIMLARININ SATIŞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Kurumların teknoloji değiştirmesi, daha işlevsel bir yazılımın geliştirilmesi, işçi sayısında azaltmaya gidilmesi gibi nedenlerle kullanıcılar, sahip oldukları yazılımları elden çıkarmak isteyebilir¹⁰³. Yazılımlar yüksek ücretler ödenerek devralındığından, kullanıcılar bunları yeniden değerlendirerek, ödedikleri ücretin en azından bir kısmını geri döndürebilir¹⁰⁴. Plastiklerin dahi geri dönüştürüldüğü günümüz dünyasında en büyük yatırım araçlarından biri haline gelen yazılımların ikinci el olarak yeniden kullanılması hem çok doğal hem de ülke ekonomilerinin gelişmesini destekleyebilecek önemli bir yöntemdir.

Yazılımlar, FSEK m. 2 kapsamında eser olarak korunur. Tıpkı diğer eser türlerinde olduğu gibi yazılımlar üzerinde de eser sahiplerinin manevi ve mali hakları bulunmaktadır. Yazılımların ikinci el satışı, eser sahibinin yayma, çoğaltma ve umuma iletim hakları ile yakın ilişki içerisindedir. Bu nedenle, yazılımların *eser veya hak sahibinin iznini almadan* üçüncü kişiler tarafından ikinci el olarak satılabilmesi, yalnızca tükenme ilkesinin uygulanma şartlarının gerçekleşmesi durumunda mümkündür. Bu kapsamda yazılımlar için tükenme ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı, çeşitli ihtimaller de göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir.

B. Yazılımlar Bakımından Tükenme İlkesi

Eserin veya nüshalarının, eser sahibinin izniyle Türkiye’de ilk defa satışı veya dağıtımının yapılmasıyla yayma hakkı tükenir. Yazılımlar bakımından yayma hakkının tükendiğinin kabul edilebilmesi için, tükenmenin şartlarının

¹⁰³ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 575.

¹⁰⁴ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 575.

gerçekleşmesi gerekir. Bu çerçevede, yayma hakkı kapsamında olan bir eylem bulunmalı, ilk satım veya dağıtım eser sahibinin izni ile yapılmalı ve yazılım, kiralama ve kamuya ödünç verme dışında kalan yayma eylemleri ile piyasaya sürülmüş olmalıdır.

1. Yazılımın Mülkiyetinin Devrine İlişkin Eylemin Yayma Hakkı Kapsamında Olması

Yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağını tespiti için kilit noktayı, yayma hakkı kapsamında bir eylem bulunması şartının sağlanması oluşturmaktadır. Buna göre, tükenme ilkesinin uygulanabilmesi, diğer bir ifadeyle, yazılımların ikinci el piyasasında hak sahibinin izni gerekmeksizin satışının hukuka uygun olabilmesi için *ilk olarak yazılımın mülkiyetinin devrine ilişkin eylemin yayma hakkı kapsamında olduğunun kabul edilmesi* gerekir. Bu nedenle, yazılımların ikinci el piyasasına konulmadan önce, ilk olarak, hangi yolla elde edildiklerinin ve bu yolun yayma hakkı kapsamında olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir.

Bu kapsamda üç farklı ihtimalin değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk ihtimal yazılımların CD, DVD gibi maddi varlığa sahip olan nüshalarının satın alınması durumudur. İkinci ihtimal yazılımların bilgisayara yüklenmiş olarak devralınması durumudur. Bu durumda yazılım yeni bir bilgisayarla beraber, ilk ihtimale nazaran daha düşük bir bedelle devralınmaktadır¹⁰⁵. Uygulamada OEM sürümlü program olarak adlandırılan bu program da tıpkı normal sürüm programın işlevine sahiptir, bu programa göre bir eksiği bulunmamaktadır¹⁰⁶. Nihayet üçüncü ihtimal de yazılımların internetten indirilerek satın alınması durumudur.

a. Taşıyıcıya yüklü olarak devralınan yazılımlar için tükenme ilkesinin uygulanabilirliği

Bu ihtimalde yazılım, CD, DVD, flash bellek gibi veri taşıyıcılarına yüklü olarak devralınmaktadır. Yazılım veri taşıyıcısına yüklü olarak, diğer bir ifadeyle, fiziki bir nüsha şeklinde devralındığından, buradaki devralma eyleminin yayma hakkı kapsamında bulunup bulunmadığına dair bir fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Bu çerçevede, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla, veri taşıyıcısına yüklü olarak devralınan yazılımlar bakımından tükenme ilkesi uygulanacak, bunların eser veya hak sahibinin izni

¹⁰⁵ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 566.

¹⁰⁶ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 566.

gerekmeksizin ikinci el olarak yeniden satılabilmesi mümkün olacaktır. Hatta tükenme ilkesi emredici olarak düzenlendiğinden, eser veya hak sahibinin yazılımların devralan tarafından tekrar satılmayacağına ilişkin, sözleşmeye koyduğu kayıtlar da geçersiz olacaktır.

b. OEM sürümü olarak devralınan yazılımlar için tükenme ilkesinin uygulanabilirliği

“Original Equipment Manufacturers” ifadesinin kısaltılması olan OEM sürümü ile orijinal bilgisayar donanımı üreten ve bu bilgisayarlarla birlikte programı pazarlayan büyük firmalar için üretilmiş programlar kastedilmektedir. OEM sürümü yazılımlar da normal sürüm yazılım işlevine sahiptir, diğer yazılımlardan hiçbir farkı yoktur¹⁰⁷.

Burada incelenen ihtimalde yazılım, bilgisayar veya diğer donanımlara yüklenmiş olarak satın alınmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, burada bilgisayar ve yazılım aynı anda devralınmaktadır. Yazılımın donanımla beraber devredilmesi tamamen bir pazar stratejisi olup, amaç esasen bilgisayarın, yazılım yüklenmiş olarak kullanıma hazır bir şekilde satışa sunulması suretiyle satış oranını artırmaktır. Bu satış türünün ortaya çıktığı ilk yıllarda bilgisayarla beraber, bilgisayara yüklenmiş olan yazılımın aynısı CD’ye yüklü bir şekilde alıcıya teslim edilmekteydi. Burada amaç, bilgisayara yüklü olan yazılımla ilgili herhangi bir problem yaşandığında CD’deki yazılımın kullanılmasıydı. Bu nedenle, bu CD’ler kurtarma CD’si olarak adlandırılmaktadır. Ancak günümüzdeki bilgisayarsatışları incelendiğinde, yazılım yüklü olarak bilgisayar ve donanım satışı devam etmesine rağmen, kurtarma CD’si verilmesine yönelik uygulamanın terk edildiği görülmektedir. Bununla beraber, piyasada hala daha önce devralınan kurtarma CD’leri bulunmaktadır. Bu çerçevede, bu başlık altında hem kurtarma CD’lerinde bulunan yazılımlar hem de bilgisayar veya diğer donanımlarla beraber devralınan yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanabilir olup olmayacağını incelenmelidir.

(1) Kurtarma CD’sinde bulunan yazılımın durumu

Kurtarma CD’sinde bulunan yazılım bir veri taşıyıcısına yüklüdür ve yazılım yüklü CD bir kez devredildikten sonra eser sahibinin yayma hakkı tükenmiştir. Aslında bu ihtimalde yazılım bir veri taşıyıcısına yüklü olduğundan yukarıda “i”¹⁰⁸ başlığı altında yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

¹⁰⁷ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 566.

¹⁰⁸ Bkz. IV, C, 1, i) *Taşıyıcıya Yüklü Olarak Devralınan Yazılımlar İçin Tükenme*

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, tükenme ilkesinin uygulama alanı bulabilmesi için diğer şartların da gerçekleşmesi gerekir.

Türkiye’de yazılımların tükenme ilkesinin kapsamında olup olmadığını değerlendiren tespit edebildiğimiz kadarıyla tek yargı kararı, kurtarma CD’lerinin ikinci el satışının eser sahibinin haklarını ihlal edip etmediğine ilişkindir¹⁰⁹. Karara konu olayda davacı Verisil Şirketi¹¹⁰ OEM lisanslı bilgisayar kullanıcılarından devraldığı yazılım yüklü kurtarma CD’sinin ikinci el satıcılığını yapmaktadır. Davalı Microsoft¹¹¹, Verisil Şirketinin, ikinci el satışını gerçekleştirdiği yazılımlar nedeniyle, telif hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle İstanbul Kartal Cumhuriyet Başsavcılığına müracaat etmiş, Verisil Şirketinin elinde bulunan yazılımlara el koydurarak toplattırması ve Verisil Şirketinin bu yazılımlara ilişkin satışlarını durdurmuştur. Bunun üzerine, Verisil Şirketi tarafından yazılımların bilgisayardan silinerek, kurtarma CD’sinin ikinci el satışının Microsoft’un haklarına tecavüz oluşturmadığının tespiti talepli söz konusu dava açılmıştır. Mahkeme, yazılımın Microsoft tarafından lisans verilmek suretiyle, donanım firmasına teslim edildiği anda, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla¹¹², tükenme ilkesinin sonuçlarının ortaya çıkacağına hükmetmiştir¹¹³.

(2) OEM sürümü olarak devralınan yazılımların durumu

Kurtarma CD’si bulunmaksızın OEM sürümü olarak devralınan, diğer bir ifadeyle, kurtarma CD’si verilmeksizin bilgisayarla beraber satın alınmış olan yazılımların, bilgisayardan ayrı, ikinci el satışlarının telif ihlali olup olmadığını da değerlendirilmesi gerekir. Buradaki mesele, kurtarma CD’sinin ikinci el satışına göre çok daha karışıktır. Zira bu ihtimalde, bilgisayarla beraber

İlkesinin Uygulanabilirliği.

¹⁰⁹ İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2011/96, K. 2014/117, KT. 27.06.2014. Söz konusu ilk derece mahkemesinin kararının onandığı Yargıtay Kararı: Yargıtay 11 HD. E. 2014/17376, K. 2015/8772, T. 13.07.2015 (www.kararara.com) Erişim Tarihi 10 Temmuz 2023.

¹¹⁰ Verisil Bilgisayar Elektronik İletişim Tek. Ve Yay. Dış. Tic. Ltd. Şti.

¹¹¹ Microsoft Corporation.

¹¹² Mahkeme Microsoft tarafından verilen lisansın süresiz olduğu, yazılım başka bir bilgisayarda kullanılmaması gerektiği şeklindeki diğer tükenmenin uygulanma şartlarına da yüzeysel olsa da değinmiştir.

¹¹³ Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Fadıl Yıldırım, “Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler Konusunda Kesinleşmiş Bir Yargı Kararı Üzerine Düşüncelerimiz”, Tekin Memiş (Ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2015*, Yetkin Yayınları, 2017, s. 413-444. (Düşünceler)

devralınan yazılımın ikinci el devri için bir CD'ye yüklenmesi veya internet üzerinden paylaşılması gibi, eser sahibinin çoğaltma veya umuma iletim hakları kapsamında değerlendirilebilecek eylemler söz konusudur. Bu nedenle, bu yazılımların eser veya hak sahibinin izni olmadan ikinci el satışlarının mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Zira tükenme ilkesi yalnızca yayma hakkı kapsamındaki satım ve diğer yollarla dağıtım altında değerlendirilebilecek eylemler için uygulama alanı bulur. Fakat bize göre, “*İnternette indirilerek devralınan yazılımlar için tükenme ilkesinin uygulanabilirliği*” başlığı altında yazılımların ikinci el satışına ilişkin değinilen gerekçeler burada da geçerlidir. Nitekim, CD, DVD gibi veri taşıyıcısına yüklenmiş olarak satılan yazılımlar ile bilgisayara yüklenmiş olan yazılımlar arasında işlevsel ve ekonomik bir fark bulunmamaktadır. Aksini kabul, günümüzün teknolojik gelişmelerini göz ardı etmek anlamına gelecektir. Bu nedenle, kanaatimizce, bilgisayarla beraber devralınan yazılımlar bakımından da diğer şartların gerçekleşmesi kaydıyla tükenme ilkesinin uygulanacağını kabul edilmesi gerekmektedir¹¹⁴.

c. İnternette indirilerek devralınan yazılımlar için tükenme ilkesinin uygulanabilirliği

Fiziksel bir taşıyıcıya yüklü olmaksızın internette indirilerek devralınan yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı, doktrinde uzun yıllardır tartışılmaktadır¹¹⁵. Tartışmanın ana nedenini, yayma hakkının yalnızca fiziki bir nüshaya kavuşmuş eserler bakımından kullanılabilmesi yönündeki baskın görüş oluşturmaktadır¹¹⁶. Bu görüşe göre, yazılımın internette indirilmesi durumunda fiziki bir nüsha bulunmadığından yayma hakkının kapsamına giren bir eylem bulunmamaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, burada ancak umuma iletim veya çoğaltma haklarının kapsamına giren eylemler söz konusu olabilir¹¹⁷. Çoğaltma ve umuma iletim haklarının da tükenmesi mümkün olmadığından, bir eseri internette indirmek suretiyle satın alan bir kişinin, eser sahibinin izni olmadan bunu tekrar satması veya diğer yollarla dağıtması mümkün değildir.

¹¹⁴ Karşı; Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 583-584.

¹¹⁵ Aksu, Usedssoft, s. 8; Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 580; Mustafa Aksu, “Bilgisayar Programlarında Yayma Hakkının Tükenmesi Hususunda Güncel Gelişmeler ve Alman Federal Mahkemesinin Usedssoft III Kararı Üzerine Düşünceler”, Tekin Memiş (Ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014, 2016* (Düşünceler), s. 21; Bozbel, s. 435.

¹¹⁶ Memiş, s. 111; Merdivan (Türkay/Alica), s. 1108; Dalyan, s. 138.

¹¹⁷ Dalyan, s. 138.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, CD, DVD gibi bir veri taşıyıcısı ile alınan yazılımların ikinci el olarak tekrar satımı mümkünken internette indirilen yazılımlar için mümkün olmaması menfaat dengesine uymamaktadır¹¹⁸. Hele ki gelişen teknolojiyle beraber artık yazılımların ticaretinin doğrudan internette üzerinden yapılması¹¹⁹ sonucunda, böyle bir ayırım ticari hayatın akışına ters düşmektedir. Milyonlarca lira ödenerek alınmış bir yazılımın sırf internette indirilerek devralındığı için yeniden değerlendirilememesi hakkaniyete de uygun düşmemektedir. Yazılımın CD veya DVD gibi bir taşıyıcıya yüklenmiş olarak piyasaya sunulması ile internette indirilmesi arasında ekonomik olarak da bir fark yoktur¹²⁰. Esasen yazılımların internette indirmek suretiyle devri ile taşıyıcı aracılığı ile devri arasında işlevsel bir farklılık da bulunmamaktadır¹²¹. Zira ister taşıyıcı aracılığıyla ister taşıyıcısız olarak devralınmış olsun, yazılımın çalıştırılması için bilgisayara yüklenerek geçici veya kalıcı çoğaltılması gerekir¹²². Buna ek olarak, diğer eser türlerinin aksine, yazılımların veri taşıyıcısına yüklenmiş kopyalarının zamanla yıpranması ve kalite kaybına uğraması söz konusu değildir¹²³. Bu nedenlerle, bilgisayar programına klasik bir yaklaşımdan ziyade işlevsel bir bakış açısıyla ve özü itibarıyla bakılması gerekir¹²⁴. Bu çerçevede, FSEK m. 23'ü teknolojik gelişmeleri ve bilgisayar programının kendine has özelliklerini göz ardı edip yalnızca lafzi yorumla değerlendirerek diğer bütün koşulları sağlayan gayri maddi nitelikteki kopyaların tükenme ilkesi kapsamı dışında tutmak pek ikna edici görünmemektedir.

Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), 2012 yılında verdiği meşhur *UsedSoft* kararında, yazılımların internette indirilerek edinilmesi

¹¹⁸ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 581; Bozbel, s.436.

¹¹⁹ Yin Harn Lee, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp (Case C-128/11) – Sales of “Used” Software and the Principle of Exhaustion*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 2012, s. 847.

¹²⁰ Peter Menzei, *Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion in the Online Environment*, *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2015, 6(1), s. 47; Hilty, M. Reto/Köklü, Kaya/Hafenbradl, Fabian, *Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the Usedssoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 2013, s. 275.

¹²¹ Bozbel, s. 436.

¹²² Dalyan, s. 129.

¹²³ Açıkgöz, s. 156.

¹²⁴ Aksu, s. 18.

durumunda, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla tükenme ilkesinin uygulanabileceğini kabul etmiştir¹²⁵. Ancak bu kararın dayanağının, 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönergesinin¹²⁶ (2009/24 sayılı Yönerge) tükenme ilkesini düzenleyen m. 4/2’de bulunan “*that copy*”¹²⁷ ifadesi olduğunun belirtilmesi gerekir. AB Hukukunda tüm eser türleri bakımından uygulama alanı bulan genel düzenleme olan Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılmasına Dair 2001/29 sayılı Yönerge¹²⁸ m. 4/2¹²⁹’de bu kavrama karşılık “*that object*” ifadesi kullanılmıştır. “*That object*” ifadesinin eserin maddi/fiziki nüshalarına atıf yaptığı belirtilmektedir¹³⁰. Buna karşılık, ABAD, 2009/24 sayılı Yönerge m. 4/2’deki “*program kopyasının ilk satımı/the first sale of a copy of a program*” ifadesinden yayma hakkının tükenmesi için fiziki bir nüshanın bulunması gerektiği sonucunun çıkarılamayacağını, aksine düzenlemede “*program kopyası/copy of a program*” ibaresi kullanılarak kopyanın fiziki bir taşıyıcıya bağlanmış olup olmaması arasında bir ayırım yapılmadığını ifade etmiştir¹³¹. Gerçekten de Türkçe’ye obje, nesne, cisim olarak çevrilen “*that object*” ifadesinin aksine “*that copy*” ifadesinden, programın bir veri taşıyıcıya yüklenmiş olması veya

¹²⁵ Judgment of the Court (Grand Chamber), 03.07.2012, C-128/11, UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=EN>, Erişim Tarihi 06 Temmuz 2023, (UsedSoft olarak kısaltılacaktır).

¹²⁶ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of April 23. 2009 on the Legal Protection of Computer Programs.

¹²⁷ İlgili maddenin tam metni şu şekildedir: “*The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, with the exception of the right to control further rental of the program or a copy thereof.*” Söz konusu düzenleme “*hak sahibinin veya onun izniyle programın kopyasının toplulukta ilk satımı, program veya kopyasının daha sonra kiralanmasını kontrol etme hakkı dışında, bu kopyanın topluluk içerisindeki yayma hakkını tüketir.*” şeklinde Türkçe’ye çevrilebilir.

¹²⁸ Directive 2001/21/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society.

¹²⁹ İlgili maddenin tam metni şu şekildedir: “*The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent.*” Söz konusu düzenleme “*Yayma hakkı, eserin aslı veya nüshalarının hak sahibi tarafından veya onun izniyle topluluk içerisinde ilk satışı veya mülkiyetinin diğer yollarla devri durumu dışında tükenmez*” şeklinde Türkçe’ye çevrilebilir.

¹³⁰ Bently, L./ Sherman, B./ Gangjee, D./ Johnson, P., *Intellectual Property Law*, 5. Baskı, 2018, s. 151.

¹³¹ UsedSoft, para. 55-56; Hilty/Köklü/Hafenbradl, s. 282.

olmaması arasında bir ayırım yapıldığı sonucu çıkarılamaz¹³². ABAD’a göre, 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönergesi, 2001/29 sayılı Yönergeye göre özel hüküm niteliğindedir ve *bilgisayar programının internetten indirilmesi suretiyle yayma hakkı tükenmiştir*¹³³. ABAD’ın internetten indirilen bilgisayar programları için tükenme ilkesinin gerçekleşeceğine hükmettiği *UsedSoft* kararının dayanaklarından biri de 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönergesinde yalnızca maddi varlığı olan nüshaların yayma hakkına konu alabileceği şeklinde bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Zira 2001/29 sayılı Yönergenin 28 numaralı paragrafında yalnızca maddi varlığı olan nüshaların yayma hakkına konu olabileceği düzenlenmiştir¹³⁴. Böyle bir karar verilebilmesinin diğer bir gerekçesi de kanaatimizce 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönergesinde umuma iletim hakkının düzenlenmemesidir.

Doktrinde 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönergesi m. 4/2’nin FSEK’te karşılığının bulunmaması nedeniyle *UsedSoft* kararının Türk hukukunda uygulanamayacağı ifade edilmiştir¹³⁵. Kanaatimizce FSEK m. 23’te yer alan “*aslı ve çoğaltılmış nüsha*” ifadesi geniş yorumlanarak bu sorun aşılabilmelidir. Zira FSEK m. 23’te kullanılan “*nüsha*” ifadesi, 2001/29 sayılı Yönergenin aksine FSEK’te tanımlanmış değildir. Diğer bir ifadeyle, yayma hakkını maddi varlığı olan eser örnekleriyle sınırlandıran bir hukuki düzenleme de FSEK’te bulunmamaktadır. Yazılımların bir taşıyıcıya yüklü olarak satım veya diğer yollarla dağıtım ile internetten indirilerek satım ve dağıtım arasında da ekonomik ve işlevsel bir fark bulunmadığından, kanaatimizce internetten indirilmek suretiyle devralınan yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanmasında da hukuki bir engel yoktur. Aksi yöndeki kabul, ülkemizde yeni yeni ortaya çıkmaya başlayan ikinci el yazılım piyasasının ciddi şekilde sınırlandırılması sonucunu doğurur¹³⁶. Yazılımların artık tamamen internet üzerinden indirilerek devralındığı gerçeği karşısında, teknolojik gelişmeler göz ardı edilerek tükenme ilkesinin uygulanması için maddi bir nüshanın bulunması gerektiği yönündeki ısrar büyük bir ekonomik

¹³² Menzei, s. 46; Açıköz, s. 118.

¹³³ *UsedSoft*, Para., 56,89; Hilty/Köklü/Hafenbradl, s. 282.

¹³⁴ Lee, s. 853.

¹³⁵ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 972. Yine Açıköz; *UsedSoft* kararında bilgisayar programlarının yayma hakkına ve tükenmeye konu olmasına yönelik tespitlerin Türk hukukunda uygulanabilir olduğunu söylemenin zor olduğunu ifade etmiştir, Açıköz, s. 144.

¹³⁶ Aynı yönde; Aksu, *Tükenme Sorunu*, s. 44.

hacme sahip olabilecek ikinci el yazılım sektörünü tabiri caizse doğmadan öldürecektir. Bu durumun da tüketicinin yazılıma daha uygun fiyatlarla ulaşmasını engelleyerek ülkemizdeki teknolojik gelişmeyi ve ekonomik büyümeyle yavaşlatacağı kesindir.

2. Yazılım Mülkiyetin Devri Sonucunu Doğuran Bir İşlemlerle Devralınmış Olmalı

Tükenme ilkesinin uygulanması için yaymanın yani piyasaya sürmenin ilk olarak satım veya dağıtım şeklinde gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, tükenmenin gerçekleşmesi için yayma eyleminin mülkiyetin devri sonucunu doğurması gerekir. Yazılım nüshasının devrine ilişkin bir sözleşmesinin bulunması durumunda bu şartın sağlanacağı açıktır. Ancak uygulamaya bakıldığında yazılımların daha çok lisans sözleşmesine konu olduğu tespit edilecektir¹³⁷. Lisans sözleşmeleri *hakın kullanımının devrini* konu alan sözleşmelerdir. Diğer bir ifadeyle, lisans sözleşmesi yazılımın mülkiyetinin devri sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, ilk bakışta yazılım nüshasını¹³⁸ konu alan lisans sözleşmesi, mülkiyetinin devri sonucunu doğurmadığı için burada tükenme ilkesinin uygulanmayacağı düşünülebilir¹³⁹. Ancak yazılım nüshasının *süresiz şekilde ve kesin olarak (tam) kullanılmasına* imkân sağlayan lisans sözleşmelerinin de tükenme ilkesinin uygulanması için yeterli olduğunun kabul edilmesi gerekir¹⁴⁰. Tükenme ilkesi için önemli olan, yazılım nüshasının süresiz şekilde ve kesin olarak (tam) kullanılmasına imkân sağlayan bir sözleşmenin bulunmasıdır¹⁴¹. Zira böyle bir sözleşme ile yazılım nüshasının mülkiyetinin devrine neden olan devir sözleşmesi arasında işlevsel olarak hiçbir fark bulunmamaktadır. Bu nitelikteki yazılım lisans sözleşmelerinin de ilk satım veya dağıtım kapsamında kabul edilmesi gerekir¹⁴². O halde, önemli olan, doğrudan sözleşmenin hukuki niteliği değil,

¹³⁷ Lisans sözleşmesinin daha çok tercih edilmesinin sebebinin tükenme ilkesinin uygulanmasını önlemek olduğu hususu için bkz. Dalyan, s. 203.

¹³⁸ Burada “*nüsha*” ifadesi “*fiziki bir nüsha*” anlamında kullanılmamıştır. Buradaki kullanımın amacı FSEK m. 2 çerçevesinde eser olan yazılım üzerindeki hakların devrinin değil yazılımın bir örneğinin devrinin söz konusu olmasıdır.

¹³⁹ Menzei, s. 40.

¹⁴⁰ Aksu, *Usedsoft*, s. 19; Aksu, *Tükenme Sorunu*, s. 37; Menzei, s. 42.

¹⁴¹ Aksu, *Usedsoft*, s. 19; Mustafa Aksu, “İnternet Üzerinden Yayılan Eserlerde Tükenme İlkesi? (Dijital Tükenme İlkesi?)”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)*, 2016/1, (Dijital Tükenme), s. 12; Aksu, *Tükenme Sorunu*, s. 37.

¹⁴² *UsedSoft*, Para., 48.

karşı tarafa tanınan hukuki pozisyonun hukuki niteliği ve kapsamıdır¹⁴³.

Burada son olarak ifade etmek gerekir ki, tükenme ilkesinin kapsamında olan bir sözleşmede bulunan, yazılımın devrini sınırlandıran hükümler geçerli olmayacaktır¹⁴⁴. Zira tükenme ilkesi emredici olarak düzenlenmiştir ve uygulanma şartları gerçekleştiğinde yayma hakkı kendiliğinden tükenir.

3. Yazılımın İlk Satım veya Dağıtım Eser Sahibinin İzni ile Yapılmış Olmalı

Tükenmenin gerçekleşmesi için gerçekleşmesi gereken diğer şart yazılımın ilk satım veya dağıtımının eser sahibinin izni ile yapılmasıdır¹⁴⁵. Buna ek olarak, yayma hakkının süre, yer ve kapsam olarak sınırlandırılarak devredilmesi durumunda tükenme de bu sınırlara paralel olarak gerçekleşir. Ancak buradaki sınırların da hukuka uygun olması gerekir¹⁴⁶.

4. Devreden Elindeki Yazılım Nüshasını Yok Etmiş Olmalı

Tükenmenin gerçekleşmesi için bulunması gereken bir diğer şart, devreden kendinde bulunan yazılım nüshasını yok etmesi olmalıdır¹⁴⁷. Aksi durumda eser veya hak sahibinin eserden doğan hakları, tükenme ilkesi ile amaçlanandan çok daha fazla sınırlanmış olur¹⁴⁸. Hak sahibi tarafından kullanılmasına izin verilen tek bir yazılım bulunmaktadır ve bu yazılımın hem devreden hem de devralan tarafından kullanılmasının, tükenme ilkesi ile açıklanması mümkün değildir¹⁴⁹. Zira bu durumda hak sahibinin çoğaltma hakkı ihlal edilmiş olur. Nitekim ABAD, *UsedSoft* kararında, yazılımın dijital kopyaları bakımından tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için programı devreden kişinin elinde kalan kopyayı yok etmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁵⁰.

Uygulamada bu şartın sağlanıp sağlanmadığını tespit etmek güçtür, ancak günümüzde ulaşılan teknolojik gelişmeler, yazılımı hukuka uygun olarak

¹⁴³ Aksu, *Tükenme Sorunu*, s. 38.

¹⁴⁴ Aksu, *Usedsoft*, s. 19-20.

¹⁴⁵ Yıldırım, *İkinci El İşlemler*, s. 573.

¹⁴⁶ Daha fazla bilgi için bkz. Yıldırım, *İkinci El İşlemler*, s. 575 vd.

¹⁴⁷ *UsedSoft*, Para., 70-78; Sevilay Eroğlu, *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2000, s.104.

¹⁴⁸ Aksu, *Dijital Tükenme*, s. 12-13.

¹⁴⁹ Aksu, *Usedsoft*, s. 21.

¹⁵⁰ *UsedSoft* Para., 89; Lee, s. 847.

devralmak isteyen kişiler için bunu sağlayacak yazılımların bulunduğunu göstermektedir¹⁵¹. Buna ek olarak, devralanla yapacağı sözleşme ile devredene elinde bulunan yazılım kopyasını yok etmesi ya da kullanılamaz hale getirmesi yükümlülüğü getirilmesi de yerinde olacaktır. Zira yazılım kopyasının alındığı bilgisayardan kullanılan teknik sınırlamalar vasıtasıyla ilgili kopya silinebilir, ancak bunun başka bir veri taşıyıcısı veya donanıma yüklenmesi ihtimali her zaman mevcuttur. Bu ihtimal internetten indirilen yazılımlar için söz konusu olduğu gibi veri taşıyıcısı ile devralınmış olan ve tükenme ilkesinin kapsamında olduğu hususunda hiçbir fikir ayrılığı bulunmayan yazılımlar için de mevcuttur. Bu ihtimal nedeniyle, yazılım şirketleri bugün yazılımlarını, yalnız bir donanımda çalışmasını sağlayacak çeşitli teknik sınırlar¹⁵² ile piyasaya sürmektedir. Kanaatimizce, yazılım şirketlerinin yazılımlarını bu şekilde piyasaya sürmeleri durumunda tükenme ilkesinin uygulanması için gerçekleşmesi gereken bu başlık altında incelenen şart sağlanmış olur. Buna ek olarak, bize göre, yazılımların bu şekilde teknik sınırlarla piyasaya sürülmesi, bu başlık altında incelenen şartın tam olarak sağlanmasına hizmet eden en etkili yoldur. Böylece hem tükenme ilkesi amacını aşmayacak, hem de yazılım kopyasını devralan, bunu yeniden devrederek değerlendirebilecektir.

C. FSEK’te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarı Taslağı

5846 sayılı FSEK’te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı¹⁵³ m. 6’da yayma hakkı ve tükenme ilkesi düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin bilgisayar programlarında tükenme ilkesini düzenleyen ikinci fıkrasına göre, “*Bilgisayar programları ve veri tabanları hak sahibinin izniyle yurt içinde veya yurt dışında mülkiyeti devredilerek satış veya dağıtımına sunulmasından sonra bu nüshaların yeniden satışı veya dağıtılması yayma hakkını ihlal etmez. Diğer eser türlerinin fiziki nitelikteki aslı veya nüshalarının hak sahibinin izniyle yurt içinde mülkiyeti devredilerek satış veya dağıtımına sunulmasından sonra bu nüshaların yurt içinde yeniden satışı veya dağıtılması yayma hakkını ihlal etmez. Bu fıkranın uygulanması bakımından kiralama ve ödünç verme hakları saklıdır.*”. Taslak incelendiğinde ilk olarak

¹⁵¹ Buna örnek olarak bkz. Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc, 934 F.Supp.2d 640 (2013), <<https://revistas.uexternado.edu.com>>, Erişim Tarihi 10 Temmuz 2023.

¹⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Hayri Bozgeyik, “Dijital Hakların Yönetimi ve Etkisizleştirmeye Karşı Yasal Düzenlemeler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1041-1074.

¹⁵³ Taslağın tam metni için bkz. <<https://egelimlawoffice.com/5846-sayili-fikir-ve-sanat-eserleri-kanununda-degisiklik-yapilmasina-iliskin-kanun-taslagi-goruse-acilmistir/>> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2023.

“*yurt içinde veya yurt dışında*” ifadesinden bilgisayar programları için uluslararası tükenme ilkesinin benimsendiği anlaşılmaktadır¹⁵⁴. Bilgisayar programları dışında kalan eserler içinse ulusal tükenme ilkesi kabul edilmiştir. Diğer eser türlerinden farklı olarak tükenme ilkesini düzenleyen Taslak m. 6’nın bilgisayar programları ve veri tabanların tükenmesini düzenleyen ilk cümlesinde “*fiziki nitelikteki*” ifadesine yer verilmemiştir. Böylece Taslak ile gayri maddi nitelikteki bilgisayar programlarının da tükenme ilkesinin kapsamında olacağı kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Taslak ile bilgisayar programlarının kendine özgü özellikleri ve teknolojik gelişmeler dikkate alınarak *internetten indirilerek devralınan yazılımların da tükenme ilkesinin kapsamında olacağını öngörülmüştür*. Taslakta yer alan söz konusu düzenleme, kanaatimizce isabetlidir, ancak yeterli değildir. Zira bilgisayar programlarının tükenme ilkesinin kapsamında olacağı düzenlenmiş, ancak buna ilişkin şartlara olması gerektiği şekilde yer verilmemiştir. Taslak bu haliyle, eser sahibinin mali haklarını sağlamaya elverişli değildir. Bunun için kanaatimizce, Taslak düzenlemeye ABAD’ın *UsedSoft* kararında vurguladığı, bizim de yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanması için bulunması gereken şartlar altında incelemiş olduğumuz “devreden elindeki bilgisayar programı nüshasını yok etmiş olmalı” şartını sağlayacak bir ifade eklenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede Taslak m. 6’nın bilgisayar programlarının tükenmesini düzenleyen ilk cümlesi şu şekilde değiştirilebilir; “*Bilgisayar programları ve veri tabanları hak sahibinin izniyle yurt içinde veya yurt dışında mülkiyeti devredilerek satış veya dağıtımına sunulmasından sonra bu nüshaların yeniden satışı veya dağıtılması devreden elindeki nüshaları yok etmiş olması şartıyla*¹⁵⁵ yayma hakkını ihlal etmez”.

Taslağa göre, bilgisayar programı dışındaki diğer eser türlerinin sadece fiziki nitelikteki nüshaları tükenme ilkesinin konusu olabilecektir. Bu düzenlemenin günümüz teknolojisindeki gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı açıktır. Zira bugün binlerce, hatta milyonlarca kişi eserleri internetten indirerek devralmaktadır. Bu durum hem müzik eserleri hem sinema eserleri hem de kitap, dergi gibi ilim ve edebiyat eserleri bakımından geçerlidir. Hatta müzik, sinema gibi eserlerin veri taşıyıcısı vasıtasıyla devri günümüzde yok denecek kadar az hale gelmiştir. Bu çerçevede, Taslakta hem eser sahibi ile toplum arasındaki menfaat dengesi hem de teknolojik gelişmelere uygun olan bir

¹⁵⁴ İlgili Taslağa göre, bilgisayar programları dışında kalan eserler bakımından ulusal tükenme ilkesi benimsenmiştir.

¹⁵⁵ Bu şartın nasıl sağlanacağına ilişkin bkz. II, C, 4.

düzenleme ile dijital tükenme ilkesinin kabul edilmesi gerekirdi. Burada kilit noktayı, eser sahibi ile toplum arasındaki menfaat dengesinin nasıl sağlanacağı sorusu oluşturacaktır. Zira dijital tükenme ilkesinin kabul edilmesiyle, örneğin bir müzik eseri öngörülemez sayıda kopyalanabilir ve eser sahibinin mali hakları vasıtasıyla elde edebileceği kazanç ciddi oranda azalabilir. Dijital tükenme ilkesinin kabul edilmemesi durumunda da tüketici belli bir ücret ödeyerek internette indirmek suretiyle satın aldığı örneğin bir sinema eserini izledikten sonra tekrar devredemeyecektir. Daha açık bir ifadeyle, CD, DVD gibi veri taşıyıcısına yüklü olarak devralınan bir sinema eseri tükenme ilkesi kapsamında olup tekrar devredilebilir değerlendirilebilecekken, internette indirilmek suretiyle devralınan bir sinema eseri yalnızca veri taşıyıcısına yüklenmiş olarak alınmadığı için tükenme ilkesinin kapsamı dışında kalarak tekrar devredilemeyecektir. Günümüzde eserlerin büyük çoğunluğunun internet üzerinden kamuya sunulduğu göz önüne alındığında, Taslakta yer alan bu kabul, tükenme ilkesinin kapsamını kanun koyucunun da arzu etmediği şekilde sınırlandırarak, hatta yakın bir gelecekte tükenme ilkesinin uygulama alanı belki de kalmayacaktır.

Kanaatimizce teknik sınırlamalar vasıtasıyla eser sahibi ile toplum arasındaki menfaat dengesi kurulabilecektir. Bu çerçevede, teknolojinin günümüzde ulaştığı gelişmeler karşısında tükenme ilkesinin dijital eserlere uygulanması durumunda ortaya çıkabilecek endişeler, kolaylıkla ortadan kaldırılabilecek niteliktedir. Nitekim çeşitli yazılım ve programlar sayesinde korsan eserler engellenebilmekte, yeniden satılan dijital eser devreden bilgisayarından eş zamanlı olarak silinebilmekte, böylece dijital eserin yalnızca bir tek kullanıcıda mevcut olması sağlanabilmektedir¹⁵⁶. Diğer bir ifadeyle, bu teknik sınırlar sayesinde dijital eser, tükenme ilkesine uygun olarak devreden elinden çıkmakta ve tek bir devralan tarafından kullanılabilir.

SONUÇ

FSEK çerçevesinde eser olarak korunan yazılımların eser sahibinin izni olmadan üçüncü kişiler tarafından hukuka uygun olarak ikinci el olarak satılabilmesi için tükenme ilkesinin şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, i) yazılımın mülkiyetinin devrine ilişkin eylemin yayma hakkı kapsamında olması, ii) yazılımın mülkiyetin devri sonucu doğuran bir işlemle devralınması, iii) yazılımın mülkiyetinin devri sonucunu doğuran işlemin

eser veya hak sahibinin izni ile yapılması, iv) devreden elindeki yazılım nüshasını yok etmesi gerekir.

Tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için ilk olarak yazılımın mülkiyetinin devrine ilişkin eylemin yayma hakkı kapsamında olması gerekir. Burada üç farklı ihtimal değerlendirilmelidir. *İlk ihtimal yazılımın CD, DVD gibi taşıyıcılara yüklü olarak satın alınması durumudur.* Yazılım fiziki bir nüsha ile devralındığından buradaki devralma eyleminin yayma hakkının kapsamında olduğu konusunda bir fikir ayrılığı bulunmamaktadır. *İkinci ve çalışmada asıl yoğunlaşılan ihtimal, yazılımların internette indirilmek suretiyle devralınması durumudur.* Fiziki bir taşıyıcıya yüklü olmaksızın, internette indirilerek devralınan yazılımların yayma hakkının kapsamında olup olmadığı uzun yıllardır tartışılmaktadır. Tartışmanın nedenini, yayma hakkının yalnızca fiziki nüshaya sahip eserler için söz konusu olabileceği şeklindeki baskın görüş oluşturmaktadır. Kanaatimizce CD, DVD gibi bir veri taşıyıcısı ile alınan yazılımların ikinci el olarak satılması mümkünken, internette indirilerek devralınan yazılımlar bakımından mümkün olmaması, menfaat dengesine uymamaktadır. Yazılım ticaretinin tamamen internet üzerinden yapıldığı günümüzde, böyle bir ayırım ticari hayatın akışına da ters düşmektedir. Oldukça yüksek ücretler ödenerek satın alınmış bir yazılımın günün gerekleri icabı internette indirilerek devralınması nedeniyle ikinci el piyasasında yeniden değerlendirilememesi, hakkaniyete de uygun düşmemektedir. Yazılımların veri taşıyıcısına yüklü olarak veya internette indirilerek satın alınması durumları arasında işlevsel ve ekonomik bir fark da bulunmamaktadır. Daha da önemlisi FSEK'te yayma hakkını yalnızca fiziki nüshalara özgüleyen açık bir düzenleme de yoktur. Buna rağmen, teknolojik gelişmeler göz ardı edilerek yazılımların ikinci el olarak satışını fiziki bir nüshaya bağlamak, büyük ekonomik meblağlara ulaşacak ikinci el piyasasını engellemek anlamına gelmekte, ülke ekonomisini de olumsuz etkilemektedir. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), 2012 yılında verdiği meşhur *UsedSoft* kararında yazılımların internette indirilerek devralınması durumunun yayma hakkının kapsamında olduğunu kabul etmiştir. *Üçüncü ihtimal yazılımın OEM sürümü ile (bilgisayara yüklü olarak) devralınmasıdır.* Yazılımın OEM sürümü ile bilgisayarla birlikte satıldığı ilk dönemlerde, bilgisayara yüklü yazılımın aynısı, kurtarma CD'sine yüklü bir şekilde alıcıya teslim ediliyordu. Bugün bu uygulama terkedilmiştir, fakat piyasada hala daha önceki dönemde devralınmış kurtarma CD'leri bulunmaktadır. Bu nedenle, OEM sürümü olarak devralınan yazılımların durumu değerlendirilirken, kurtarma CD'lerinin bulunması ile bulunmaması durumlarının ayrı ayrı

¹⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc, 934 F. Supp.2d 640 (2013), <<https://revistas.uexternado.edu.com>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2023.

değerlendirilmesi gerekir. Kurtarma CD'leri fiziki bir varlığa sahip olduğu için yayma hakkının kapsamında olmalarına dair bir tereddüt bulunmamaktadır. Kurtarma CD'lerinin bulunmaması durumunda OEM sürümü ile bilgisayara yüklü olarak devralınan yazılımların bilgisayardan ayrı olarak devrinin yayma hakkı kapsamında olup olmadığına yönelik değerlendirmeler kanaatimizce internetten indirilmek suretiyle devralınan yazılımlarla aynıdır.

Tükenme ilkesinin şartlarının gerçekleşmesi için bulunması gereken ikinci şart, yayma eyleminin mülkiyetin devri sonucunu doğurmasıdır. Uygulamada yazılımlar esasen lisans sözleşmesine konu edildiğinden çalışmada özellikle lisans sözleşmelerine ilişkin değerlendirme yapılmıştır. Hakkın kullanımının devrini konu alan lisans sözleşmelerinin ilk bakışta burada değerlendirilen şartı sağlamadığı düşünülebilir. Kanaatimizce yazılımın süresiz ve kesin olarak kullanımına imkân veren lisans sözleşmelerinin de tükenme ilkesinin kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Zira bu tür lisans sözleşmeleri ile yazılım nüshasının mülkiyetinin devrine neden olan devir sözleşmesi arasında, işlevsel hiçbir fark bulunmamaktadır.

Tükenmenin gerçekleşmesi için varlığı gereken diğer bir şart, yazılımın ilk satım veya dağıtımının eser sahibinin izni ile yapılmasıdır. Eserin, eser sahibinin rızasıyla bir kez Türkiye'de piyasaya sürülmesiyle beraber eserin tekrar satışı veya diğer yollarla dağıtımı için hak tükenmiş olur.

Yazılımın tükenme ilkesinin kapsamında olduğunun kabul edilebilmesi için bulunması gereken son şart da devredenin kendinde bulunan yazılım nüshasını yok etmesidir. Aksi halde çoğaltma hakkı ihlal edilmiş olduğundan bu durumu tükenme ilkesi ile açıklamak mümkün olmayacaktır. Bu şartın nasıl sağlanacağı konusunda endişeler ortaya çıkabilir ancak günümüzde ulaşılan teknolojik gelişim, getirilecek teknik sınırlarla bu şartın kolaylıkla sağlanabileceğini göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Açıkgöz A, *İnternetten İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi*, 1. Bası, Oniki Levha, 2021.
- Aksu M, “Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/ Oracle Kararının Değerlendirilmesi ve İnternetten İndirilen Bilgisayar programları Açısından Yayma Hakkının Tükenmesi Sorunu”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, Yetkin Yayınları, 2015, s. 15-57. (Tükenme Sorunu)
- Aksu M, “Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli Sas Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, 72(1), s. 807-830.
- Aksu M, “Bilgisayar Programlarında Yayma Hakkının Tükenmesi Hususunda Güncel Gelişmeler ve Alman Federal Mahkemesinin Usedsoft III Kararı Üzerine Düşünceler”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 13-44. (Düşünceler)
- Aksu M, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/ Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açından Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)*, 2015(1), s. 1-27 (Usedsoft).
- Aksu M, “İnternet Üzerinden Yayılan Eserlerde Tükenme İlkesi? (Dijital Tükenme İlkesi?)”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)*, 2016/1, s.1-22 (Dijital Tükenme),
- Aksu M, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2006. (Bilgisayar Programları)
- Aslan A, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)*, 1. Bası, Beta, 2004.
- Ateş M, *Fikri Hukukta Eser*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, 2007. (Eser)
- Ayhan İzmirli L, *Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012.

- Bently L/ Sherman B/ Gangjee D/ Johnson P, *Intellectual Property Law*, 5. Baskı, 2018.
- Bozbel S, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 1. Bası, Oniki Levha, 2012.
- Bozgeyik H, “Dijital Hakların Yönetimi ve Etkisizleştirmeye Karşı Yasal Düzenlemeler”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1041-1074.
- Çelik A, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali – İhlalin Sonuçları*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Dalyan Ş, *Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Demirbaş A, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*, 1. Bası, Oniki Levha, 2015.
- Erel Ş. N, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 1. Bası, Dayınlarlı, 1988.
- Eroğlu S, *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, 1. Bası, Beta, 2000.
- Hilty M R /Köklü K /Hafenbradl, F, “Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the Usedsoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective”, *ICC*, 2013.
- Lee Y H, “UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp (Case C-128/11) – Sales of “Used” Software and the Principle of Exhaustion”, *IIC*, 2012, s. 846-853.
- Menzei P, “Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion in the Online Environment”, *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*, 6(1), 2015, s. 23-72.
- Özkaya P /Samet R, “Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, 6(1), s. 17-34.
- Pınar H, “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 855-915.
- Suluk C /Karasu R /Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık,

2022.

- Yavuz L / Alıca T / Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. I, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Yıldırım M F, “Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler Konusunda Kesinleşmiş Bir Yargı Kararı Üzerine Düşüncelerimiz”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2015*, Yetkin Yayınları, 2017, s. 413-444. (Düşünceler)
- Yıldırım M F, “Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010*, Oniki Levha, 2011, s. 573-585. (İkinci El İşlemler)

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**İCRA VE İFLAS KANUNU'NUN 296'NCI MADDESİNİN BİRİNCİ
FIKRASI KARŞISINDA TÜRK TİCARET KANUNU'NUN
1413'ÜNCÜ MADDESİNİN BİRİNCİ FIKRASININ AKİBETİ**

EVALUATION OF THE FIRST PARAGRAPH OF ARTICLE 1413 OF
THE TURKISH COMMERCIAL CODE IN COMPARISON WITH THE
FIRST PARAGRAPH OF ARTICLE 296 OF THE ENFORCEMENT AND
BANKRUPTCY CODE

Abdülhamid Oğuzhan HACİÖMEROĞLU*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1352059](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1352059) 

Her ne kadar konkordatoya ilişkin genel hükümler İcra ve İflas Kanunu'nun 285 vd. maddelerinde ihdas edilmiş olsa da diğer kanunlarda da bu konuya ilişkin hükümler vardır. Bunlardan biri sigorta sözleşmelerine özel Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesidir. İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasına göre konkordato sözleşmenin feshi için haklı bir sebep sayılamazken; Türk Ticaret Kanunu'nun bahsi geçen maddesinin birinci fıkrasına göre sigorta ettiren bakımından sigortacının konkordatosu fesih için haklı sebep sayılabilir. Söz konusu iki düzenlemenin çatışma halinde olduğu kanaatindeyiz. Bu çatışma halinin, lex posterior veya lex specialis ilkelerine göre net bir çözüme kavuşturulması mümkün değildir. Bu sebeple, meselenin 7101 sayılı kanunla değiştirilen konkordatoya ilişkin hükümlerin ihdas edilmiş amaçları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, Sigorta Sözleşmesi, Çatışma, Ratio Legis, Fesih.

ABSTRACT

Although the general provisions on the concordat are set forth in Articles 285 et seq. of the Enforcement and Bankruptcy Code, there are also provisions on this subject in

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** oguzhaciomeroglu@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-1838-4116, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1352059.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



other codes and statutes. One of these is the article 1413 of the Turkish Commercial Code, which is specific to insurance contracts. According to the first paragraph of Article 296 of the Execution and Bankruptcy Code, concordat cannot be considered as a just cause for the termination of the contract, while according to the first paragraph of the aforementioned article of the Turkish Commercial Code, the insurer's concordat may be considered as a just cause for termination for the insurant. We believe that these two regulations are in conflict. It is not possible to find a clear solution to this conflict according to the principles of *lex posterior* or *lex specialis*. For this reason, it is necessary to evaluate the issue within the framework of the purposes of the amendment of the provisions on concordat by Statute No. 7101.

Keywords: Concordat, Insurance Contract, Conflict, Ratio Legis, Termination.

EXTENDED ABSTRACT

Although the general provisions on the concordat are set forth in articles 285 et seq. of the Enforcement and Bankruptcy Code, there are also provisions on this subject in other codes and statutes. One of these is the article 1413 of the Turkish Commercial Code, which is specific to insurance contracts.

Pursuant to the first paragraph of the article 1413 of the Turkish Commercial Code, “In cases where the insurer declares concordat, has its license related to the specific insurance branch revoked, or loses its authority to enter into contracts; the policyholder can terminate the insurance contract within one month from the date of learning about these events”. On contrary, the first paragraph of the article 296 of the Enforcement and Bankruptcy Code emphasizes that, “regardless of whether the counterparty of the contract is affected by the concordat project or not, it is the rule to continue the contracts to which the debtor is a party, and which are important for the continuation of the activity of its business. Provisions in these agreements stipulating that the debtor's request for concordat will constitute a breach of contract, be considered as a just cause for termination or make the debt due shall not apply in the event that the debtor applies for concordat. Even if there is no such provision in the contract, the contract cannot be terminated on the grounds that the debtor has applied for concordat. Within the scope of this paragraph, the obligations under the contracts that continue during the provisional and final respite shall be performed mutually.”

Under the first paragraph of Article 296 of the Execution and Bankruptcy Code, concordat cannot be considered as a just cause for the termination of the contract, while according to the first paragraph of the aforementioned article of the Turkish Commercial Code, the insurer's concordat may be considered as a just cause for termination for the policyholder.

While various interpretations exist within the doctrine, we're of the opinion that the two regulations contradict each other. To address this, it's essential first to clarify

the term “declaration of concordat” referenced in the Turkish Commercial Code. A review of the Enforcement and Bankruptcy Code reveals that phrases like “declaration of concordat” or similar terminologies are absent. The protection period for a debtor, who petitions the court for a concordat, commences with the court's temporary respite decision. Specifically, Article 297's second paragraph (and by extension, Article 288's first paragraph) of the Enforcement and Bankruptcy Code makes it evident: post the respite decision, the debtor requires court permission for certain transactions. Consequently, “declaration of concordat by the insurer” can be interpreted as the court's decision to grant the insurer a temporary respite.

There may be more than one rule of law on the same subject in force at the same time. Normally, all legal rules should be in harmony. However, sometimes there may be inconsistencies between the rules of law that regulate the same subject and are in force at the same time. This is called conflict of legal rules. There are some principles that resolve this conflict. These principles are mainly the principles of *lex superior*, *lex posterior* and *lex specialis*. It is not possible to resolve the conflict between the provisions of the Enforcement and Bankruptcy Code and the Turkish Commercial Code according to the principles of *lex posterior* or *lex specialis*. This is because the current conflict is between the later general law provision (Art. 296/1 of the EBC) and the earlier special law provision (Art. 1413/1 of the TCC). Therefore, the issue should be evaluated from a different perspective. In our opinion, what should be done is to proceed from the “ratio legis” (the purpose for which the regulation was enacted) of the later general legal provision and the balance of interests it regulates. If the purpose of the later general law provision is to change the matter regulated by the earlier provision, it is necessary to act in accordance with the *lex posterior* principle and give precedence to the later general law provision.

Under Law No. 7101, the previous “bankruptcy postponement” mechanism was phased out in response to prevailing criticisms. Instead, the “concordat” system, which previously saw limited application, was revamped with a renewed vision. This restructured approach aims to integrate concordat applicants into the commercial sphere, ensuring they maintain their business operations, generate revenue, and settle their debts. Consequently, the concordat system benefits debtors, creditors, and the broader society. However, if a policyholder chooses to dissolve contracts due to the insurer's concordat request, insurance firms risk forfeiting existing contracts and potential premium reimbursements. Given that insurance companies can solely focus on insurance-related activities, the loss of major contracts could jeopardize their operational sustainability, rendering the concordat process moot for such entities. Recognizing the core goal of the latest concordat guidelines — the sustained operation of the debtor's business — it's inferred that Article 296 of the Enforcement and Bankruptcy Code subtly overrules the “declaration of concordat” terminology in Article 1413 of the Turkish Commercial Code.

GİRİŞ

İcra ve İflas Kanunu'na¹ 4949 sayılı Kanunla eklenen ve böylelikle hukukumuzda ayrıntılı bir şekilde düzenlenen iflasın ertelenmesi müessesesi, ülkemizde 2003 yılından beri uygulanmaktaydı. Ne var ki uygulamada ortaya çıkan sorunlar karşısında, iflasın ertelenmesi müessesesi 7101 sayılı Kanun² ile ilga edilerek Türk hukuk sisteminden çıkarılmıştır. Söz konusu kanun ile getirilen değişiklikle beraber İcra ve İflas Kanunu'nun 179'uncu maddesinde bulunan “*sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iflası ve iflasın ertelenmesi*” başlıklı madde değiştirilmiş ve madde metninde sadece iflas kurumu düzenlemesine yer verilerek iflasın ertelenmesinin uygulama sürecinin açıklanmış olduğu 179/a, 179/b, 179/c maddeleri de sözü edilen kanunun 65. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Kanun koyucu, iflasın ertelenmesi müessesesinin aktif bir şekilde işlerlik kazanmasından ötürü uygulamada çok fazla rağbet görmeyen konkordatoya³ ilişkin İcra ve İflas Kanunu'nun 285 vd. hükümlerini 7101 sayılı Kanun ile revize ederek uygulamada ortaya çıkan sorunları çözmeyi⁴ ve konkordatonun iflasın ertelenmesi müessesesinin daha etkili bir alternatifi olmasını amaçlayarak pratikteki uygulanabilirliğini artırmak istemiştir. Nitekim konkordato sürecinin, iflasın ertelenmesinden farklı olarak, borçlu ile alacaklıların anlaşması temeline dayanması ve bu anlaşmanın mahkemece tasdikine tabi olmasından dolayı ticari ve sosyal barışı sağlaması açısından daha faydalı olduğu kanaatindeyiz.

İcra ve İflas Kanunu'nun 285'inci maddesinin birinci fıkrasında “*borçlarını, vadesi geldiği halde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu*”nun konkordato talep edebileceği ifade edilmiştir. Mezkûr Kanunun 287'nci maddesine göre, konkordato talebi üzerine mahkeme, aynı kanunun 286'ncı maddesinde belirtilen belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettiğinde derhal geçici mühlet kararı verecektir. Görüldüğü üzere mahkemenin bir tedbir mahiyetinde olan geçici mühlete karar vermesi, söz konusu pozitif düzenleme

¹ 19.06.1932 tarih ve 2128 sayılı Resmi Gazete.

² 15.03.2018 tarih ve 30361 sayılı Resmi Gazete.

³ Konkordato yapılış zamanına göre iflas dışı (*adi*) ve iflas içi konkordato olmak üzere ikiye ayrılır. İşbu çalışmanın konusu iflas dışı (*adi*) konkordatodur. Bu sebeple çalışmamızda geçen konkordato ifadesinden anlaşılması gereken, adi konkordato ve ona ilişkin hükümlerdir.

⁴ Bkz. 7101 sayılı Kanunun genel gerekçesi.

ile oldukça kolaylaştırılmıştır. Bu sebeple iflasın ertelenmesi müessesesinin kalkmasından sonra konkordato talebinin belki de tek ve etkili bir çözüm olduğu düşünülen ve mali açıdan borçlarını ifa etmekte güçlük yaşayan birçok gerçek ve tüzel kişi, mahkemelere başvurarak konkordato talep etmiştir.

Geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğuracağından (İİK m. 288, 1) mühlet içinde borçlu aleyhine 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacak ve evvelce başlamış takipler duracak, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları uygulanmayacak, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler ise işlemeyecektir (İİK m. 294, 1).

Konkordato talep ederek hakkında geçici mühlet kararı verilen kişiler bakımından İcra ve İflas Kanunu'nun 288'inci maddesinin birinci fıkrası gereğince uygulanma kabiliyetini haiz bir diğer düzenlenme ise mezkûr Kanunun “*kesin mühletin sözleşmeler bakımından sonuçları*” başlıklı 296'ncı maddesinin birinci fıkrasıdır. Söz konusu fıkra göre, “*sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin devamı esastır. Bu sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurusu durumunda uygulanmaz. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez. Bu fıkra kapsamında geçici ve kesin mühlet süresince devam eden sözleşmeler nedeniyle borçlanılan edimler karşılıklı olarak ifa edilir*”.

Her ne kadar konkordatoya ilişkin temel esaslar İcra ve İflas Kanunu'nun 285 vd. maddelerinde yer alsa da diğer kanunlarımızda da konkordatoya ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Bunlardan biri de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁵ Sigorta Hukuku başlıklı altıncı kitabının 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasıdır. Bu fıkra göre, “*sigortacının, konkordato ilân etmesi, ilgili sigorta dalına ilişkin ruhsatının iptâl edilmesi veya sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması gibi hâllerde; sigorta ettiren, bu olguları öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sigorta sözleşmesini feshedebilir*”.

⁵ 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete.

İşbu çalışmamızın konusu, 28.02.2018 tarihli 7101 sayılı Kanun ile değiştirilen İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasının, 13.01.2011 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesi ile meydana getirdiği çatışmadır. Zira bir sigorta şirketinin konkordato ilân etmesi halinde, sigorta sözleşmesinin diğer tarafı olan sigorta ettiren Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre sigorta sözleşmesini sona erdirebilirken; İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasına göre ise sona erdirememektedir.

Doktrinde bir görüş⁶ bu iki hükmün birbiri ile çatışmadığı kanaatindedir. Bu görüşe göre, İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin uygulama alanı, sadece konkordato talep etmenin, fesih için haklı sebep sayılacağı noktasında sözleşmede yer alan iradi kayıtlar ile sınırlıdır. Örneğin, münakid sözleşmede taraflardan birinin konkordato talep etmesi hâlinde karşı tarafa o sözleşmeyi feshetme hakkı verilmişse mezkûr hüküm uygulama alanı bulur. Bu sebeple konkordato talep etmenin sözleşmenin feshi için haklı sebep sayılmasının kaynağı bir kanun hükmü ise İcra ve İflas Kanunu'nun bahsi geçen hükmü uygulanmaz. Nitekim sigortacının konkordato ilân etmesinin sigorta ettiren bakımından sözleşmenin feshi için haklı sebep sayılmasının kaynağı Türk Ticaret Kanunu'dur. Yani burada kanundan kaynaklı bir fesih nedeni vardır. Bundan dolayı, bahsi geçen bu iki hüküm birbiri ile herhangi bir çatışma meydana getirmemektedir.

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira öncelikle konkordato talep etmenin bir sözleşmenin feshi için haklı sebep sayılmasının, sözleşmeden kaynaklanması ile kanundan kaynaklanması arasındaki farkın mantıklı bir gerekçesinin olması gerekir. Söz konusu hükmün gerekçesine bakıldığında ise bu farklılığa ilişkin herhangi bir izahata rastlanmamaktadır⁷. Kanun hükmündeki tek bir cümlenin sadece lafzen yorumlanması, o hükümden umulan gayenin gerçekleşmemesi sonucunu doğurabilir. Mamafih İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasının lafzı, bu hükmün konkordato talebinin fesih için haklı sebep sayılmasının kanundan kaynaklandığı hallerde de uygulanabileceği yorumuna müsaittir. Çünkü mezkûr düzenlemenin ikinci cümlesinde öncelikle, münakid bir sözleşmede konkordato talebinin fesih

için haklı sebep sayılmasına ilişkin hüküm bulunması durumunda bu hükmün uygulanmayacağı ifade edildikten sonra üçüncü cümlede sözleşmede böyle bir hüküm bulunmasa bile konkordatoya başvurulduğu gerekçesiyle sözleşmenin sona erdirilemeyeceği belirtilmiştir. Başka bir ifade ile, konkordato talebinin haklı fesih nedeni olduğu bir maddi hukuk kuralında düzenlenmiş ise, söz konusu hüküm gereği bu kural işletmenin devamlılığı için önem arz eden sözleşmelerde uygulanma kabiliyeti bulamayacaktır⁸. Bundan dolayı söz konusu düzenlemenin, konkordato talebinin fesih nedeni olarak sözleşmede kararlaştırılmadığı fakat o sözleşmeye ilişkin kanun hükmünde öngörüldüğü durumlarda bir çatışma yarattığının kabulü gerekir.

Bu bağlamda öncelikle Türk Ticaret Kanunu'nun bahsi geçen hükmündeki “*konkordato ilâni*” ifadesinin ne anlama geldiği üzerinde durulacak akabinde mer'i iki hükümdeki çatışmanın temel hukuk ilkeleri ile çözüme kavuşturulması sağlanacaktır.

I. “*KONKORDATO İLÂNI*” İFADESİNİN NE ANLAMA GELDİĞİ MESELESİ

Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasında sigortacının konkordato ilân etmesi halinde sigorta ettirenin bu olguyu öğrenmesinden itibaren bir ay içerisinde sigorta sözleşmesini feshedebileceği düzenlenmiştir. Fakat ne söz konusu hükmün lafzından ne de gerekçesinden “*konkordato ilâni*” ifadesinin ne anlama geldiği anlaşılmaktadır.

Türk hukukunda konkordatoya ilişkin temel esasların yer aldığı İcra ve İflas Kanunu'nun 285 vd. maddelerine göre adi (*iflastan önce*) konkordato, basitçe, konkordato talep edilmesi (İİK m. 285), geçici ve (*duruma göre*) kesin mühletin verilmesi (İİK m. 287,289), alacaklılar toplantısının yapılması (İİK m. 302), konkordato projesinin alacaklılar tarafından kabul edilmesi (İİK m. 302), asliye ticaret mahkemesi tarafından konkordatonun tasdiki (İİK m. 305) ve konkordatonun feshi (İİK m. 308/e, 308/f) aşamalarından oluşmaktadır⁹. Bu aşamaların hangilerinde ne şekilde ilân yapılacağı ise yine İcra ve İflas Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde ihdas edilmiştir. Bu hükümlere göre, “*geçici mühlet verilmesine, geçici mühletin uzatılmasına ve geçici mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ilişkin kararlar*” (İİK m. 288),

⁶ Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 673; Gökberk Özsoker, *Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Doğurduğu Sonuçlar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022, s. 266.

⁷ Bkz. İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin gerekçesi.

⁸ Benzer görüş için bkz. Dilek Aydemir, “Konkordato Mühletinin Sözleşmelere Etkisi (İİK m. 296)”, *MİHDER*, 15(44), 2019, s. 851.

⁹ Mehmet Kodakoğlu, “Konkordatonun Kamu İhalelerine Etkisi”, *SÜHFD.*, 30(4), 2022, s. 2224.

“kesin mühlet verilmesine, kesin mühletin uzatılmasına ve kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ilişkin kararlar” (İİK m. 289/6), “borçlunun mali durumunun düzelmesi nedeniyle kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ilişkin karar” (İİK m. 291/1), “alacaklıları alacaklarını bildirmeye” (İİK m. 299) veya “toplantıya davet” (İİK m. 301), “konkordatonun tasdiki” (İİK m. 306/3) ya da “konkordato talebinin reddi” (İİK m. 308) veyahut “konkordatonun tamamen feshi kararının kesinleşmesi kararı” (İİK m. 308/f-2) aynı kanunun 288'inci maddesi uyarınca Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ve Basın-İlan Kurumu'nun resmî ilân portalında ilân olunur. Mezkûr hükümlere göre, söz konusu ilânlar mahkeme veya konkordato komiseri tarafından yaptırılmaktadır.

Görüldüğü üzere İcra ve İflas Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümlerinde “konkordato ilânı”, “konkordato ilân etmek” veya “konkordato ilan eden” gibi herhangi bir ifade kullanılmamıştır. Burada akla yukarıda bahsi geçen hükümlerin tanzim edildiği 7101 sayılı kanun öncesi dönemde İcra ve İflas Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümlerinde “konkordato ilânı” veya benzeri bir ifadenin kullanılıp kullanılmadığı sorusu gelmektedir. Zira 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kabul edildiği tarihte İcra ve İflas Kanunu'nun 7101 sayılı kanun ile değiştirilmemiş hali yürürlükte idi. Fakat 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki dönemde dahi İcra ve İflas Kanunu'nun konkordatoya ilişkin 285 vd. maddelerinde “konkordato ilânı” ifadesi yer almamaktaydı.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu dışında 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu¹⁰'nun “sigorta şirketlerinin ve reasürans şirketlerinin kuruluşu” başlıklı 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, söz konusu şirketlerde kurucu olabilme şartlarından birisi konkordato ilan etmiş olmamaktır. Benzer bir düzenleme 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹¹'nda da mevcuttur. Mezkûr kanunun 44'üncü maddesine göre aracı kurumların kurucu ortaklarının da konkordato ilan etmiş olmaması gerekmektedir. Bunlar dışında başka düzenlemelerde de “konkordato ilân”ı ifadesinin kullanıldığı görülmektedir¹².

¹⁰ 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazete

¹¹ 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete

¹² Bkz. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (01.11.2005 tarih ve 25983 sayılı Resmi Gazete) m. 8/1-a; 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu (13.12.2012 tarih ve 28496 sayılı Resmi Gazete) m. 6; 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun (27.02.2008 tarih ve 26800 sayılı Resmi Gazete) m. 8.

Yukarıda bahsi geçen yasal düzenlemeler haricinde birçok yargı kararında “konkordato ilân”ı ifadesinin sıklıkla kullanıldığı görülmektedir¹³.

Birçok yasal düzenlemede, yargı kararında ve işbu çalışmanın konusunu oluşturan Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinde geçen “konkordato ilân”ı veya benzeri ifadelerin ne anlama geldiğinin tespiti elzemdir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 285'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, borçlarını, vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek veya muhtemel bir iflâstan kurtulmak¹⁴ için konkordato talep edebilir. Konkordato talebi ile mahkemeye başvuran borçlunun, talebine hangi belgeleri eklemesi gerektiği ise yine aynı kanunun 286'ncı maddesinde belirtilmiştir. Konkordato talebi üzerine mahkeme, söz konusu belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettiğinde derhâl geçici mühlet kararı verir ve borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır (İİK m. 287/1). Mezkûr hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, mahkeme, konkordato başvurusuna eklenen belgelerin İcra ve İflas Kanunu'nun 286'ncı maddesinde zikrolunan belgelerden ve tam olduğunu tespit etmesi hâlinde geçici mühlet¹⁵ kararı vermek zorundadır. Kanaatimizce kanun koyucu burada mahkemeye herhangi bir takdir yetkisi tanımamıştır¹⁶. Hatta hükmün lafzında “derhâl” ifadesi

¹³ Bursa BAM 3. HD, 27.12.2019, 4948/3689; İzmir BAM 17. HD, 389/556; İstanbul BAM 14. HD, 24.01.2019, 18/97; Gaziantep BAM 12. CD, 22.02.2019, 424/282; İstanbul BAM 17. HD, 22.11.2018, 2281/1968; İstanbul BAM 17. HD, 09.07.2020, 1324/1522; Ankara BAM 23. HD, 10.03.2021, 53/387. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2023.

¹⁴ Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, 2022, s. 527; Levent Börü/Şafak Parlak Börü, “Konkordatonun Kefalet Sözleşmelerine Etkileri”, *IHM*, 78(3), 2020, s. 1243; Aslıhan Kayık Aydınalp, “Konkordatonun İşçilik Alacakları ve İş Sözleşmeleri Üzerine Yansıması”, *DEÜHFD*, 21(2), 2019, s. 490. Pek tabii ki konkordato talep eden kişinin iflâsa tâbi kişilerden olması zorunlu değildir. Eğer şartlar sağlanmışsa iflâsa tâbi olmayan kişiler de bu müesseseye başvurabilir (Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 8.Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 544; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 528).

¹⁵ Geçici mühlet üç aydır. Mahkeme bu üç aylık süre dolmadan borçlunun veya geçici komiserin yapacağı talep üzerine geçici mühleti en fazla iki ay daha uzatabilir, uzatmayı borçlu talep etmişse geçici komiserin de görüşü almır. Geçici mühletin toplam süresi beş ayı geçemez (İİK m. 287/4).

¹⁶ Başvurucu tarafından mahkemeye sunulan belgeler şeklen tam olsa da konkordato ile herhangi bir ilgisi yoksa anlaşılabilir ve içerik bakımından eksik ise veya hakkın kötüye kullanımını mahiyeti taşıyorsa konkordato talebi mahkemece reddedilmelidir (Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 651).

geçtiği için mahkeme geçici mühlet hakkındaki kararını dosya üzerinden vermesi gerekir¹⁷.

Geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğurur (İİK m. 288/1). Bu sebeple kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçlarının düzenlendiği İcra ve İflas Kanunu'nun 294'üncü maddesinin birinci fıkrası hükmünün, hakkında geçici mühlet kararı verilen kişilere de tatbik olunacağı izahtan varestedir. Yani söz konusu hükümle birlikte değerlendirildiğinde, geçici mühlet içinde borçlu aleyhine Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takibin yapılamayacağını ve evvelce başlamış takiplerin duracağını, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararlarının uygulanamayacağını, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetlerin işlemeyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Mali durumu bozuk olan borçlular hem kendilerinin ekonomik geleceklerini kurtarmak hem de alacaklıları ile anlaşarak borçlarının belli bir kısmını onlara ödeyip borçlarından kurtulmak¹⁸ amacı ile konkordato müessesesine başvurmuşlardır. Bu amacın gerçekleşebilmesi için borçluların hukuki bir korumaya ihtiyaçları vardır. İcra ve İflas Kanunu'nun 288 ve 294'üncü maddeleri birlikte değerlendirildiğinde borçluların ihtiyaç duyduğu bu hukuki korumayı ilk önce, kendisinden konkordato talep edilen mahkemenin verdiği geçici mühlet kararı belirli bir süre sağlamaktadır¹⁹. Zira geçici mühlet içerisinde borçlu hakkında takip yapılamayacağı için borçlu cebri icra tehdidinin kendisinde yarattığı endişeden kurtulmuş olarak alacaklıları ile konkordato yapabilir ve bunun tasdikini sağlayabilir²⁰. Başka bir deyişle geçici mühlet, konkordatonun yapılabilmesi için borçluya nefes alma imkânı sağlamış olur. Öte yandan konkordato talebi ile başvuran kişiye mahkemece geçici mühlet verilmesi kararı, aynı zamanda onun mali durumunun bozuk ve bu durumu düzeltmek için konkordato sürecine ihtiyacı olduğunun da kabul edildiği anlamına gelir.

¹⁷ Kodakoğlu, s. 2229.

¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 527.

¹⁹ Ali Cem Budak/ Müjgan Tunç Yücel, "İflas Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato İle İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri", *MİHDER*, 11, 2015, s. 30; Kodakoğlu, s. 2231; Selçuk Öztekin/ Ali Cem Budak/ Müjgan Tunç Yücel/ Bilgehan Yeşilova/ Serdar Kale, *Yeni Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2023, s. 147.

²⁰ Serdar Kale, "7101 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato", *İMÜHFD*, C.5, S.1, 2018 s. 231; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 534.

Konkordato talebi ile mahkemeye başvuran borçlu hakkında verilen geçici mühlet süresi ve borçluya sağladığı hukuki koruma, mahkemece geçici mühlete karar verilmesi ile başlar²¹. Zira İcra ve İflas Kanunu'nun 288'inci maddesinin birinci fıkrası gereğince geçici mühletin sonuçları için de geçerli olan aynı kanunun 297'nci maddesinin ikinci fıkrasında borçlunun mühlet kararından itibaren fıkra hükmünde geçen işlemleri mahkeme izni olmaksızın yapamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Yine aynı Kanunun 294'üncü maddesinin birinci fıkrasında kanun koyucu "mühlet içinde" ifadesini kullanmıştır. Yani, mühlet kararının verilmesi ile birlikte borçlu, mezkûr kanunun sağladığı hukuki zırha kavuşmuş olmaktadır. Her ne kadar geçici mühlet kararı, mahkemece ilân edilse de (İİK m. 288/2) söz konusu ilânın mühletin hukukî sonuçlarını doğurmasına etkisi yoktur²². Bu ilân, daha çok üçüncü kişilerin borçlunun konkordato sürecinin başlamasından haberdar olmaları, alacaklılarının konkordato talebinin reddini istemeleri ve varsa alacaklarını bildirmeleri gayesi ile yapılmaktadır. Ezcümle mahkemece verilen geçici mühlet kararı borçlunun konkordatosu için bir milâttir²³.

Yukarıdaki izahattan da anlaşılacağı üzere, Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasında geçen "sigortacının konkordato ilân etmesi" ifadesinden anlaşılması gereken, sigortacı hakkında mahkemece geçici mühlet kararı verilmesidir. Yani söz konusu ifadeden kasıt, geçici mühlet kararının İcra ve İflas Kanunu'nun 288'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilân edilmesi değildir. Keza Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin ihdas edilmiş amacı da bizi aynı sonuca götürmektedir. Zira mezkûr hükmün gerekçesinde sürekli borç ilişkisi doğuran sigorta sözleşmelerinde güven ilişkisinin çok yoğun yaşandığı, sigorta şirketinin konkordato ilân etmesinin bu güven ilişkisini zedelediği ve onun mali bünye zaafiyeti içerisinde bulunduğunu gösterdiği ve bu zaafiyetin de ifa güçlüklerine neden olabileceği gerekçesiyle sigorta ettiren açısından sigorta sözleşmesini

²¹ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 536; Kodakoğlu, s. 2230; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 655; Karl Spühler/ Annette Dolge, Schulthess, *Schuldbetreibungs und Konkursrecht II*, 7. Auf-lage, Zürich 2017, s. 137; Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, Oniki Levha, 2020, s. 125; M. Serhat Sarısözen, *Konkordato*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 195; Cemil Simil, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, Oniki Levha, 2020, s. 32.

²² Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 536; Kodakoğlu, s. 2232; Tunç Yücel, s. 21; Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 30.

²³ Kodakoğlu, s. 2232.

feshetme noktasında haklı sebebin olduğu ifade edilmektedir²⁴²⁵. Daha önce de bahsettiğimiz üzere, mahkemece geçici mühlet kararı verilmesi ile birlikte sigortacı hukuki bir korumaya kavuşmakta ve aynı zamanda mali durumunun bozuk olduğu bir nevi tasdik edilmektedir.

Sonuç olarak, sigortacının konkordato talebi ile mahkemeye başvurması üzerine geçici mühlet kararı verilmesi onun artık mali bünye zaafiyeti içerisinde olduğunu gösterdiğinden Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre sigorta ettiren bu olguyu öğrenmesinden itibaren bir ay içerisinde sigorta sözleşmesini feshedebilir. Fakat İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrası bağlamında değerlendirildiğinde ise, sigorta sözleşmesinin karşı tarafı olan sigorta ettirenin, sigortacının konkordato talep ettiği gerekçesiyle sözleşmeyi sonlandıramayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu iki kanun hükmünün birbirleri ile çatıştığı aşikâr olup, hangisine üstünlük tanınması gerektiği meselesi çözüme kavuşturulmalıdır.

II. MESELENİN HUKUK KURALLARI ARASINDAKİ ÇATIŞMAYI ÇÖZMEYE ÇALIŞAN İLKELER BAĞLAMINDA TETKİKİ

Aynı konuya ilişkin aynı anda yürürlükte olan birden fazla hukuk kuralı olabilir. Normalde bu hukuk kurallarının ahenk içerisinde olması gerekir. Fakat bazen aynı konuyu düzenleyen ve aynı anda yürürlükte olan hukuk kuralları arasında tenakuz da bulunabilir. Buna hukuk kurallarının çatışması denilir²⁶. Doktrinde hukuk kuralları arasında olan çatışmanın sadece görünüşte yani zahiri olduğu ifade edilmiştir²⁷. Zira zahiri olan bu çatışma hali, çatışma çözme ilkelerine göre çözüme kavuşturulmalıdır. Bu ilkeler esas olarak, *lex superior*, *lex posterior* ve *lex specialis* ilkeleridir.

²⁴ Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin gerekçesi.

²⁵ Kanun koyucu sigorta sözleşmesinin tarafları arasındaki dengeyi gözetenek Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin ikinci fıkrasını da düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, primlerin tamamını ödememişken sigorta ettiren konkordato ilan etmişse, sigortacı, bunu öğrendiği tarihten itibaren, bir aylık bildirim süresine uyarak, sigorta sözleşmesini feshedebilir.

²⁶ Zeynep Özcan, "Hukuk Kurallarının Özellikleri, Çeşitleri ve Uygulanması", (Edt.: İkizler, Metin/ Tüzüner, Özlem), *Medeni Hukuk -I- Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Adalet, Yayınları*, 2022, s. 105; Gökhan Antalya/Murat Topuz, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, C.1, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 393.

²⁷ Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s. 97.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü ve İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddelerinin birinci fıkraları arasında bulunduğu kanaatine sahip olduğumuz çatışma halinin bahsi geçen ilkeler çerçevesinde çözümünü gerektirmektedir.

A. *Lex Superior* İlkesi

Lex superior derogat legi inferiori, yani üst kanun alt kanunları ilga eder. Hukuktaki bu temel ilke kısaca *lex superior* ilkesi şeklinde ifade edilir. İlkenin temelinde yatan esas normlar hiyerarşisidir. Hukuk kuralları arasında hiyerarşik bir sıralama mevcuttur²⁸. Türk hukukunda bu sıralamayı yukarıdan aşağıya basitçe, Anayasa, kanun (milletlerarası antlaşmalar²⁹, olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamesi), olağan cumhurbaşkanlığı kararnamesi³⁰, yönetmelik şeklinde sayabiliriz. Bu hiyerarşiye göre, alt basamakta yer alan hukuk kuralı geçerliliğini üst basamakta yer alan hukuk kuralından almakta ve ona uygun olmak zorundadır. Şayet aralarında bir çatışma bulunursa, *lex superior derogat legi inferiori* ilkesi gereğince üst basamakta yer alan hukuk kuralına üstünlük tanımak gerekir. Eğer çatışma aynı basamakta yer alan hukuk kuralları arasında ise çatışma bu ilkeye göre değil; *lex posterior* veya *lex specialis* ilkelerine göre çözüme kavuşturulur³¹. Çünkü aynı basamakta yer alan kurallar arasında hiyerarşik bir üstlük söz konusu olmaz.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin ve İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncü maddelerinin birinci fıkraları normlar hiyerarşisinde aynı basamakta yer almaktadır. Bu sebeple aralarındaki çatışmanın *lex superior* ilkesi ile çözümünü mümkün değildir.

²⁸ Gözler, Yorum, s. 97.

²⁹ Anayasamızın 90'ıncı maddesine göre, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır".

³⁰ Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, normlar hiyerarşisi içerisindeki yeri hakkında görüşler ve detaylı bilgi için bkz Abdullah Sezer, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36(1), 2019, s. 371 vd.; Taylan Barın, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, Oniki Levha Yayıncılık, 2020, s. 31 vd.

³¹ Özcan, s. 105-106; Gözler, Yorum, s. 98; Şaban Kayıhan/ Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019, s. 167.

B. Lex Posterior İlkesi

Kısaca *lex posterior* şeklinde ifade edilen, *lex posterior derogat legi priori* ilkesine göre sonraki kanun önceki kanunları ilga eder. Başka bir deyişle, normlar hiyerarşisinde aynı basamakta yer alan ve birbirleriyle çatışma hâlinde bulunan hükümlerin arasında ihdas edilmiş zamanı bakımından sonraki tarihli kanun hükmü daha eski tarihli kanun hükmünü zımnen ilga³² eyer³³. Yani söz konusu çatışma problemi sonraki tarihli kanun hükmüne üstünlük tanınarak çözümlenir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesi 13.01.2011 tarihinde kabul edilerek aynı kanunun 1534'üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesini değiştiren 7101 sayılı Kanunun 24'üncü maddesi ise 28.02.2018 tarihinde kabul edilerek aynı Kanunun 66'ncı maddesi gereğince 15.03.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Görüldüğü üzere, aralarında çatışma bulunan ve normlar hiyerarşisinde aynı basamakta yer alan hükümlerden İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrası, Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasına nazaran daha yeni tarihlidir. Bu sebeple sadece *lex posterior* ilkesi bağlamında bir değerlendirme yapıldığında İcra ve İflas Kanunu'ndaki mezkûr hükme üstünlük tanıyarak; onun Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasında geçen “*konkordato ilân etmesi*” ifadesini zımnen ilga ettiğinin kabulü gerekir. Mamafih yukarıda da belirttiğimiz üzere normlar hiyerarşisinde aynı basamakta yer alan hukuk kuralları arasındaki çatışmanın çözümü sadece *lex posterior* ilkesine göre değil; aynı zamanda *lex specialis* ilkesine göre de yapılmalıdır. Bundan dolayı tartışma konusu yaptığımız meselenin bu ilkeye göre de değerlendirilmesi gerekmektedir.

C. Lex Specialis İlkesi

Lex specialis derogat legi generali, yani özel kanun genel kanunu ilga eder³⁴. Hukuk kuralları arasındaki çatışma halini çözmeye çalışan bu temel ilke

³² Zımnen ilga, bir hükmün açık bir metne dayanmadan yürürlükten kalkması halidir (Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 188).

³³ Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk'a Giriş*, Oniki Levha, 10. Baskı, 2021, s. 57; Kayıhan/Ünlütepe, s. 155; Gözler, Yorum, s. 100; Şener Akyol, *Medeni Hukuka Giriş*, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, 2006, s. 181; Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 28. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2022, s. 82; Antalya/Topuz, s. 394.

³⁴ Akyol, s. 191; Gözler, Yorum, s. 100.

kısaca *lex specialis* ilkesi olarak isimlendirilir. Bu ilkeye göre, aynı konuyu düzenleyen ve normlar hiyerarşisinde aynı basamakta yer alıp çatışma hâlinde olan hukuk kurallarından sadece belli bir alana veya duruma uygulanması gayesi ile ihdas edileninin (*özel hükmün*), kişiler arasındaki benzer hukuki ilişkilerin tamamına uygulanması gayesi ile ihdas edilenine (*genel hükme*) üstün tutulması gerekir³⁵. Başka bir deyişle böyle bir durumda genel hüküm, özel hükmün düzenlediği alan için ihmâl edilir³⁶.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Türk hukukunda konkordatoya ilişkin temel esaslar İcra ve İflas Kanunu'nun 285 vd. maddelerinde ihdas edilmiştir. Bu sebeple İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrası hükmü konkordato talebi ile mahkemeye başvurup (*geçici*) mühlet kararı alan ve onunla sözleşme ilişkisi içerisinde olan herkes için uygulanma kabiliyetini haizdir. Yani mezkûr düzenleme, genel hüküm mahiyetindedir. Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrası ise sadece sigorta şirketinin konkordato talep etmesine istinaden (*geçici*) mühlet alması hâlinde uygulanan sigorta sözleşmelerine münhasır özel bir düzenlemedir. Sadece *lex specialis* ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, Türk Ticaret Kanunu'nun söz konusu hükmünün özel hüküm mahiyetinde olması nedeniyle en azından sigorta sözleşmeleri için İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkraya hükmünün ihmâl edilmesi gerekir. Dolayısıyla sigortacının konkordato ilân etmesi (*hakkında geçici mühlet kararı verilmesi*) halinde sigorta ettirenin münakid sigorta sözleşmesini feshetme hakkı olduğunun kabulü gerekir.

Yukarıda *lex posterior* ve *lex specialis* ilkeleri bağlamında yaptığımız değerlendirmeler neticesinde kesin bir sonuca ulaşılmadığı; hatta birbirleri ile çelişki yaratan bir sonuca ulaşıldığı aşikârdır. Zira *lex posterior* ilkesine göre yaptığımız değerlendirme neticesinde İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasının, Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasında geçen “*konkordato ilan etmesi*” ifadesini ilga ettiği; *lex specialis* ilkesine göre yaptığımız tetkikte ise Türk Ticaret Kanunu'nun bahsi geçen düzenlemesinin ilga olmadığı ve uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bunun nedeni ise mevcut çatışmanın sonraki tarihli genel kanun hükmü ile önceki tarihli özel kanun hükmü arasında olmasıdır. Çünkü İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrası hükmü sonraki tarihli

³⁵ Özcan, s. 105; Kayıhan/Ünlütepe, s. 156; Hatemi, s. 57.

³⁶ Gözler, Yorum, s. 101.

genel hüküm iken; Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrası önceki tarihli özel hükümdür. Bu nitelikte bir çatışmanın ise sadece *lex posterior* veya *lex specialis* ilkeleri ile çözüme kavuşturulması kanaatimizce sağlıklı bir sonuç doğurmayacaktır. Bu sebeple meselenin farklı bir bakış açısıyla değerlendirilmesi elzemdir.

D. Bir Çözüm Önerisi: *Ratio Legis*

1. Genel Olarak

İşbu çalışmaya konu mevcut çatışma hali, sonraki tarihli genel nitelikteki kanun hükmü ile önceki tarihli özel nitelikteki kanun hükmünün çatışmasıdır³⁷. *Lex posterior* ilkesine göre, sonraki tarihli genel hükme; *lex specialis* ilkesine göre ise önceki tarihli özel hükme üstünlük tanımak gerekir. Bu hususta nasıl bir tercihte bulunmak gerektiği pozitif hukukta düzenlenmemiştir.

Doktrindeki bir görüş, bu tür çatışmaların *lex specialis* ilkesine göre çözümlenmesi gerektiğini, yani önceki tarihli olsa da özel hükmün uygulanacağını savunmaktadır³⁸. Yani, doktrindeki bu görüş, “*generalis clausula non porrigitur ad ea quae antea specialiter sunt comprehensa*” (genel hüküm, önceki özel hükümle düzenlenen şeyi sona erdirmez)³⁹ ilkesini benimsemektedir.

Bu konudaki diğer görüş ise, bu çatışma hakkında her hâli kapsayacak şekilde kat'i bir sonuca varmanın mümkün olmadığı yönündedir⁴⁰. Buna göre, söz konusu çatışma, somut olayın özellikleri dikkate alınarak mahkeme tarafından çözümlenmelidir⁴¹.

Kanaatimizce, yapılması gereken, sonraki tarihli genel kanun hükmünün “*ratio legis*”inden (*ihdas edilmiş amacından*) ve doğal olarak düzenlediği menfaat durumundan hareket etmektir⁴². Eğer sonraki tarihli genel kanun hükmünün

³⁷ Gözler sunduğu bir tebliğde diğerlerine nazaran çözümü karmaşık olan çatışma halinin bu olduğunu açıkça ifade etmiştir (Gözler, Yorum, s. 103).

³⁸ Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, 40. Baskı, 2017, s. 67; Yaşar Karayalçın/ Aynur Yongalık, *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme*, 8. Baskı, BTHAE, 2020, s. 152.

³⁹ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 19. Baskı, Ekin Yayınevi, 2022, s. 239.

⁴⁰ Gözler, Yorum, s. 103.

⁴¹ Gözler, Hukuk, s. 239.

⁴² Benzer görüş için bkz. Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1983, s.183; Jale Akipek/ Turgut

amacı, önceki tarihli kanun hükmü ile düzenlenen esas da değiştirmek ise, *lex posterior* ilkesine göre hareket edip sonraki tarihli genel kanun hükmüne üstünlük tanımak gerekir⁴³. Başka bir deyişle, eğer kanun koyucu yeni tarihli genel hükmünü yeni bir bakış açısıyla ve menfaatler dengesini farklı gözeterek ihdas etmişse, yeni tarihli kanun hükmünün uygulanmasını kabul etmek gerekir⁴⁴.

2. Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının İhdas Ediliş Amacı

Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasında sigortacının konkordato ilân etmesi, yani yaptığı konkordato başvurusuna istinaden mahkemenin onun hakkında geçici mühlet kararı vermesi halinde, sigorta ettirenin münakid sigorta sözleşmesini feshetmek hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu hükümle sigorta ettirene sigorta sözleşmesini feshetmesi bakımından sigortacının konkordato ilân etmesini haklı bir sebep olarak tanımıştır⁴⁵. Zira sigorta sözleşmeleri güven ilişkisinin en yoğun yaşandığı sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdendir. Bu güven ilişkisinin ortadan kalkması borç ihlallerine ve ifa güçlüklerine neden olabilir⁴⁶. Bu bakış açısıyla kanun koyucu, sigortacının ilgili sigorta dalına ilişkin ruhsatının iptal edilmesi veya sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması hali gibi konkordato ilân etmesini⁴⁷ de taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyen bir neden olarak öngörmüştür.

Sigortacının konkordato talep ederek geçici mühlet kararı alması, onun mali durumunun bozuk olduğunun mahkemece bir nevi tasdiki anlamına gelir. Sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesi akdetmesindeki temel motivasyonu,

Akıntürk/ Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, 2021, s. 103; Kayıhan/Ünlütepe, s. 156; Akyol, s. 195.

⁴³ Abdülhamid Oğuzhan Hacıömeroğlu, *Sorumluluk Sigortasında Sigorta Hımayesinin Kapsamı*, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 57.

⁴⁴ Antalya/Topuz, s. 395; Oğuzman/Barlas, s. 88; Şaban Kayıhan/Özcan Günergök/ İhsan Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, Umutepe Yayınları, 2020, s. 94; Özcan, s. 106; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 103.

⁴⁵ Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-Altıncı Kitap Sigorta Hukuku*, C.1, Oniki Levha Yayıncılık, 2016, s. 128.

⁴⁶ Bkz. Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin gerekçesi.

⁴⁷ Söz konusu hükümde “*gibi hallerde*” ifadesinden dolayı sadece hükümde zikredilen hallerin değil, bunlara benzeyen diğer hallerin de sigorta sözleşmesinin feshi için sigorta ettiren bakımından haklı sebep oluşturacağı kabulü gerekir.

himaye kapsamına alınan rizikonun ileride gerçekleşmesi hâlinde meydana gelen zararı sigorta bedeli sınırları içerisinde sigortacıdan karşılamaktır. Mali durumu bozuk olan sigortacının, sigorta ettirenlerinin talep edeceği sigorta tazminatlarını ödeyip ödeyemeyeceği ise meçhuldür. Bu sebeple kanun koyucu, sigortacının konkordato talebine istinaden geçici mühlet olarak mali durumunun bozuk olduğunun mahkemece tasdik edilmesi hâlinde sigorta ettirene münakid sigorta sözleşmesini feshetme hakkını vererek; onun sigorta himayesi kapsamına almak istediği rizikolarını başka sigorta şirketleri nezdinde sigortalatmasına imkân vermiştir. Bahsedilenler ışığında mezkûr düzenlemenin, genellikle sigorta sözleşmelerinin zayıf tarafı konumunda olan sigorta ettirenleri koruyucu ve uygulama açısından gerekli bir düzenleme olduğu savunulabilir.

3. İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının İhdas Ediliş Amacı

İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan iflas erteleme müessesesinin kaldırılmasından önce, iflas erteleme başvurusunun ardından eğer şartları varsa mahkemece dört yıla kadar erteleme süresi verilebilmekteydi. Bu süre zarfında da iflas erteleme isteyen hakkında icra takibi yapılamamakta; daha önce başlamış olan takipler de durmaktaydı. İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen söz konusu kurum, uygulamada bu yola başvuran kişilerin uzun yıllar tedbir adı altında bir nevi koruma zırhına bürünmesine sebep olmuş ve düzenleniş amacından zamanla uzaklaşmaya başlamıştı. Ayrıca iflasın ertelenmesi sürecinin genellikle borçlu ile mahkeme arasında yürütülmesi ve alacaklıların bu süreçte çok fazla söz sahibi olamamaları, alacaklılar açısından bazı dezavantajlı sonuçlar doğurmuştur. İflas erteleme kurumu, getirilen eleştiriler de dikkate alınarak 28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı kanunla kaldırılmış, daha önce de var olan ancak pek uygulama alanı bulmayan “*konkordato*” köklü değişikliklerle yeniden düzenlenerek daha işlevsel hale getirilmeye çalışılmıştır.

Konkordato müessesesi, her ne kadar mahkemenin verdiği mühlet kararı ile birlikte borçlu bakımından en azından belli bir süre koruma zırhı sağlıyor olsa da alacaklıların menfaatini koruduğu da bir gerçektir⁴⁸. Zira konkordato müessesesinde güdülen asıl amaç, konkordato talep eden kişinin işletmesinin devamlılığını sağlayarak ticaret hayatının içerisinde yer alması ve böylece

⁴⁸ Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, Bilge Yayınevi, 2019, s. 7.

gelir elde ederek borçlarını ödemesini sağlamaktır⁴⁹. Yargıtay da bir kararında konkordatonun amacını benzer şekilde vurgulamıştır. Zira söz konusu karara göre, “*alacaklıların alacağına kavuşmasını amaçlayan bu kurum özünde borçlu şirketin faaliyetlerine devamını sağlamayı ve bu sayede borçların ödenmesini amaçlamaktadır*”⁵⁰.

Mali durumu bozuk olan bir borçlunun malvarlığının alacaklılardan biri tarafından icra yoluyla paraya çevrilmesi diğer alacaklıların zararına neden olabilir. Konkordato geçici mühlet kararı ile ortaya çıkan ve borçluya giydirilen hukuki koruma zırhı sayesinde, hem borçlunun aktifi korunmakta hem de alacaklılar arasında denge sağlanmaktadır⁵¹.

Bunlar dışında konkordato, kamunun menfaatine de hizmet etmektedir⁵². Zira konkordato sayesinde borçlu, işletmesinin devamlılığı sağlandığı için ticaret hayatının içerisinde kalmakta, böylece onun ülke ekonomisine, üretime ve istihdama katkısı devam etmektedir⁵³. Ölü işletmelerle dolu mezarlıkların hiçbir kimseye faydası yoktur. Ezcümle, konkordato hem borçlunun, hem alacaklıların ve hem de toplumun genelinin menfaatini koruyan bir müessesedir. Bu sebeple konkordatonun ve ona ilişkin İcra ve İflas Kanunu'nun 285 vd. maddesi hükümlerinin bu minvalde değerlendirilmesi gerekir.

Kanun koyucu, çalışma konumuz olan İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasını ihdas ederken, taraflardan birinin konkordato talep etmesinin karşı taraf bakımından sözleşmenin feshi için haklı sebep oluşturmaması gayesini gütmüştür. Kanun koyucunun, bu hükmü ihdas ederken, zaten mali durumu bozuk ve borçlarını ödemekte zorlandığı için

⁴⁹ Timuçin Muşul, *İflas ve Konkordato Hukuku*, Adalet Yayınları, 2. Baskı, 2019, s. 375; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 619; Sümer Altay/Ali Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019, s.4; Sarısözen, s. 109; Orhan Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, 2023, s. 19; Hakan Albayrak, *İflas Dışı Adi Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, 2020, s. 36; Ayşe Duygu Özalp, *Adi Konkordato Talebi*, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022, s. 10.

⁵⁰ Y. 23. HD. 20.01.2021 T. 2020/1165 E. 2021/123 K. (www.lexpera.com.tr) Erişim Tarihi 18 Ağustos 2023.

⁵¹ Muşul, s. 375; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013, s. 1443; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.571; Uyar, s. 7,8.

⁵² Ersin Erdoğan/ Selin Yeşildal, “Finansal Yeniden Yapılandırma ve Konkordato Sürecinde Uygulanabilirliği”, *TFM*, 7(2), s. 309.

⁵³ Şanal Görgün/ Levent Börü/ Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 475; Atalı/Ermenek/ Erdoğan, s.28,620; Albayrak, s.337; Kale, s. 214.

konkordato talep eden kişilerin daha önceden akdettikleri ve işletmelerinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin bu sebeple feshedilmesinin, onların mali durumlarını daha da kötüleştirileceğini düşündüğü kanaatindeyiz. Mezkûr hüküm sayesinde bu nitelikteki sözleşmelerin devamı, konkordatodan beklenen borçlunun mühlet içerisinde ekonomik durumunu düzeltip ticari hayatına devam etmesi amacını da sağlamış olacaktır⁵⁴.

4. Değerlendirme ve Görüşümüz

Bir ülkenin yatırım ortamının iyileştirilmesi, yargı sisteminin kalitesi, hızı ve sözleşmelerin icrası konusundaki gücü ile doğrudan bağlantılıdır. Bu sebeple ekonomi ve hukuk alanları birbirleriyle yakın ilişki içerisinde. Bu ilişki, aynı zamanda o ülkedeki yatırım ortamının iyi olup olmadığı hakkında fikir vermesi bakımından da önemlidir. Etkin, güvenli, öngörülebilir ve menfaatler dengesini gözetten bir hukuk sistemi, yatırım ortamının iyileştirilebilmesi bakımından olmazsa olmaz bir şarttır⁵⁵.

Bu gerekçe ile kanun koyucu, 7101 sayılı Kanunu ihdas etmiş ve bu kanun ile yaptığı en önemli değişikliğin konkordato müessesesine ilişkin olduğunu söz konusu Kanunun genel gerekçesinde açıkça ifade etmiştir⁵⁶. Zira, borçlunun, alacaklıların ve mahkemenin içerisinde olduğu konkordato müessesesinin etkin ve aktif kullanılması, ticari ve sosyal hayat bakımından bir ihtiyaçtır.

Borçlu ve alacaklıları arasında menfaatler dengesinin adil bir şekilde sağlanarak borçların ifa edilmesi ve borçlunun işletmesinin devamlılığını sürdürerek hem toplum barışının korunması hem de makroekonomik planda üretim ve istihdamda iyileşmenin sağlanması gayesiyle ihdas edilen İcra ve İflas Kanunu'nun 285 vd. maddelerindeki düzenlemeler arasında en önemlilerinden biri 296'ncı maddenin birinci fıkrasıdır. Belki de mezkûr hükmün, konkordato talep eden borçlunun işletmesinin devamlılığı açısından en etkin hükümlerden biri olduğu söylenebilir. Zira söz konusu hükme göre, borçlunun konkordato talep etmesi daha önceden akdetmiş olduğu sözleşmeler bakımından haklı fesih

⁵⁴ Aydemir, s. 849.

⁵⁵ Bkz. Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 3 <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss524.pdf>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2023.

⁵⁶ Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 4. <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss524.pdf>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2023.

nedeni oluşturmaz. Nitekim kanun koyucu, bu düzenlemede hükmün sadece borçlunun işletmesinin devamlılığını sağlayan sözleşmelerde uygulanacağını belirterek konkordato müessesesinde işletme devamlılığına verdiği önemi göstermiştir. Yani münakid bir sözleşme, konkordato talebinden bulunan borçlunun işletmesinin faaliyetinin devamı açısından önem arz ediyorsa, karşı taraf bu sözleşmeyi devam ettirmekle yükümlüdür⁵⁷.

İcra ve İflas Kanunu'nun bahsi geçen düzenlemesi daha çok sigorta sözleşmeleri gibi sürekli borç ilişkisi doğrudan sözleşmelerde etkin ve aktif şekilde kullanılma kabiliyetini haizdir⁵⁸. Zira sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde asli edim yükümlülüğünün ifası ile zaman unsuru arasında sürekli devam eden bir ilişki vardır. Bu ilişki, belirli veya belirli olmayan bir zaman dilimine ilişkin olabilir⁵⁹.

Sigortacının sigorta sözleşmesinden kaynaklı asli edim yükümlülüğü rizikoyu taşıma yükümlülüğüdür⁶⁰. Keza Türk Ticaret Kanunu'nun sistematigi de bu hususu doğrular niteliktedir. Zira kanun koyucu Türk Ticaret Kanunu'nda sigortacının borç ve yükümlülüklerini belirlerken ilk önce 1421 ve 1422'nci maddelerin üst başlığı olarak “*rizikoyu taşıma yükümlülüğü*” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Pek tabii ki sigortacı, maddi sigorta süresi⁶¹ içerisinde gerçekleşen rizikoları himaye etmekle yükümlüdür. Yani,

⁵⁷ Banu Bilge Sarıhan, “Konkordatonun Kira Sözleşmesine Etkisi”, *NEÜHFD*, 3(1), 2020, s.89.

⁵⁸ Her ne kadar söz konusu düzenlemenin daha çok sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde uygulanacağını belirtmiş olsak da ani edimli sözleşmeler bakımından uygulanmasında hukuken bir engel yoktur.

⁵⁹ Fikret Eren/ Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, C.1, Yetkin Yayınları, 2022, s. 285.

⁶⁰ Ünan, s. 13 vd.; Zehra Şeker Öğüz/ Aslıhan Sevinç Kuyucu, *Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2011, s. 21; Abdülhamid Oğuzhan Hacıömeroğlu, “Zorunlu Sorumluluk Sigortacısının Sonraki Sorumluluğu”, *Batider*, 36(2), s. 127.

⁶¹ Sigorta sözleşmelerinde iki tip süre vardır. Bunlardan ilki “*şekli sigorta süresi*”dir. “*şekli sigorta süresi*”, sigorta sözleşmesinin icap ve kabul ile geçerli bir şekilde kurulması ile başlar ve sigorta sözleşmesinin sona ermesine kadar devam eder (Manfred Wandt/ Hans-Leo Weyers, *Versicherungsvertragsrecht*, Luchterhand, 3. Auf., 2003, s. 70, Rn. 246; Peter Schimikowski, *Versicherungsvertragsrecht*, C.H.Beck, 5. Auf., 2014, s. 64; Peter Kühnholz, *Versicherungsvertragsrecht*, Heymans, 1989, s. 16). Şekli sigorta süresinin başlaması ile sigortacının himaye yükümlülüğünün de aynı anda başladığını söylemek, her zaman için doğru değildir. Sigortacının himaye yükümlülüğünün başladığı ve sigorta himayesi kapsamına dâhil edilen rizikoların gerçekleşebileceği zaman aralığı, “*maddi sigorta süresi*” veya “*sorumluluk süresi*” (*Haftungsdauer*) olarak isimlendirilir (Christian Armbrüster, Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, C.H.Beck, 30. Auf., 2018, §10, Rn.1; Wandt / Weyers, s. 70, Rn. 248; Schimikowski, s. 64; Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 17. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s. 232; Kühnholz, s. 16; Aynur Yongalık,

sigortacın asli edim yükümlülüğü olan rizikoyu taşıma yükümlülüğü sigorta süresi içerisinde sürekli devam eden bir yükümlülüktür. Bu sebeple, sigorta sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdir⁶².

Sigorta şirketinin konkordato talebi ile mahkemeye başvurup geçici mühlet kararı alması hâlinde, sigorta ettiren bu olguyu öğrendiği tarihten itibaren bir ay içerisinde münakid sigorta sözleşmesini Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca feshedebilir. Mamafih İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasına bakıldığında ise sigorta ettirenin bahse geçen gerekçeyle sigorta sözleşmesini feshedemeyeceği görülmektedir. Kanaatimizce burada İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrası hükmü, Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasında geçen sadece “*konkordato ilân etmesi*” ifadesini zımnen ilga etmiştir⁶³. Şöyle ki;

Kanun koyucu, 7101 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'nun 285 vd. maddelerindeki konkordatoya ilişkin hükümleri farklı bir anlayış ve bakış açısıyla ihdas etmiştir⁶⁴. Konkordatonun temelinde yatan asıl amaç, mali durumu bozuk olan borçlunun iyileştirilerek işletmesinin faaliyetinin sürekliliğinin sağlanmasıdır⁶⁵. İcra ve İflas Kanunu'nun 291'inci maddesinin birinci fıkrasında geçen “*konkordato talebi ile amaçlanan iyileşmenin...*” ifadesi de bu amacı göstermektedir. Eğer borçlunun işletmesinin sürekliliği sağlarsa, başka bir deyişle işletmenin çarkları dönmeye devam ederse, alacaklılar alacaklarını rahat bir şekilde tahsil edebilecek ve aynı zamanda borçlunun ülke ekonomisine olan katkısı devam edebilecektir.

Konkordato talebine istinaden hakkında (*geçici*) mühlet kararı verilen kişi ticaretten men edilen kişi değildir. Hatta İcra ve İflas Kanunu'nun 294'üncü maddesine bakıldığında, mühletin amacının borçlunun bu süre içerisinde alacaklıların baskısına uğramadan konkordato projesini hayata geçirebilmek için ticari faaliyetlerinin devamının sağlanması olduğu görülmektedir. İşte

Çevre Sorumluluk Sigortası, BTHAE, 1998, s. 185.). Kural olarak, sigortanın maddi süresi, dolayısı ile sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğü, primin veya en azından ilk taksitinin ödenmesi ile başlar (TTK m. 1421/1).

⁶² Kender, s.143.

⁶³ Benzer yönde görüş için bkz. Aydemir, s. 858.

⁶⁴ Kale, s. 214.

⁶⁵ Muşul, s. 375; Atalı/Ermeneç/Erdoğan, s. 619; Altay /Eskiocak, s.4; Sarısözen, s. 109; Eroğlu, s. 19; Albayrak, s. 36; Kale, s. 214.

bu amacın gerçekleşebilmesi yani işletme sürekliliğinin sağlanabilmesi için gerekli olan hususlardan biri de, borçlunun daha önceden akdettiği özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin yürürlükte kalmasıdır. Bu gaye ile kanun koyucu, borçlunun konkordato talep etmesinin sözleşmenin karşı tarafı bakımından fesih için haklı sebep oluşturamayacağını düzenleme ihtiyacı hissetmiştir (İİK m. 296/1). Türk Ticaret Kanunu'nda sigortacının “*konkordato ilân etmesi*”nin, sözleşmenin feshi için sigorta ettiren bakımından haklı sebep sayılmasının kanaatimizce nedeni, daha sonraki 7101 sayılı Kanun düzenlenirken konkordatoya ilişkin sahip olunan anlayış ve bakış açısının daha önceki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun düzenlendiği dönemde olmamasıdır.

Bir an için Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesi hükmüne üstünlük tanındığı varsayılrsa, yani sigortacının konkordatosuna istinaden sigorta ettirenin sözleşmeyi feshetme hakkı olduğu kabul edilirse, bunun hem sigorta şirketleri ve hem de ülke ekonomisi bakımından ağır sonuçları olur. Sigorta şirketlerinin, 2022 yılı sonu itibariyle ürettikleri prim toplamının 235 milyar TL'nin üzerinde⁶⁶ olması hususu da göz önüne alındığında, ülke ekonomisi bakımından sahip oldukları önem inkâr edilemez bir gerçektir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun⁶⁷ 3'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, sigorta şirketleri, sigortacılık işlemleri ve bunlarla doğrudan bağlantısı bulunan işler dışında başka işle işteğal edemezler. Sigorta şirketlerinin yegâne geliri akdettikleri sigorta sözleşmelerine istinaden sigorta ettirenlerden tahsil ettikleri primlerdir. Aynı zamanda sigorta şirketleri, sigorta himayesi kapsamına aldıkları rizikoların gerçekleşmesi hâlinde ödemekle yükümlü olacakları sigorta tazminatını bu primlerden oluşturdukları fondan karşılamaktadırlar⁶⁸. Bu anlatılanlar ışığında, sigorta priminin sigorta şirketinin işletmesinin devamlılığı açısından taşıdığı önem uzun izahatı gerektirmeyecek kadar açıktır.

Konkordato talep eden sigortacının geçici mühlet kararı almasına dayanarak konkordato ilân ettiği gerekçesiyle sigorta ettirenin, Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca sigorta sözleşmesini feshetmesi, sigortacının en önemli gelir kaynağı olan sigorta

⁶⁶ Bu konu hakkında Türkiye Sigorta Birliği tarafından yayınlanan istatistikler için bkz. <<https://www.tsb.org.tr/tr/istatistikler>> Erişim Tarihi 22 Ağustos 2023.

⁶⁷ 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazete.

⁶⁸ Kender, s. 143.

primlerini tehlikeye düşürür. Zira söz konusu kanunun “*prim iadesi*” başlıklı 1419'uncu maddesine göre, eğer sigorta sözleşmesi sona ererse işlemeyen günlere ait sigorta primlerinin sigorta ettirene iadesi gerekir. “*İşlemeyen gün*” ifadesinden anlaşılması gereken, sigorta sözleşmesinin sona erdirildiği tarih ile sözleşme uyarınca sonra ermesi gereken tarih aralığındaki süredir⁶⁹. Yani, sigorta sözleşmesi sona ererse sigortacı sadece rizikoyu taşıdığı döneme ait primlere hak kazanır. Bundan dolayı sigortacı önceden tahsil etmiş olduğu rizikoyu taşımadığı döneme ait primleri sigorta ettirene iade etmelidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrası sigorta ettirene sigorta sözleşmesini hükümde geçen olguların varlığı hâlinde feshetme yani sona erdirmeye hakkı vermektedir. Eğer sigortacının konkordatosuna istinaden sigorta ettiren bu hakkını kullanır; sigorta sözleşmesini feshederse, sigortacı sözleşmenin feshedildiği tarih ile sona ermesi gereken asıl tarih arasında artık sigorta himayesi sağlamayacağı için bu döneme ilişkin daha önceden tahsil ettiği primleri sigorta ettirene iade edecektir. Dikkat edilirse, söz konusu düzenlemedeki fesih hakkı tek bir sigorta ettirene verilmemiştir. Bu haktan konkordato ilân eden sigortacının tüm sigorta ettirenleri yararlanabilir. Böyle bir durumda ise sigortacının iade etmekle yükümlü olacağı prim miktarı onun ekonomik anlamda mahvına neden olabilir. Zaten mali durumu bozuk ve borçlarını ödemekte zorlandığı gerekçesiyle konkordato talep eden sigortacının bir de daha önceden tahsil ettiği primleri iade etme tehlikesi ile karşılaşmasının, onu mali açıdan daha zor duruma sokacağı bir gerçektir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, hakkında geçici mühlet kararı verilen kişi ticaretten men edilmiş değildir; aksine konkordatonun temel amacı başvuran kişinin işletmesinin faaliyetinin devamlılığının sağlanmasıdır. Sigorta şirketlerinin işletmelerinin faaliyetinin devamlılığı açısından sigorta sözleşmelerinin varlığı asli bir unsurdur. Envanterinde münakid sigorta sözleşmesi olmayan bir sigorta şirketinin, sigorta sektörü içerisinde varlığını devam ettirmesi mümkün değildir. Böyle bir sigorta şirketinin konkordato sürecinin devam etmesinin herhangi bir anlamı yoktur.

Konkordatoya benzeyen⁷⁰ ve aslında aralarında önemli farkların⁷¹ bulunduğu “*uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma*” müessesine sigorta

⁶⁹ Ünan, s. 155.

⁷⁰ Şaban Kayıhan/ Orhan Eroğlu, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması Hakkındaki İcra ve İflas Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İMHD*, 6(10), 2021, s. 249.

⁷¹ Konkordato ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma arasındaki farklar için bkz. Özalp, s. 17 vd.; Uyar, s. 13-16.

şirketlerinin başvurmasının mümkün olmaması (İİK m. 309/t/2) dahi konkordatoya ilişkin İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin uygulanmasının sigorta şirketleri bakımından taşıdığı önemi göstermektedir. Zira mali durumu bozuk olan sigortacının, mali durumunu düzeltmesi ve işletmesinin devamlılığını sağlaması açısından icra ve iflas hukuku anlamında tek başvurabileceği müessese konkordatodur.

Sonuç olarak, yukarıda yapılan izahat çerçevesinde, sigorta sözleşmelerinin sigorta şirketinin işletmesinin devamlılığı açısından sahip olduğu önem ve konkordatonun temel amacının borçlunun işletmesinin devamlılığını sağlamak olduğu hususu göz önüne alındığında, sigortacı hakkında geçici mühlet kararı verilmesi (*konkordato ilân etmesi*) halinde İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrası gereğince sigorta ettiren, münakid sigorta sözleşmesini feshedemez. Başka bir ifade ile, İcra ve İflas Kanunu'nun mezkûr hükmü, Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinde geçen “*konkordato ilân etmesi*” ifadesini zımnen ilga etmiştir.

SONUÇ

İşbu çalışma neticesinde tarafımızca aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

- Konkordato talep ederek hakkında geçici mühlet kararı verilen kişiler bakımından İcra ve İflas Kanunu'nun 288'inci maddesinin birinci fıkrası gereğince uygulanma kabiliyetini haiz aynı kanunun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, “..... sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmaz. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez”. Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre ise, “*sigortacının, konkordato ilân etmesi, gibi hâllerde; sigorta ettiren, bu olguları öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sigorta sözleşmesini feshedebilir*”. Doktrinde farklı yönde görüşler olsa da söz konusu iki düzenlemenin birbiri ile çatışma halinde olduğu kanaatindeyiz.

- Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrasında geçen “*sigortacının konkordato ilân etmesi*” ifadesinden anlaşılması gereken, sigortacı hakkında mahkemece geçici mühlet kararı verilmesidir. Zira konkordato talebi ile mahkemeye başvuran borçlu hakkında verilen geçici mühletin süresi ve borçluya sağladığı hukuki koruma, mahkemece geçici mühlete karar verilmesi ile başlar.

- Normlar hiyerarşisinde aynı basamakta yer alan söz konusu iki kanun hükmü arasındaki çatışmanın, sadece *lex posterior* veya *lex specialis* ilkeleri ile sağlıklı bir çözüme kavuşturulması mümkün değildir. Zira bahsi geçen çatışma hali, sonraki tarihli genel nitelikteki kanun hükmü ile önceki tarihli özel nitelikteki kanun hükmünün çatışmasıdır. *Lex posterior* ilkesine göre, sonraki tarihli genel hükme yani İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasına; *lex specialis* ilkesine göre ise önceki tarihli özel hükme yani Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinin birinci fıkrası hükmüne üstünlük tanımak gerekir.

- Kanaatimizce, yapılması gereken, sonraki tarihli genel kanun hükmünün "*ratio legis*"inden (*ihdas edilmiş amacından*) ve doğal olarak düzenlediği menfaat durumundan hareket etmektir. Eğer kanun koyucu yeni tarihli genel hükmü yeni bir bakış açısıyla ve menfaatler dengesini farklı gözeterek ihdas etmişse, yeni tarihli kanun hükmünün uygulanmasını kabul etmek gerekir.

- 7101 sayılı kanunla iflas erteleme kurumu, getirilen eleştiriler de dikkate alınarak kaldırılmış ve daha önce de var olan ancak pek uygulama alanı bulmayan "*konkordato*" farklı bir bakış açısı ve anlayışla yeniden düzenlenerek daha işlevsel hale getirilmiştir. Konkordato müessesesinde güdülen asıl amaç, konkordato talep eden kişinin işletmesinin devamlılığını sağlayarak ticaret hayatının içerisinde yer alması ve böylece gelir elde ederek borçlarını ödemesini sağlamaktır. Böylece konkordato, hem borçlunun, hem alacaklıların ve hem de toplumun genelinin menfaatine hizmet etmiş olur.

- Sigortacının konkordato talebine istinaden sigorta ettirenlerinin sözleşmeleri feshetmesi (TTK m. 1413) halinde sigorta şirketleri, envanterlerindeki sigorta sözleşmelerini kaybetme ve prim iadesi (TTK m. 1419) tehlikesi ile karşılaşma ihtimalleri söz konusu olacaktır. Sigorta şirketlerinin, sigortacılık işlemleri ve bunlarla doğrudan bağlantısı bulunan işler dışında başka işlemlerinin yasak olması (Sigortacılık Kanunu m.3/1) göz önüne alındığında tehlikenin boyutu daha da artmaktadır. Bu tehlike neticesinde ise, sigorta şirketinin işletmesinin faaliyetinin devam edemeyeceği açıktır. Böyle bir sigorta şirketinin konkordato sürecinin devam etmesinin herhangi bir anlamı yoktur. Yeni konkordato hukukunun temel amacının borçlunun işletmesinin sürekliliğini sağlamak olduğu hususu göz önüne alındığında, İcra ve İflas Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrası hükmünün Türk Ticaret Kanunu'nun 1413'üncü maddesinde geçen "*konkordato ilân etmesi*" ifadesini zımnen ilga ettiği kanaat ve sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

- Akipek J./Akıntürk T./Ateş Karaman D., *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayınevi, 2021.
- Akyol Ş., *Medeni Hukuka Giriş*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Albayrak H., *İflas Dışı Adi Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, 2020.
- Altaş H., *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Altay S. /Eskiocak A., *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Baskı edat Kitapçılık, 2019.
- Antalya G./Topuz M., *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, C.1, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Armbrüster C., Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, C.H.Beck, 30. Auf., 2018.
- Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E., *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Atalı M./Ermenek İ./ Erdoğan E., *İcra ve İflas Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Aydemir D., "Konkordato Mühletinin Sözleşmelere Etkisi (İİK m. 296)", *MİHDER*, 15(44), 2019, s. 847-884.
- Barın T., *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Börü L./Parlak Börü Ş., "Konkordatonun Kefalet Sözleşmelerine Etkileri", *İHM*, 78(3), 2020, s.1239-1279.
- Budak A. C./Tunç Yücel M., "İflas Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri", *MİHDER*, 11, 2015, s. 21-38.
- Edis S., *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1983.
- Erdoğan E./Yeşildal S., "Finansal Yeniden Yapılandırma ve Konkordato

- Sürecinde Uygulanabilirliği”, *TFM*, 7(2), 2021, s. 285-314.
- Eren F./Dönmez Ü., *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, C.1, Yetkin Yayınları, 2022.
- Eroğlu O., *Uygulamada Konkordato*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, 2023.
- Görgün Ş./Börü L./Kodakoğlu M., *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Gözler K., “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s. 15-119. (Kısaltılışı: Yorum).
- Gözler K., *Hukuka Giriş*, 19. Baskı, Ekin Yayınevi, 2022. (Kısaltılışı: Hukuk).
- Gözübüyük Ş., *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 40. Baskı, Turhan Kitabevi, 2017.
- Hacıömeroğlu A. O., “Zorunlu Sorumluluk Sigortacısının Sonraki Sorumluluğu”, *Batider*, 36(2), 2020, s. 123-150.
- Hacıömeroğlu A. O., *Sorumluluk Sigortasında Sigorta Himayesinin Kapsamı*, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Hatemi H., *Medeni Hukuk'a Giriş*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kale S., “7101 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato”, *İMÜHFD*, 5(1), 2018, s.213-269.
- Karayalçın Y./Yongalık A., *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme*, 8. Baskı, BTHAE, 2020.
- Kayıhan Ş./Eroğlu O., “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması Hakkındaki İcra ve İflas Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İMİHFD*, 6(10), 2021, s. 249-315.
- Kayıhan Ş./Günergök Ö./Hüseyin İ., *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, Umuttepe Yayınları, 2020.
- Kayıhan Ş./Ünlütepe M., *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019.
- Kayık Aydınalp A., “Konkordatonun İşçilik Alacakları ve İş Sözleşmeleri Üzerine Yansıması”, *DEÜHFD*, 21(2), 2019, s. 487-522.
- Kender R., *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 17. Baskı, On İki Levha, 2021.
- Kodakoğlu M., “Konkordatonun Kamu İhalelerine Etkisi”, *SÜHFD*, 30(4), 2022, s. 2201-2248.
- Kuru B., *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013.
- Kühnholz P., *Versicherungsrecht*, Heymans, 1989.
- Muşul T., *İflas ve Konkordato Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, 2019.
- Oğuzman K./Barlas N., *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 28. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Özalp A. D., *Adi Konkordato Talebi*, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Özcan Z. “Hukuk Kurallarının Özellikleri, Çeşitleri ve Uygulanması”, (Edt.: İkizler, Metin/ Tüzüner, Özlem), *Medeni Hukuk -I- Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, Adalet Yayınları, 2022, s.89-131.
- Özsöker G., *Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Doğurduğu Sonuçlar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022.
- Öztek S./ Budak A. C. / Tunç Yücel M./Yeşilova B./Kale S., *Yeni Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2023.
- Pekcantez H./Atalay O./ Sungurtekin Özkan M./ Özekes M., *İcra ve İflas Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, 2022.
- Pekcantez H./Erdönmez G., *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Sarıhan B. B., “Konkordatonun Kira Sözleşmesine Etkisi”, *NEÜHFD*, 3(1), 2020, s. 83-98.
- Sarisözen M. S., *Konkordato*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Schimikowski P., *Versicherungsvertragsrecht*, C.H. Beck, 5. Auf., 2014.
- Sezer A., “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36(1), 2019, s.353-412.
- Simil C., *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, On İki Levha

Yayıncılık, 2020.

Spühler K./ Dolge A., *Schuldbetreibungs und Konkursrecht II*, 7. Auflage, Schulthess, 2017.

Şeker Öğüz Z./ Sevinç Kuyucu A., *Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2011.

Tunç Yücel M., *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Uyar T., *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, Bilge Yayınevi, 2019.

Ünan S., *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-Altıncı Kitap Sigorta Hukuku*, C.1, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Wandt M./ Weyers, H. L., *Versicherungsvertragsrecht*, Luchterhand, 3. Auf., 2003.

Yongalık A., *Çevre Sorumluluk Sigortası*, BTHAE, 1998.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**KİRA ARTIŞ ORANINA DAİR GEÇİCİ MADDELER İLE TARAF
İRADESİ: ÖZELLİKLE ARABULUCULUK**

PROVISIONAL ARTICLES ON THE RATE OF RENT INCREASE AND
THE WILL OF THE PARTIES: ESPECIALLY MEDIATION

Muhammed Kiomers GANBARI*  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1355831](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1355831) 

İnsanın en temel haklarından birinin barınma olduğu söylene herhalde yanlış bir cümle kurulmuş olmaz. Bundan olsa gerektir ki birçok hukuk sistemi kira sözleşmelerine dair özel düzenlemeler içermektedir. Zira kişilerin mülkiyet hakkıyla konut edinebilmesi yahut bütün bireylerin mülkiyet hakkıyla konut edinebilmesi; liberal bir ekonomide pek mümkün görülmemektedir. Bundan olsa gerektir ki hukuk sistemleri; kiracıyı, kiraya veren karşısında korumak istemiştir. Konut ihtiyacı içerisinde olan kimsenin, çoğu kez fazladan, kiraya verebilecek bir konuta sahip olan kimse karşısında zayıf durumda olduğu açıktır. Pazarlık gücündeki bu farklılık kira bedelinin belirlenmesinden kira artış oranına ve kiranın ödenmemesi durumunda gündeme gelebilecek ceza koşuluna kadar etki edebilmektedir. Bu sebeptendir ki modern hukuklar böylesi hususlarda mutlak sözleşme serbestisini benimsememiş ve kira sözleşmesine çoğu kez emredici hükümlerle müdahalede bulunmuştur. Gerçekten de böylesi müdahaleleri hukukumuzda da görmek mümkündür. Özellikle kira bedelinin belirlenmesi açısından TBK m. 344 bu noktada özel önem taşımaktadır. Bu çalışmada ilgili hükmün getirdiği sınırlamaları genişleten iki geçici madde hükmünün ne anlama geldiği irdelenmiştir. Yine bu kanun hükümleri ile getirilen kira artış oranı sınırının gerek tarafların iradesiyle gerekse de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk ile bertaraf edilip edilemeyeceği de ortaya koyulmuştur.

* **Arş. Gör.**, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/TOKAT, **e-posta:** ganbarimk@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-7984-0333
DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1355831.

* **İntihal / Plagiarizm:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Anahtar Kelimeler: Kira artış oranı, Geçici maddeler, Taraf iradesi, Arabuluculuk, Emredici hükümler

ABSTRACT

It would probably not be wrong to say that one of the most fundamental rights of human beings is housing. It must be due to this fact that many legal systems include special regulations on lease agreements. Because it is not possible for individuals to acquire housing with the right of ownership or for all individuals to acquire housing with the right of ownership in a liberal economy. Therefore, legal systems have tried to protect the lessee against the lessor. It is clear that the person in need of housing is often in a weaker position than the person who owns an extra house that can be rented out. This difference in bargaining power may affect the determination of the rent, the rate of rent increase and the penalty clause that may arise in case of non-payment of the rent. For this reason, modern laws have not adopted absolute freedom of contract in such matters and have often intervened in the lease agreement with mandatory rules. Indeed, it is possible to see such interventions in our law. In particular, Article 344 of the TCO is of special importance at this point in terms of determining the rent. In this study, the meaning of the two provisional articles that expand the limitations imposed by the relevant provision is analyzed. In addition, it is also revealed whether the limit of rate of rent limit introduced by these articles can be eliminated either by the will of the parties or by mediation, which is an alternative dispute resolution method.

Keywords: Rate of rent increase, Provisional articles, Will of parties, Mediation, Mandatory rules

EXTENDED ABSTRACT

As one of the most basic needs, housing is mostly fulfilled through lease agreements. The lessor is often in a stronger position than the lessee. Because most of the time, while the lessee is in a state of need, the lessor only aims for more income. This situation is felt deeply especially in the leasing of residential. For this reason, there are many legal provisions for the protection of lessee against the lessor. Such provisions are sometimes related to private law and sometimes to public law.

The provisions on the protection of the lessee have different characteristics in Turkish law. Some of them provide protection from the beginning to the end of the contract. Others make sense only during the conclusion of the lease agreement. The provisions on the protection of the lessee damage sometimes the fairness in the contract. For example, at the beginning of the lease agreement, there is no limitation on the rent. It is obvious that this situation is to the detriment of the lessee. On the other hand, a penalty clause cannot be agreed against the lessee who violates the lease agreement. It is obvious that this situation is also against the lessor. This imbalance in the

provisions of the law is sometimes encountered in the interpretation of legal norms.

In Turkish law, the provisions on the increase of the rent are interpreted as a provision that makes sense from the beginning to the end of the lease agreement. However, at the beginning, the lessee is in need of housing and tends to accept the impositions to be made by the lessor. However, after the lease agreement is signed and the leased property is delivered, the lessee is not under any pressure. In such situation, the agreements on the rent increase should be valid in principle. This is the basis of this study. For this purpose, firstly, the provisions in Turkish law regarding the determination of the rent and their means are analyzed. In addition, the issue of how the rent can be determined at the beginning is also examined. Also, it is revealed that it is no longer possible to conclude a lease agreement in foreign currency in our law.

In general, the rent determined at the beginning of the lease agreements is valid throughout the agreement. However, when long-term lease agreements are considered, it is inevitable that the rent will change. This is usually realized in the form of an increase in the rent, while it is rarely possible to decrease. In the study, it is mostly explained the possibility of increase. In Turkish law, the limitation of the rent increase is not only provided by general rules. In addition, especially in periods of high inflation, the rate of rent increase has been tried to be limited by provisional articles. In the study, the provisional articles enacted in the past and the theories and judgements regarding them have also been conveyed. In Turkish law, new provisional articles have been enacted in last two years. However, the provisional articles failed to achieve their objectives. Firstly, their constitutionality and interference with freedom of contract are discussed. In addition, provisional articles cause new problems in practice. Disputes between lessors and lessees have not decreased, but rather increased. The articles have caused many new lawsuits. The regulation by these articles is also presented in this study. It should be possible for the lessee and the lessor to agree on a different rate of rent increase rather than the fixed rate in the provisional rules. Under Turkish law, the lessor cannot unilaterally change the rent without the consent of the lessee. If lessee does not want the protection of the law, must bear the consequences of this decision due to freedom of will. Therefore, it should not be claimed that a contract amendment to which the lessee has also consented is invalid afterwards.

In Turkish law, due to the heavy workload of the courts, it is desirable for individuals to reach an agreement regarding the dispute between them before a lawsuit. This is not only a simple desire, but has also become a legal obligation for some cases. Accordingly, the lessee and the lessor must apply to the mediator before a lawsuit. During the mediation process, whether the lessor and the lessee can agree on a higher rate of rent increase than the provisional articles has also emerged as a new problem. In the study, it is stated that the lessee may deprive the protection of the provisional articles with own consent. This resulted by the freedom of will. In addition, some problems that are likely to arise during the mediation process have been identified and it has been tried to evaluate how solutions can be developed for these problems.

GİRİŞ

Teorik olarak barınmanın yahut onunla eş ya da daha dar bir kavram olarak konut hakkının temel bir insan hakkı olup olmadığı tartışılabilir bir husustur¹. Bu mesele bir tarafa insanların yaşamlarını idame ettirebileceği meskene sahip olması ülkemizde her daim önemli olmuştur. Nitekim kişilerin konut sahibi olabilmesi için kurumlar kurulmuş, planlamalar yapılmış ve kredi kampanyaları yapılmıştır². Ne var ki hiçbir ülkede bütün bireylerin mülkiyet hakkı ile bir konuta sahip olması liberal dünyada mümkün olmamıştır³. Bundandır ki gelişmiş bütün hukuk sistemlerinde kira hukukuna dair düzenlemeler yapılmıştır. Zira tabidir ki barınma ihtiyacı içinde olan kimse, kiraya veren karşısında zayıf durumdadır. Bu kimsenin yani kiracının korunması gerekliliği tarihi ve hukuki bir gerçektir⁴.

Kiracının korunması amacıyla yapılan düzenlemeler çok yönlü olabilmektedir. Gerçekten de başlangıçta kira bedelinin belirlenmesine müdahale edilmesi ihtimal dahilindedir. Misal İsviçre hukukunda daha kira sözleşmesi kurulurken kira bedeline dair düzenlemeler sevk eden OR Art. 253b ve Art. 269 vd. hükümleri böylesi düzenlemelerdir⁵. Yine daha sonra kira bedelinin ne şekilde artacağı da kanuni sınırlara takılabilmektedir. Nitekim

¹ İfade etmek gerekir ki özellikle bu çalışmanın kapsamına girmediğinden bu husus detaylı olarak irdelenmemiştir. Ne var ki konut hakkının uluslararası metinlerde de kendine yer edinen bir kavram olduğu rahatlıkla söylenebilir. Buna dair olarak bkz. Gökberk Uray, “Konut Hakkı ve Konut Aktivizmi”, *İDEALKENT*, 13, 2022, s. 1983 vd.

² Nitekim 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu m. 1 “*Konut ihtiyacının karşılanması konut inşaatını yapanların tabi olacağı usul ve esasların düzenlenmesi, memleket şart ve malzemelerine uygun endüstriyel inşaat teknikleri ile araç ve gereçlerin geliştirilmesi ve Devletin yapacağı desteklemeler bu Kanun hükümlerine tabidir.*” diyerek bu durumu sarif bir surette ortaya koymuştur.

³ Bu konuda istatistiksel verilere dair bkz. Kemal Aydın, “Türkiye’de Konut Sahipliği, Konut Koşulları ve Konut Kalite Endeksi”, *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi*, 39(2), 2019, s. 281.

⁴ Kiracının haklarının korunmasının teorik olarak mutlak kabul gördüğünü söylemek zordur. Bu konuda teorik görüşler için bkz. Ergun Özsunay, *Ticari İşletmede ‘Kiracılık Hakkı’nın Korunması TTK m. 11/2 Üzerine Bir Araştırma*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1962, s. 18 vd. Ancak TBK’nin özellikle kimi düzenlemeler açısından kiracının korunması noktasında daha da ileriye gittiği ifade edilmektedir bkz. Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi (TBK m.299-332)*, 4. Bası, Beta Yayıncılık, 2017, Giriş N 99.

⁵ Özkan Özyakışır, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli*, Adalet Yayınevi, 2019, s. 113 vd. Kira bedelinin başlangıçta sınırlanmasına dair karşılaştırmalı hukuk örnekleri için bkz. Nurten İnce/Özkan Özyakışır, “Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2021, s. 730 vd.

bu hususta hukukumuzda da TBK m. 344 ile konut ve çatılı işyeri kiralari açısından özel bir hüküm sevk edilmiştir. Benzeri şekilde kiracının tahliyesi yahut kiracı aleyhine ceza koşulu kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı (TBK m.346) ya da kiracının kiraya verene nasıl bir güvence sağlayacağı (TBK m. 342) gibi meseleler de dahil olmak üzere kiracıyı koruyan çok çeşitli kanun hükümlerinin sevk edildiği görülmektedir.

Getirilen genel düzenlemeler hayatın olağan akışı içerisinde kimi zaman yetersiz kalmaktadır. Ülkemizde de enflasyon oranlarındaki artışa bağlı olarak kira artış oranları yalnızca konut kiralari ile sınırlı olmak üzere son iki yılda (2022 ve 2023) belirli bir oran ile sınırlandırılmıştır. Başkaca bir deyiş ile TBK m. 344’e göre belirlenecek orandan uzaklaşmış ve sabit bir oran belirlenmiştir. Ancak bu düzenlemeler fayda sağlamaktan ziyade, kiracı ile kiraya veren arasındaki uyumsuzlukları çoğaltmıştır.

Kiracı ile kiraya veren arasındaki uyumsuzlukların tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile aşılması elbette mümkündür. Yine tarafların yargı yoluna başvurmadan alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemi olarak arabuluculuk ile bir çözüme kavuşmaları da ihtimal dahilindedir. Kaldı ki 7445 sayılı Kanun⁶ ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na, 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 18/B maddesi eklenmiştir. Bu düzenleme ile kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk zorunlu hale gelmiş yani bir dava şartı olarak düzenlenmiştir⁷. Bu sebeple kira artış oranlarında ortak bir noktaya varamayan kiracı ile kiraya veren arasındaki uyumsuzluğun arabuluculuk safhasında bir çözüme kavuşması da mümkündür⁸.

Çalışmada öncelikle, kira bedelinin belirlenmesine dair kanuni düzenlemelerden konut kiralari ile sınırlı olmak üzere bahsedilmiştir. Akabinde yapılan özel düzenlemeler yani geçici madde hükümlerinin ne ifade ettiği ve bu hükümlerin nitelikleri ortaya konulmuş; daha sonra ise geçici

⁶ 05.04.2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmî Gazete.

⁷ HUAK m. 18/B/1 b. 1, kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanun’a (İcra ve İflas Kanunu) göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan bütün uyumsuzluklar için arabuluculuğu dava şartı olarak düzenlemektedir.

⁸ Arabuluculuğun dava şartı olarak zorunlu kılınması meselesi üzerinde mutlak uyuşma sağlanan bir mesele değildir, bu konudaki tartışma ve eleştiriler için bkz. Seda Özmmucu, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 74(2), 2016, s. 808 vd.; Refik Korkusuz/M Halit Korkusuz, “İş Hukukunun Emredici Hükümlerine Aykırı İfa Edilen Zorunlu Arabulucu Anlaşmalarının Hukuki Durumu”, *Adalet Dergisi*, 64, 2020, s. 487; Betül Azaklı Arslan, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları 2019, s. 44 vd.

maddeler ile getirilen sınırların tarafların iradesi ile ortadan kaldırılmasının imkân dahilinde olup olmadığı konusu ele alınacak ve arabuluculuk özelinde değerlendirilmiştir.

Çalışma boyunca kanuni tanımlar ve kavramlara uyulmuş ve yargı kararlarına yapılan atıflar dışında kanunda yer alan kavramlar bire bir kullanılmıştır. Diğer bir deyiş ile özel bir kavrama yer verilmemiştir. Ancak kira artış oranını sınırlayan TBK Geçici Madde 1 ve 2'yi birlikte ifade edecek şekilde “geçici maddeler, geçici düzenlemeler ya da geçici hükümler” gibi kavramlar kullanılmıştır. Ayrıca yabancı para birimi ile aynen ifa kaydı ile akdedilen yahut yabancı para birimine endekli kira sözleşmelerini birlikte ifade etmek üzere kanunda da yer alan (TBK m. 344/4) “yabancı para olarak kararlaştırılan” ifadesine dil bilgisine daha uygun olması sebebiyle “birim” kelimesi ilave edilerek “yabancı para birimi olarak kararlaştırılan” kavramı kullanılmıştır. Yine temelde “yüzde” ifadesi doğrudan yazı ile gösterilirken, kanuni oran olan “yirmi beş” de aynı şekilde yazıyla ifade edilmiştir. Ancak enflasyon oranı gibi sayısal değerler yalnızca rakamlar ile gösterilmiştir. Son olarak ise uygulamada sıklıkla başvurulan “tahliye taahhüdü” ya da “tahliye taahhütnamesi” akıcılık sağlanabilmesi adına yazılı tahliye taahhüdü (TBK m. 352/1) kavramına karşılık olarak kullanılmıştır.

Çalışma gerek arabuluculuğa gerekse de kira sözleşmesinin birçok boyutuna temas edebilecek genişliktedir. Ancak burada her mesele ve sorun ele alınmamış, çalışma yalnızca konut kiralardaki kira artış oranıyla sınırlandırılmıştır. Diğer hususlara (söz gelimi iş yeri kirası, kesin hükümsüz sözleşmelerin fiili bir sözleşme olarak kabul edilip edilemeyeceği gibi) sadece zaruri görülen durumlarda kısa atıflar yapılmıştır.

I. KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİ

Sözleşmenin unsuru olarak kira bedelinin hangi değer üzerinden nasıl belirleneceği ve bu belirlemenin zaman ya da edim türü olarak nasıl sınırlandırıldığı meselesi önem arz etmektedir. Aşağıda bu hususlar tartışılmıştır.

A. Genel Olarak

Bilindiği üzere kira sözleşmesinin unsurlarından biri de kira bedelidir. Kira bedelinin en azından belirlenebilir olması⁹ kira sözleşmesi açısından

⁹ Kira bedeli ya belirli olmalı yahut da belirlenebilir olmalıdır. Eğer kira sözleşmesinde

objektif esaslı bir unsurdur¹⁰. Bedelsiz olarak bir malı kullandırmak üzere yapılan bir anlaşma sözleşmeyi kira sözleşmesi olmaktan çıkarıp kullanma ödücü sözleşmesi haline sokmaktadır¹¹. Kira bedeli ya para ya da sözleşme tipini değiştirmedeği sürece her türlü edim olarak belirlenmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹². Ancak uygulamamızda kira bedeli daha ziyade bir miktar para olarak belirlenmektedir.

B. Kira Bedelinin Kararlaştırılmasına Dair Hususlar

Kira bedelinin para olarak belirlenmesi yaygın olan uygulamadır. Bu hallerde bedelin hangi para birimi olarak belirlenebileceği ve belirlemenin ne zaman olacağı hususlarına değinmek gerekmektedir.

1. Kira Bedelinin Hangi Para Birimi Olarak Kararlaştırılabileceği

Kira bedelinin ilke olarak mutlaka Türk Lirası olarak belirlenmesi gerekmez. Bu açıdan yabancı para birimleri üzerinden ya da yabancı bir para

bedel en azından belirlenebilir değil ise bu halde ne olacağı meselesi teoride tartışmalıdır. Bir yandan bu halde kira sözleşmesinin kurulmadığı savunulurken; diğer yandan ise Alman Hukukunda olduğu gibi hâkimin burada var olan boşluğu doldurabileceğini savunanlar da mevcuttur. Bu hususta bkz. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt*, 11. Bası, Beta Yayıncılık, 2022, s. 422 vd.; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 36; Özyakışır, s. 176–177; Özge Öncü, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, 77(2), 2012, s. 310–311. İsviçre hukukunda da taraflar arasında kira sözleşmesinin kurulmasına dair bir irade beyanı olmakla beraber, kira bedelinin belirlenmemiş olmasının etkisi tartışma konusudur; bu hususta bkz. Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: 1/2* (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2008) 24 ve orada verilen kararlar; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 5. Bası, Adalet Yayınevi, 2021, s. 470–471; Öncü, s. 308. İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin bir kararı için bkz. Fahri Erdem Kaşak, “İsviçre Federal Mahkemesi'nin Kira Bedelinin Kararlaştırılmaması Halinde Kira Sözleşmesinin Kurulmadığına İlişkin 15.9.1993 Tarihli (BGE 119 II 347) Karar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(4), 2013, s. 307–308. Anılan karar, sonradan tekrar tercüme edilmiştir bkz. Caner Taşatan, “İsviçre Federal Mahkemesi'nin Kira Sözleşmesinde Bedelin Belirlenmemiş Olmasına İlişkin 24 Eylül 1974 ve 15 Eylül 1993 Tarihli Kararlarının (BGE 100 II 330, 119 II 347) Çevirisi”, *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 649–652.

¹⁰ Hüseyin Altaş, “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 49(1-4) 2000, s. 97; Murat Doğan, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, 2011, s.8; Acar, m. 299 N 60; Murat Doğan, “Kira Sözleşmesi”, M. Turgut Öz (Ed.), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 196.

¹¹ Tandoğan, *Cilt 1/2*, s. 14; Acar, m. 299 N 60; Aybuke Odabaşı, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Tespit Davası”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(17-18), 2018, s. 60.

¹² Acar, m. 299 N 63; Özyakışır, s. 189; karşı. Doğan, *Konut*, s. 9; Doğan, *Kira*, s. 197–198.

birimine endeksli olarak da kira sözleşmesi akdedilmesi mümkündür¹³. Kaldı ki TBK m. 344/4 yabancı para birimi üzerinden akdedilen kira bedellerine dair kira tespit davasını düzenleyerek örtülü surette yabancı para üzerinden de kira sözleşmesi akdedilebileceğini ifade etmiştir. Ancak mutlaka Türkiye’de tedavülü mümkün olan bir para olması gerektiği söylenmektedir¹⁴. İlke olarak yabancı para birimi üzerinden kira sözleşmesi akdedilmesi mümkün görülmele beraber, bunun oldukça sınırlandığı rahatlıkla söylenebilir. Zira Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar (Karar Sayısı: 85) ile ilgili Kararın dördüncü maddesine “*Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamaz.*” diyen g bendi eklenmiştir¹⁵. Daha sonra Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/52) ile ilgili Tebliğin sekizinci maddesine “*Türkiye’de yerleşik kişiler kendi aralarında akdedecekleri; konusu yurt içinde yer alan gayrimenkuller olan, konut ve çatılı iş yeri dâhil gayrimenkul kiralama sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştıramazlar.*” diyen ikinci fıkra eklenmiştir¹⁶. Bu düzenlemeler ile, özellikle çalışma açısından önem arz eden konut kiralaları açısından, yabancı para birimi üzerinden veya yabancı paraya endeksli olarak kira sözleşmesi akdedilmesinin yolu kapatılmıştır¹⁷.

Yabancı para birimi üzerinden akdedilen ya da yabancı paraya endekslenen kira sözleşmelerini yasaklayan bu hükümlerin sözleşmelere etkisini de ele

¹³ Yavuz/Acar/Özen, s. 426; Acar, m. 299 N 63; Aydoğdu/Kahveci, s. 469; Doğan, *Kira*, s. 302; Özyakışır, s. 185.

¹⁴ Acar, m. 299 N 63. Ülkemizde tedavülü yasaklı para kira bedeli olarak kararlaştırılır ise burada kanuna aykırılıktan, kira sözleşmesi kesin hükümsüz olur. Zira paranın tedavülüne dair hükümler kamu düzenine (TBK m.27/1) dairdir.

¹⁵ 13.09.2018 tarihli ve 30534 sayılı Resmî Gazete.

¹⁶ 16.11.2018 tarihli ve 30597 sayılı Resmî Gazete.

¹⁷ Yapılan bu düzenlemeler TBK’ye etki etmiş ve TBK m. 344/4’te yabancı para üzerinden kira bedelinin kararlaştırılan sözleşmelerde de kira bedelinin tespitine dair davanın Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanun saklı kalmak kaydı ile mümkün olduğu ifadesi kanuna eklenmiştir. Bkz. 18.01.2019 tarihli ve 30659 sayılı Resmî Gazete.

almak gerekmektedir. Devam eden sözleşmeler için ilgili Karar “*Bu Kararın 4 üncü maddesinin (g) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, söz konusu bentte belirtilen ve daha önce akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller, Bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenir.*” diyen geçici bir hüküm sevk etmiştir. Ancak tarafların anlaşamaması halinde ne olacağı gibi birçok mesele geçici hüküm açısından tartışmaya açıktır. Herhalde en son ihtimalde hâkim tarafından bedelin belirlenebileceği kabul edilmelidir.

Yeni kira sözleşmeleri yabancı para birimi üzerinden ya da ona endeksli olarak akdedilirse kira sözleşmesi bedel yönünden kesin hükümsüz olacaktır¹⁸. Zira Türk parasının korunmasına dair düzenlemeler düzen hükmü olmayıp, bilakis toplumun ekonomik yönden korunmasını amaçlayan kamu düzenine dair hükümlerdir. Haliyle kamu düzenine aykırılığın yaptırımını düzenleyen bu hükümlerin de emredici olması gerekir¹⁹. Burada her ne kadar kira sözleşmesinin esaslı unsuru ortadan kalkmış ise bile tarafların kira sözleşmesi akdetmek yönündeki iradelerin ayakta tutulup, tutulmayacağı tartışılabilir. Şöyle ki kira bedelinin belirsiz olması durumunda; bu konudaki eksikliğin giderilebileceğini savunan görüşler olduğu yukarıda belirtilmiştir. Herhalde bu görüşlere göre bu ihtimalde de eksikliğin giderilebileceği düşünülebilecektir.

2. Kira Bedelinin Kararlaştırılma Zamanı

Kira bedelinin belirlenmesi zamanı açısından iki farklı ihtimal söz konusudur; ilk olarak kira bedeli başlangıçta belirlenmiş olabilir. Bu durumda taraflar, kira sözleşmesinin başında kira bedelini diledikleri miktarda belirleyebilirler²⁰. Yani burada sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olup, taraflar

¹⁸ Doğan, *Kira*, s. 302; 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu’na aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu yönünde bkz. Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/H. Murat Develioğlu (Ed.), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 4,5 (Madde 207-392)*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, m. 344 N 18.

¹⁹ Fahri Erdem Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021, N 86.

²⁰ Acar, m. 313 N 15; Fikret Eren/Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt IV m. 207-392*, Yetkin Yayınları, 2023, m. 343-344 N 3; Burak Özen, “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), s. 2035; Özyakışır, s. 193; Mehmet Akçaal, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa İlişkin 7161 Sayılı Kanun’la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 2022, s. 366; Özlem Sarı Fidan, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira

kira hukukuna ilişkin bir denetim ya da sınırlama altında değildirler. Bilakis bu noktada kiracının korunması açısından bir boşluk bulunmaktadır²¹. Ancak genel hükümlere ilişkin ahlaka aykırılık, aşırı yararlanma, korkutma ya da aldatma ile ilgili hükümlerin burada da uygulama alanı bulması mümkündür²².

İkinci olarak ise kira bedeli belirli unsurlara bağlanma suretiyle belirlenebilir olabilir, taraflar ancak ikincil noktalar konusunda anlaşmayı sonraya bırakabilirler (TBK m. 2). Bu husus yukarıda ele alındığından yeniden irdelenmeyecektir.

II. KİRA BEDELİNİN DEĞİŞMESİ

Kira sözleşmesinde belirlenen bedel, mutlak olmayıp çeşitli sebeplerle değişebilmektedir. Burada ilk olarak bedelin değişmesinin gerekliliği vurgulanmış daha sonra konut kiralalarında bedelin nasıl değişeceği hususu irdelenmiştir.

A. Genel Olarak

Kira sözleşmesinde başlangıçta belirlenen bedel, ilke olarak sözleşme boyunca geçerlidir. Ancak, sürekli edimli bir sözleşme olan ve çoğu kez bir yılı aşan kira sözleşmeleri düşünüldüğünde bedelin değişmesi de kaçınılmazdır. Zira enflasyonun düşük olmadığı ülkelerde tarafların bu hususu göz önünde bulunduracakları ve yaptıkları sözleşmede kira bedelinin artışına dair hükümlere yer verecekleri açıktır. Benzeri şekilde, kiralananın çevresinde, yapısında yahut kira bedelini etkileyebilecek her konudaki değişikliğin kira bedeline etki etmesini en azından kiraya veren her durumda talep edecektir. Keza kiracı da kira bedelinin ödenmesini oldukça güçleştiren tedbirlerin alındığı bir salgın hastalık döneminde, bedelin azaltılmasını elbette arzu edecektir. Kaldı ki kanun koyucu da bu durumu göz önünde bulundurmuş

Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi', *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 1, 2023, s. 349; Gülşah Sinem Aydın, Türk Borçlar Kanunu'nun 345. Maddesi ile Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, 2014, s. 169-170.

²¹ Acar, m. 313 N 15; Aydoğdu/Kahveci, s. 470.

²² Acar, m. 313 N 15; Eren/Dönmez, m. 343-344 N 3. Esasen özellikle genel işlem koşulları denetimi burada da uygulanabileceği düşünülebilir. Kaldı ki yaygınlaşan site tarzı yaşam konseptleri ile beraber emlakçıların aracılığıyla akdedilen tip sözleşmelerin çoğaldığı düşünüldüğünde; genel işlem koşulları burada da büyük önem arz edecektir. Ancak genel işlem koşulları ile edim dengesi sağlanamaz, bkz. M Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, 2001, s. 220; Özen, s. 2035-2036.

ve belirlenen kira bedelinin mutlak suretle her durumda geçerli olacağını benimsememiştir. Aşırı ifa güçlüğüne dair TBK m. 138 ile konut ve çatılı işyerlerine dair TBK m. 344'ün tarafların bu nevi beklentilerine cevap verdiği rahatlıkla söylenebilir.

B. Konut Kiralarında Bedelin Değişmesi

Konut ve çatılı işyeri kiralarında taraflarca belirlenen bedelin nasıl değişeceği, tarafların iradesinin bu noktadaki rolü ile beklenmeyen durumların bu bedele nasıl etki edebileceği bu başlıkta değerlendirilmiştir.

1. Kira Bedelinin Değişime Dair Kanuni Düzen

Konut ve çatılı işyeri kiralarında taraflarca belirlenen kira sözleşmesi süresinin sona ermesi kira sözleşmesini kendiliğinden sonra erdiren bir husus değildir. Gerçekten de TBK m. 347/1 "*Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez...*" diyerek bu durumu açıkça ortaya koymuştur. İşte sözleşmenin süresinin dolmasına rağmen kendiliğinden, bir yıl süre ile uzamasını kabul edilmiş ise de "*aynı koşullar*" ibaresi kira bedelini içermemektedir çünkü TBK m. 344 bu hususu özel olarak ele almıştır²³.

Buna göre uzayan kira dönemlerine ilişkin olarak kira bedelinin belirlenmesinde birden fazla ihtimal gündeme gelir. İlk olarak taraflar kira bedelinin belirlenmesi noktasında sözleşmede bir hüküm sevk etmiş olabilirler. Bu ihtimalde sevk edilen hüküm TBK m. 344/1'de düzenlenen "*bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla*" geçerlidir²⁴. Ancak tarafların bu oranı geçen şekilde bir belirlemede bulunmaları halinde bunun yaptırımının ne olacağı

²³ M Murat İnceoğlu, *Kira Hukuk Cilt II*, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 202; Özyakışır, s. 202 vd.; Aydın (n 20) 170.

²⁴ İnceoğlu, s. 566; Doğan, *Kira*, s. 293-294; "*Somut olayda, taraflarca inkar edilmeyen yazılı kira sözleşmesinin özel şartlarında kira artışının % 10 oranında olacağı kararlaştırılmış olduğuna göre, TBK'nun yürürlüğünden önce serbest irade ile belirlenen sözleşmedeki artış oranı, bir önceki kira yılındaki üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Yukarıda belirtildiği üzere kiracının tacir olup olmadığı hususunda gerekli araştırma yapıldıktan sonra sonucuna göre aylık kira miktarı belirlenerek iki haklı ihtar olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine karar verilmesi gerekirken bu hususlar üzerinde durulmadan yazılı gerekçe ile talebin kabulü doğru değildir.*" Yargıtay 4. HD. E. 2014/13204 K. 2014/13824 T. 11.12.2014 (Kazancı).

açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde bu gibi durumlarda kısmi hükümsüzlük var olduğu kabul edilmektedir²⁵. Keza eğer taraflarca belirlenen oran, fiyat endeksinin altında kalır ise ne olacağı da hükümden açıkça anlaşılmamaktadır. Bir görüşe göre endeks altında kaldığı sürece oran yalnızca ilk uzama yılında değil kira ilişkisi devam ettiği sürece geçerli olacaktır²⁶.

Eğer taraflar arasında kira artış oranının ne olacağı konusunda bir hüküm yok ise bu ihtimalde, kira bedelinin tespiti davası gündeme gelecektir. Buna göre kira bedeli “*Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir.*” (TBK m.344/2) hükmü uyarınca hâkim tarafından belirlenecektir. Hükme bakıldığında rahatlıkla görüldüğü üzere hâkim “*kiralananın durumu*”, “*tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalama*” ve “*hakkaniyet*” olmak üzere üç koşula bağlı olarak karar verecektir. Kiralananın durumu ifadesi ile bir görüşe göre kastedilen, kiralananın yıpranmışlığı, yenilikler, çevresel koşulların değişmesi gibi hususlardır²⁷. Diğer görüş ise bu kavram ile kiralananın yaşı, büyüklüğü ve kullanılan malzemenin kalitesidir²⁸. Tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalama ise Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından açıklanan oranlardır²⁹. Bağımsız kurum ya da kuruluşlar ile üniversitelerin yaptıkları ölçümlerin burada dikkate alınması mümkün değildir. Hakkaniyet ifadesi ile ise hâkime bir takdir yetkisi (TMK m.4) tanınmıştır³⁰. Hakkaniyet objektif esaslarla adil bir denge kurmak olarak tanımlanabilir, söz gelimi eski kiracıya

²⁵ Bu yönde bkz. Eren/Dönmez, m. 343-344 N 7; Özen, s. 2037; Özyakışır, s. 200–201; Doğan, *Kira*, s. 294; K Berk Kapancı, “Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M. 344 f. 1 c. Son’un Yorumlanması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(4), 2016, s. 816; Akçaal, *Artış*, s. 372; Sarı Fidan, s. 356–357. Ancak açıktır ki özellikle kiraya veren, böylesi bir artış hükmünün geçersiz olduğunu bilseydi, kira sözleşmesini imzalamayacağından bahisle; kira sözleşmesinin tamamen geçersiz kılınmasını isteyemez, bkz. Özen, s. 2037; Akçaal, *Artış*, s. 372.

²⁶ İnceoğlu, s. 127–128; Doğan, *Kira*, s. 294-295; Aydın, *TBK*, s. 188–189; Kapancı, s. 813; Gizem Kılıç Öztürk, “Kira Tespit Davası ve Esasları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 129, 2017, s. 244.

²⁷ Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu, m. 344 N 63.

²⁸ Gümüş, *Kira*, s. 3; İnceoğlu, s. 147; karşı. Doğan, *Kira*, s. 296.

²⁹ Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu, m. 344 N 54; İnceoğlu, s. 130; Doğan, *Kira*, s. 294; Özyakışır, s. 213; Kılıç Öztürk, s. 245.

³⁰ Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu, m. 344 N 57; Doğan, *Kira*, s. 296; Sarı Fidan, s. 358.

makul bir indirim yapılması bu kapsama girer³¹.

İster taraflar isterse de hâkim tarafından belirlensin, belirlenen kira bedelinin yine değişmesi mümkündür. Beş yıldan uzun süreli olan, beş yıldan sonra yenilenen veya bunlardan sonra her beş yılda bir kira bedelinin belirlenmesi noktasında artık taraflar arasında bir sözleşme olsun olmasın kira bedelinin tespiti dava yoluyla talep edilecektir (TBK m.344/3). Ancak bu durumda tüketici fiyat endeksindeki değişimi dikkate alsa bile bu oranla bağlı olmayacaktır. Yani hâkim bu sınırları aşan bir oranda kira artışına karar verebilecektir. Ayrıca hâkim kiralananın durumunu ve hakkaniyeti göz önünde bulundurmamak zorunda olduğu gibi emsal kira bedelini de göz önünde bulunduracaktır³².

Yine yabancı para birimi üzerinden kira bedelinin kararlaştırıldığı, konut ve çatılı işyeri kiralarında beş yıl boyunca kira tespit davası açılmaz (TBK m. 344/4). Beş yıl geçtikten sonra ilk olarak yabancı paranın değerindeki değişiklikler, yani kurdaki değişiklikler ile kiralananın durumu, tüketici fiyat endeksindeki değişim ile emsal kira ve hakkaniyet ölçülerine göre kira bedelinin hâkim tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Ancak burada hâkimin yine yabancı para birimi üzerinden mi yoksa Türk Lirası olarak mı yeni kira bedelini belirleyeceği açık değildir³³. Keza yabancı para ile kararlaştırılan sözleşme ile doğrudan yabancı para üzerinden mi yoksa ona endekslenen bedelin mi kastedildiği açık değildir. Kanaatimizce burada her iki durumu da ifade edecek bir surette düzenleme yapılmıştır³⁴. Zira bu iki durumda da kiracının yükümlülüğü; ödeme anında alış ve satış kurlarından hangisinin uygulanacağı ile aynen ifa kaydı bulunması hariç benzerdir³⁵.

2. Tarafların Kira Bedelindeki Artışa Dair İrade Beyanlarının Önemi

İfade edildiği üzere TBK m. 344 kira sözleşmesinde bedelin artışına dair bulunan hükümlerin de göz ardı edilmesini vaaz etmektedir. Ancak burada

³¹ İnceoğlu, s. 148; Özyakışır, s. 217–218; “Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(1), 2022, s. 72–73.

³² Eren/Dönmez, m. 343-344 N 9.

³³ İnceoğlu, s. 152; Özyakışır, s. 221–222; Öktem Çevik, s. 64; Öncü, s. 338–339.

³⁴ Ancak teoride yabancı para birimine endeksli sözleşmelerde ilgili hükmün kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir bkz. İnceoğlu, s. 151.

³⁵ Benzeri yönde bkz. Öncü, s. 336–337. TBK m. 344/4’ün yabancı para birimine endekslenmiş kira sözleşmeleri açısından uygulanmayacağı yönünde aksi görüş için bkz. Gümüş, *Kira*, s. 76.

göz ardı edilen ve hükümsüz kılınan taraf iradeleri yalnızca ve yalnızca sözleşmenin kuruluşu sırasındakilerdir. Şöyle ki kanun koyucu konut ve barınma ihtiyacı içerisinde olan tarafı, kiraya verenin baskıcı ve zorlayıcı hükümlerinden korumayı amaçlamıştır. Zira böylesi bir ihtiyaç içerisinde olan müstakbel kiracı, yüksek kira artış oranlarını kabul etmek zorunda kalabilecektir. İşte kanun koyucu bunun önüne geçmiştir. Kira sözleşmesinin akdedilmesinden sonra, artış dönemlerinde tarafların serbest iradeleriyle kararlaştırdıkları oranlar mutlak surette geçerlidir. Yani genel hükümlerdeki sınırlamalar hariç olmak üzere, taraflar tüketici fiyat endeksi ile bağlı kalmaksızın diledikleri oranda kira bedelini tespit edebileceklerdir³⁶. Kaldı ki bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde uzama yılına kadar kira bedellerinin serbestçe kararlaştırılabileceği zaten kabul edilmektedir³⁷. O halde bir yıllık bir kira sözleşmesi sorunda da tarafların, serbestçe iradeleriyle yeni bir kira bedeli benimseyebilmeleri mümkün olmalıdır³⁸. Tabidir ki başlangıçtaki kira bedelinin belirlenmesinde önem arz eden genel düzenlemeler burada da göz önünde bulundurulabilir.

Keza tarafların serbest iradeleriyle bir oran belirlemesi durumunda kira bedelinin tespitine dair bir dava hiçbir durumda açılmayacaktır. Zira taraf iradesinin var olduğu durumda, bunun göz ardı edilerek illa dava yoluyla kira bedelinin belirlenmesi gerektiğini söylemenin ne teorik ne de pratik bir anlamı vardır. Teorik olarak aksi görüş sözleşme serbestisini ölçüsüz ve gereksiz surette sınırlamaktadır. İfade edildiği üzere kira sözleşmesinin başlangıcında henüz, sözleşme akdedilirken kiracının pazarlık gücü olmadığından bu durumda kiracının korunması mantıklıdır. Ancak kiracı artık kiralanan kavuşmuş ve onu uhdesine almış, ziyetliğinde bulundururken; kiracının korunmasının makul bir sebebi görülmemektedir. Nasıl ki kiralananın tesliminden sonra verilen yazılı tahliye taahhüdü (TBK m. 352/1) geçerli ise tarafların kira bedeline dair sonradan yaptıkları anlaşmalar da geçerli olmalıdır³⁹. Pratik olarak da taraf iradelerini yok saymanın bir manası yoktur. Zira taraflar anlaşmış

olmalarına karşın onlara dava açmaları gerektiğini söylemek, yargı yükünü artırmaktan başka bir mana ifade etmeyecektir. Kaldı ki tarafların anlaşmaları bedel sorunsuz olarak ifa edilmiş ise daha sonradan bunun geçersizliğini iddia etmek herhalde TMK m. 2 kapsamında çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edecektir⁴⁰. Böylesi hallerde yapılan kira artışları geçerli olup, kiracının daha sonra yapılan fazla ödemelere dair, bilhassa sebepsiz zenginleşme, dava açması mümkün değildir⁴¹. Hakeza, ülkemizde bu nevi sözleşmeler sürekli olarak yapılmaktadır. Neticen hâkim önüne gelmediği sürece emredici hükümlere aykırılığın bir önemi de yoktur; zira hak sahibi ileri sürmediği sürece (dava vb.) emredici hükümlere aykırılığın re'sen göz önüne alınması da mümkün değildir⁴².

Bize göre burada tarafların iradesi değerlendirilmelidir. Eğer tarafların iradesi eski kira sözleşmesini sona erdirerek yeni bir sözleşme akdetmeye yönelik ise eski sözleşmenin ikale yoluyla sona erdiği kabul edilmelidir. Taraflar yalnızca bedele dair bir değişiklik arzu etmişler ise bu kez sözleşme değişikliğinden bahsedilecektir. Tereddüt halinde ise yalnızca sözleşme değişikliği var olduğu kabul edilmelidir. Burada temel mesele taraflar arasında yazılı bir sözleşme varsa daha sonradan bu yazılı sözleşmedeki orandan daha farklı bir oranda kira artışı yapılmasının, kira sözleşmesine etkisinin ne olacağıdır. Bu mesele bir yorum sorunudur. Eğer taraflar istikrarlı olarak (iki ya da daha fazla uzama yılı) sözleşmedekinden farklı bir oran belirlemişlerse bu halde sözleşme hükmünün ortadan zımnî bir sözleşme ile kaldırıldığı kabul edilebilir. Böylesi bir durum yoksa bu kez de yalnızca tarafların başkaca bir oranı kararlaştırdıkları dönem için anlaşmaları kabul edilmelidir. Ancak burada yalnızca kiracının belirli bir bedeli ödemesi esas alınmamalı, gerçekten taraflar arasında bu yönde bir irade uyuşmasının var olduğu ispat edilmelidir. Çalışma boyunca bu görüşümüze “*taraf iradesi görüşü*” olarak atıf yapılmıştır.

3. Aşırı İfa Güçlüğü

Kira bedelinin değişmesi açısından önem arz eden diğer bir husus ise aşırı ifa güçlüğüdür. İfade edildiği üzere aşırı ifa güçlüğü kira sözleşmesinde

³⁶ Benzeri yönde bkz. Özen, s. 2038 vd.; Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu, m. 344 N 67. karşıt görüş için bkz. Öktem Çevik, s. 52; Odabaşı, s. 64.

³⁷ Özyakışır, s. 199. Ancak mesele teoride tartışmalıdır, bu tartışmalar ve görüşler için bkz. Öktem Çevik, s. 55 vd.; Sarı Fidan, s. 355 vd.

³⁸ Ancak öğretilde kiraya dair artış sınırlama eğiliminde olan yazarlar mevcuttur. Öyle ki TBK m. 344'ün getirdiği sınırlar içinde bile olsa kira sözleşmesinin üzerinden beş yıl geçtiği zaman, tarafların kira bedeline dair anlaşma yapıp yapamayacağı meselesi bile tartışmalıdır, bkz. Öktem Çevik, s. 65 vd.

³⁹ Özen, s. 2039.

⁴⁰ Doktrinde verilen benzer bir örnek de kira sözleşmesinde her yıl için arttırılacağına dair hüküm olmamasına karşılık sözlü olarak anlaşılacak fiilen zamlı ödemeler yapılmasından sonra sözleşme olmadığından bahisle zamlı kirayı ödemekten kaçınmak çelişkili davranış olarak görülmüştür, bkz. Şener Akyol, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı* (Vedat Kitapçılık 2007) 53.

⁴¹ Özen, s. 2039.

⁴² Kaşak, *Emredici*, N 264.

bedelin değişmesinin bir istisnasını teşkil etmektedir. Buna göre özellikle kira bedelinin yabancı para birimi olarak kararlaştırıldığı kira sözleşmelerinde kiracı, değişen hallerde TBK m. 138 sınırları içerisinde kira bedelinin uyarlanmasını talep edebilecektir. Bu durum oldukça sarihdir⁴³. Zira sırf kira bedelinin tespiti davasının var olması, aşırı ifa güçlüğü sebebiyle dava açılmasına engel değildir. Şartları varsa kira tespitine dair davaların yanında, aşırı ifa güçlüğüne dayalı dava da her zaman açılabilir⁴⁴. Kaldı ki iki dava birbirinden kimi farklılıkları ihtiva etmektedir⁴⁵. Bu sebepten ki uygulamada benzer isimlerle açılan bu davalardan hangisinin açıldığının tespiti gerekir⁴⁶.

Ne var ki tartışılması gereken bir husus kiraya verenin olağan dışı değişikliklerin yaşanması halinde bu hüküm uyarınca dava açıp açamayacağıdır. Gerçekten de kira bedeli hususunda sözleşmede bir artış hükmü öngörülmemiş olabileceği gibi öngörüldüğü ama emsal kira bedellerinin dikkate alınmadığı durumlarda kiraya verenin de bu hüküm kapsamında dava açabilecektir. Söz gelimi emsal kira bedelleri konutun yatırım değerinin artması sebebiyle oldukça yükselmişken; kiraya veren emsallerine göre belki de son derece düşük kalan bu bedeli yükseltmek için acaba TBK m. 138 kapsamında bir dava açabilir mi sorusu irdelenmeye değerdir. Bu noktada elbette TBK

⁴³ Özen, s. 2035; uyarlama için kira sözleşmesindeki bedelin yabancı para borcu olması zorunlu değildir, Türk lirası ile akdedilen sözleşmeler için de uyarlama olabileceği yönünde bkz. Doğan, *Kira*, s. 306; “Hal böyle olunca, Bölge Adliye Mahkemesince; kira sözleşmesinde yer alan, kiraya verenin, kiralanamı sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına elverişli halde bulundurma dahi her durumda kiracının kira bedelini ödeme borcunu tam olarak yerine getirmekle yükümlü olduğuna dair hükümlerin geçersiz olduğu; Covid-19 salgın hastalığı sebebiyle alınan idari yasak ve tedbirlerin etkin olduğu dönemle sınırlı olmak üzere, davacı kiracının 6098 Sayılı Kanun’un maddesi uyarınca uyarlamaya dayalı olarak kira bedelinin tanzili talepli dava açmakta haklı bulunduğu gözetilmek suretiyle...” Yargıtay 3. HD. E. 2022/2200 K. 2022/8401 T. 1.11.2022 (Kazanıcı).

⁴⁴ Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020, N 1007; Mustafa Alper Gümüş, *Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamalarıyla Sözleşmenin Uyarlanması (TBK m. 138)*, Yetkin Yayınları, 2022, s. 345.

⁴⁵ Bu farklar için bkz. Baysal, N 1005 vd.; Aydoğdu/Kahveci, s. 611 vd.

⁴⁶ Gümüş, *Uyarlama*, s. 345; “Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; taraflar arasında geçerli kabul edilen kira sözleşmesi 15.05.2004 başlangıç tarihli ve on beş yıl süreli olup sözleşmenin bitiş tarihi 15.05.2019’dur. Davacı vekili, 08.12.2014 tarihinde açtığı eldeki dava ile 15.05.2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değişen hâl ve şartlara göre kira bedelinin belirlenmesini talep etmiştir. Mahkemece, davacılar vekilinin talebi “kira bedelinin tespiti davası” olarak nitelendirilerek davanın kısmen kabulü yönünde hüküm tesis edilmiş ise de, Özel Dairece davacının talebi “sözleşmenin uyarlanması” mahiyetinde değerlendirilmiştir.” Yargıtay HGK. E. 2020/687 K. 2022/1259 T. 5.10.2022 (Lexpera).

m. 138’in aradığı şartların gerçekleşmesi gerekecektir⁴⁷. Söz gelimi kira bedelinin yabancı para birimi üzerinden kararlaştırıldığı bir durumda değer kaybının aşırı olması (döviz kurunun düşmesi) halinde, diğer şartlar da varsa kiraya veren bu davayı açabilir⁴⁸. İlginçtir ki böylesi bir süreç ülkemizde 2000’li yılların başında yaşanmış ancak açılan davalar Yargıtay tarafından reddedilmiştir⁴⁹. Uygulamamızda özellikle geçici maddelerden sonra bu nevi davalar çoğalmıştır. Özellikle TBK m. 344/3 kapsamında öngörülen süreler dolmadığından bu hüküm kapsamında dava açamayan kiraya verenler; bu yola (aşırı ifa güçlüğüne) başvurmaktadır.

III. KİRA ARTIŞ ORANINA DAİR GEÇİCİ DÜZENLEMELER

Kanun koyucu kira artışını sınırlamak için geçici düzenlemeler yapmış ise de bu düzenlemelerin kapsamı ve düzenlemelerin yerindeliği meselesi tartışılmalıdır. Aşağıda ilk olarak düzenleme içeriği irdelenmiş daha sonra ise düzenlemenin hukuki niteliği ve yerindelğine dair değerlendirmeler yapılmıştır.

A. Düzenlemelerin İçeriği

Konut kiralarındaki bedellerin nasıl değişebileceği meselesi yukarıda incelenmiştir. Ancak burada son iki yılda (2022, 2023) peş peşe gelen geçici düzenlemelerin de özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ülkemizde geçmiş yıllara göre görece yüksek olan enflasyon oranları sebebiyle tüketici fiyat endekslerindeki değişim de yukarı yönlü hareket etmiştir. Kira bedelinin değişimine dair TBK m. 344, ilk halinde üretici fiyat endeksine atıf yapmıştır. Ancak üretici fiyat endeksindeki yükselme sonrasında bu düzenleme tüketici fiyat endeksi olacak şekilde değiştirilmiştir⁵⁰. Ancak tüketici fiyat endeksinin de yükselmesi karşısında bu kez geçici madde hükümleri devreye girmiştir⁵¹.

⁴⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 634.

⁴⁸ TBK m. 138 uyarlama talep edebilecek kişi olarak yalnızca borçluyu göstermiş ise de Türk hukukunda alacaklının da uyarlama isteyebileceği kabul edilmektedir, bkz. Eren/Dönmez, m. 343-344 N 13; Baysal, N 900 vd.; Gümüş, *Uyarlama*, s. 123.

⁴⁹ Bkz. Gümüş, *Uyarlama*, s. 369. Burada bir çözüm olarak; kanun koyucunun kira tespitine dair hükümlerinin yalnızca bedelin artışında değil indirimde de geçerli olacağı yönündeki görüş için bkz. Doğan, *Kira*, s. 293.

⁵⁰ 30659 sayılı 18.01.2019 tarihli RG; bu değişikliği kiracıyı koruma düşüncesi sebebiyle gerçekleştirdiği yönünde bkz. Öktem Çevik, s. 48; Sarı Fidan, s. 362.

⁵¹ Enflasyon sebebi ile kira artışlarını sınırlama eğilimi yalnız kanun koyucunun bir yolu olmamıştır. Ülkemizde enflasyonun yüksek olduğu yıllarda Yargıtay’ın da kira artışını belirli oranlar ile (yüzde 65) sınırlayan kararları mevcuttur, bkz. Ahmet M Kılıçoğlu, “Kira

Yapılan ilk düzenleme TBK Geçici Madde 1 olup, düzenleme “*Konut kiralari bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.*” demektedir⁵². İkinci düzenlemede ise yalnızca ilk cümlenin başlangıcı değişmiş: “*Konut kiralari bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında...*” şeklindeki kısım “*Konut kiralari bakımından 2/7/2023 ilâ 1/7/2024 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasında...*” şeklinde değiştirilmiştir⁵³. Kısacası esasen düzenlemeler 1 Temmuz 2022’den sonra yenilenen kira sözleşmelerinde artış oranını yüzde yirmi beş olarak sınırlamıştır.

B. Yapılan Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Geçici maddelerin kapsamı dışında hukuki niteliği ve etkisi de değerlendirilmelidir. Bu başlıkta düzenlemelerin hukuki niteliği ortaya konulmuş, daha sonra düzenlemelerin yol açtığı sorunlar ile düzenlemelere dair kimi eleştiriler dile getirilmiştir.

1. Düzenlemelerin Hukuki Niteliği

Kira artış oranını sınırlayan ilgili düzenlemelerin değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk olarak bu düzenlemelerin niteliğinin emredici hüküm olduğu açık olsa gerekir⁵⁴. Zira zayıf olan kiracıyı korumaya yönelik bu hüküm, emredici bir lafızla kaleme alınmıştır. Kanun koyucu “*Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir.*” diyerek bu durumu açıkça vurgulamıştır. Teorik olarak da esasen emredici

Bedellerinin Dondurulması Yasası ve Eleştirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 12(2), 2000, s. 401; Altaş, s. 99; Aydoğdu/Kahveci, s. 589–590; Öncü, s. 320–321. Bu sınırın (içtihadın) Yargıtay tarafından devam ettirebileceği yönünde, Gümüş, *Kira*, s. 74.

⁵² 11.06.2022 tarihli ve 31863 sayılı Resmî Gazete.

⁵³ 15.07.2023 tarihli ve 32229 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁴ Benzeri bir düzenleme olan 4531 sayılı Kanun ile eklenen Geçici Madde 7/1 için aynı görüşte bkz. Sarı Fidan, s. 369.

olduğu kabul edilen⁵⁵ TBK m. 344’e özel ek bir düzenleme getirdiğinden emredici olduğu açıktır. Ancak yine şüphe yoktur ki ilgili düzenleme tek taraflı bir koruma getirmektedir. Bu sebeple tarafların artış oranını yüzde yirmi ile sınırlamalarının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki düzenleme açık olarak taraflar arasındaki kira sözleşmesinde belirlenen yüzde yirmi beşlik sınırın altındaki artış oranlarının geçerli olduğunu açıkça belirtmiştir.

Düzenleme yalnızca konut kiralarna dairdir. Gerçekten de TBK m. 344 hem konut hem de çatılı işyeri kira sözleşmelerine dair bir düzenleme getirirken, bu geçici hükümler; yalnızca konut kiralarna dairdir⁵⁶. Konut kiralarnın iş yeri kiralarna göre daha sık rastlanan ya da barınma ihtiyacını konu alan sözleşmeler olması sebebiyle bu şekilde bir düzenleme yoluna gidilmiştir.

Düzenleme, uzama yılına dair olarak açılan kira tespit davaları -yalnızca taraflar arasında bir anlaşma olmadığı yahut da taraflar arasında artış oranına dair anlaşmanın geçersiz olduğu hallerde uygulanan TBK m. 344/2- ile sınırlıdır. Emsal kira bedelinin de göz önüne alındığı TBK m. 344/3 bu açıdan kapsam dışında bırakılmıştır⁵⁷. Diğer bir deyişle taraflar arasındaki sözleşme beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen bir sözleşme ise geçici düzenlemeler uygulanmayacak, yine TBK m. 344/3 uyarınca kira tespit davası açılacaktır. Ancak eğer taraflar arasındaki sözleşme beş yıldan kısa süreliyse veya beş yıldan az uzama yılı söz konusu ise bu kez artış oranı geçici düzenlemelere takılacaktır. Keza yabancı para birimi üzerinden kararlaştırılan konut kiralari engellendiğinden buna dair bir düzenleme yapılmasına da ihtiyaç görülmemiştir.

2. Düzenlemelerin Getirdiği Sorunlar

Düzenlemeler kira bedelinde enflasyon kaynaklı yüksek artışların önüne geçmek amacıyla sevk edilmiş ise de geçici maddeler başkaca sorunlara kapı açmıştır. Evvela kiraya veren artış oranından memnun olmadığı durumlarda geçici düzenlemenin kapsam dışında bıraktığı TBK m. 344/3 kapsamında kira bedelinin tespiti için dava açma yoluna gitmektedir. Açık ki bu hüküm

⁵⁵ Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu, m. 344 N 15; İnceoğlu, s. 131; Öktem Çevik, s. 55; Kapancı, s. 828; Akçaal, *Artış*, s. 375; Doğan, *Kira*, s. 291. “*Türk Borçlar Kanununun kira artışına ilişkin 344. maddesindeki düzenleme kiracıları koruyucu nitelikte olup, kamu düzenine ilişkindir.*” Yargıtay 8. HD. E. 2017/4197 K. 2017/16299 T. 6.12.2017 (Lexpera).

⁵⁶ Sarı Fidan, s. 368.

⁵⁷ Sarı Fidan, s. 368–369.

kapsamında açılan davaların sayısında ciddi bir artış bulunmaktadır. Keza yukarıda da ifade edildiği üzere uygulamada, kiraya verenlerin TBK m. 138'den faydalanmaya çalıştığı ve bu kapsamda davalar açıldığı bilinmektedir. Bu da artan kira uyumsuzluklarının sayısını daha da yukarı çekmekte ve yargının iş yükünü artırmaktadır.

Yargıya yeni bir iş yükü olarak yansıyan diğer bir hal ise uygulamada eksik kira bedellerine dair açılan davalardır. Gerçekten de ülkemizde sözleşmeler, özellikle konut kira sözleşmeleri, matbu hazır metinlerin imza altına alınması suretiyle akdedilmektedir. İşte bu matbu sözleşmelerde yazan artış oranları da birçok kez göz ardı edilerek sözlü irade uyuşması ile yeni kira bedeli belirlenmektedir. Belirlenen oranlar matbu kira sözleşmesindeki orandan düşük ya da yüksek olabilmektedir. Geçici maddeler karşısında kimi kiraya verenler bu fark bedeller için dava açmaktadır⁵⁸. Böylesi davalar taraf iradesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Yani eğer somut olayın koşulları taraflar arasında sözleşmeden farklı bir bedelin kararlaştırıldığının kabul edilmesine imkân veriyorsa, bu halde kira farkına dair bir dava dinlenmemelidir. Keza eğer bedelin taraflarca kararlaştırıldığı ispat edilemez ise bile ihtirazi kayıt koymadan kira bedellerini düzenli olarak kabul eden ve bu konuda güven oluşturan kiraya verenin, dava açmasının TMK m. 2 kapsamında mümkün olmadığına kanaat getirilmelidir⁵⁹. Kaldı ki böylesi hallerde taraflar arasında zımni bir sözleşme değişikliği olduğunu kabul etmek dahi mümkündür⁶⁰.

Bu hukuki sorunlar bir yana, geçici maddeler medeni hukuk sahasını aşan yeni problemlere de zemin hazırlamıştır. İlk olarak kiraya verenler gerek hukuki gerekse de hukuk dışı yollar ile kiracıyı tahliyeye zorlamaktadır.

⁵⁸ Bkz. "...taraflar arasında düzenlenen takibe dayanak 01.10.2006 başlangıç tarihli 1 yıl (aksi bildirilmedikçe uzatmalı) süreli kira sözleşmesinin varlığı konusunda uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sözleşmenin hususi şartlar bölümünde; yıllık artışların TEFE+%5 şeklinde olacağı belirtilmiştir. Özgür irade ile kararlaştırılmış olan bu şart geçerli olup tarafları bağlar ve yenilenen kira dönemlerinde de geçerliğini sürdürür. Ancak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun'unun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar sözleşmedeki artış şartı geçerli olup, taraflar arasında karşı çıkılmayan yazılı bir kira sözleşmesi olup bu sözleşmede hangi oranda kira parasının artırılacağı açık ve belirgin şekilde belirtildiğine göre, uyumsuzluğun sözleşme hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerekir. Davacının artış şartı uygulanmadan ödenen kira paralarını **ihtirazi kayıt koymadan alması, kira parasının davalının ödediği miktarda belirlendiği konusunda bir anlaşmanın varlığını göstermez ve davacının artış şartı uyarınca fark kira alacağını istemesine engel teşkil etmez.**" Yargıtay 3. HD. E 2017/4763 K. 2018/13351 T. 26.12.2018 (Lexpera).

⁵⁹ Karş. Özen, s. 2043.

⁶⁰ Bu hususta bkz. Öktem Çevik, s. 54; Öncü, s. 309.

Ülkemizde birçok kira sözleşmesinde kiracıdan talep edilen tarihsiz tahliye taahhütnamelerine dayalı davalarda da bu sebeple son zamanda önemli bir artış yaşanmaktadır. Kiraya verenler kira bedellerinin ödendiği banka hesaplarını kapatmakta, kiracıları bu yolla yıldırmaya çalışmaktadırlar. Şöyle ki kiracı, kira bedelini banka yoluyla ödeyememekte, kiraya veren derhal icra takibi yaparak çoğu kez masraf ve vekalet ücreti ile birlikte daha yüksek bir bedeli tahsile çalışmaktadır. Bu yolla kiraya verenler mümkün ise tahliye, değil ise haklı ihtar sağlamaya çalışmaktadırlar. Keza kiraya verenler; su, elektrik, doğalgaz gibi abonelik sözleşmelerini sona erdirerek kiracıyı; yüksek artışa ya da tahliyeye zorlamaya çalışmaktadırlar. Son olarak yine kira sözleşmesi akdetmeye hazırlanan yahut yeni kiracı arayışı içerisindeki kiraya verenler; artış oranının ileride de sınırlanacağı endişesi ile başlangıç kira bedelini fahiş surette artırmaktadır⁶¹. Bu noktada yukarıda da ifade edildiği üzere hukukumuzda başlangıçtaki kira bedeline özel bir müdahale ya da denetim olmadığını da göz önünde bulundurmamak gerekmektedir.

Yine geçici maddeler ile oluşan bir diğer sorun ise uygulamada altın üzerinden yahut altına endeksli olarak kira sözleşmesi yapılmaya başlanmasıdır. Hali hazırda çok yaygın olmamakla beraber özellikle işyeri kiralarında böylesi örnekler rastlanılabilmektedir. Kabul etmek gerekir ki bu nevi sözleşmelerin kira sözleşmesi niteliğinde mi yoksa atıpkı bir sözleşme mi olduğu dahi tartışılabilir⁶². Ancak burada daha önemli bir mesele esasen altın fiyatı hesaplanırken ons altın fiyatının dikkate alınması ve ons altın fiyatının da tüm dünyada ABD Doları ile belirlenmesidir. Ancak teoride yabancı para birimi üzerinden kararlaştırılan kira sözleşmesine dair hükümleri altın gibi kıymetli madenler üzerinden kararlaştırılan kira sözleşmelerine kıyasen uygulama eğiliminin de mevcut olduğu ifade edilmelidir⁶³.

3. Düzenlemenin Sözleşme Serbestisi Uyumluluğu ve Anayasaya Uygunluğu

Düzenlemenin içeriği bir yana sözleşme serbestisi ilkesine müdahale ettiği açıktır. Keza kira hukukunda kiracıyı koruyucu tüm hükümler esasen

⁶¹ Esasen şartırcı olmamakla beraber, 4531 sayılı Kanun ile mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun eklenen Geçici Madde 7 düzenlemesinin de benzeri bir soruna yol açtığı yönünde, Kılıçoğlu, s. 405.

⁶² Bu nevi sözleşmeleri geçerli gören ve TBK m. 344/4'ü kıyasen uygulayan görüş için bkz. Özyakışır, s. 321-322; yine bu nevi sözleşmeleri karma sözleşme olarak gören görüş için bkz. Doğan, *Konut*, s. 9.

⁶³ İnceoğlu, s. 151; Öktem Çevik, s. 63.

mülkiyet hakkına da müdahale eder⁶⁴. Aşağıda da ifade edileceği üzere, bu sebeple benzeri kanun hükümlerine dair Anayasa Mahkemesinin geçmişte verdiği kararlar mevcuttur. Zira kira sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklar her daim hukukumuz ve toplumumuz için büyük sorunlardan biri olmuştur. Topyekûn ve meselenin temas ettiği her hususu göz önünde bulundurarak bir program dahilinde hareket etme arzusu hiçbir zaman ortaya konulamamış ve bu sebeple de mesele daima gündemde kalmıştır.

İlk olarak kiracının korunması noktasında getirilen⁶⁵ ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ilk hükümler mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun m. 2 ve 3'tür. Özetle bu hükümler kira sözleşmesinin başlangıcında kira bedeline hem başlangıçta müdahale ediyor hem de artışı sınırlıyordu. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu sınırlamaları mülkiyet hakkının özüne dokunduğundan bahisle iptal etmiştir⁶⁶. Ancak kabul etmek gerekir ki bu düzenlemeler sözleşme serbestisini, kamu eliyle sınırlamakta ve kira bedellerinin tespitini de kamusal bir hale getirmekteydi⁶⁷.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir diğer hüküm ise yine bahsi geçen mülga Kanun'a 4531 Sayılı Kanun ile eklenen Geçici Madde 7/1'dir⁶⁸. İlgili Hüküm "Sözleşmelerde kararlaştırılan kira paraları 2000 yılında yıllık% 25, 2001 yılında ise yıllık % 10 oranında artırılabilir. Ancak, taşınmazın bulunduğu bölgede rayiç kira parasındaki artış bu oranların altında ise bu oranlar uygulanmaz." demekten bu hükmün yalnızca "2001 yılında ise yıllık % 10 oranında" kısmı yönünden iptal etmiştir⁶⁹.

⁶⁴ İnceoğlu, s. 2 dn. 5 ve orada yapılan atf. Yine kira bedelinin belirlenmesine dair hüküm olmasaydı kira bedelinin dondurulacağı ve bu sebeple kiraya verenin mülkiyet hakkının ihlal edileceği yönünde bkz. Eren/Dönmez, m. 343-344 N 1.

⁶⁵ Daha öncesinde var olan ancak bir Anayasa Mahkemesi denetimi olmadığından denetim dışı kalan Milli Korunma Kanunu'daki benzeri düzenleme için bkz. Özyakışır, s. 162-163.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi E. 1963/3 K. 1963/67 T. 26.03.1963.

⁶⁷ Bu hükümlere dair detaylı bilgi için bkz. Haluk Tandoğan, "Türk Hukukunda Kira Bedelinin Sınırlanması ve Tespiti", 4(4), *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1968, s. 595 vd. Esasen bu iptaller Türk hukukunda kira bedelinin tespiti noktasında boşluk oluşturmuş, bu boşluk da TMK m. 1 kapsamında yargı içtihatları ile doldurulmuştur, daha sonra TBK büyük ölçüde bu yargı içtihatlarından esinlenerek düzenleme yapmıştır. Bu hususlarda bkz. Tandoğan, *Cilt I/2*, s. 24 vd.; Tandoğan, *Tespit*, s. 598 vd.; Kılıçoğlu, s. 400 vd.; Öktem Çevik, s. 42; Kapancı, s. 812; Kılıç Öztürk (n 27) 234 vd.

⁶⁸ Düzenlemeye dair detaylı bilgiler için bkz. Altaş, s. 100-101.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi E. 2002/303 K. 2001/3033 T. 19.07.2001. İptal ve etkileri üzerine bkz. Seçkin Topuz/Gökçen Topuz, "Yeni Dönem Kira Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukuki Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararındaki gerekçesi "4531 sayılı Yasa'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makûl bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Ancak, 4531 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte öngörülen fiyat artışlarına koşut olarak kiralarda 2001 yılı için kabul edilen %10 oranındaki artış, 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle oluşan fiyat artışlarının çok altında kalmıştır." şeklindedir. Dikkat edilirse Anayasa Mahkemesi enflasyon artışının üzerindeki bir kira artışını kamu yararı ile sınırlama eğilimindeyken⁷⁰; enflasyon oranının çok altında kalan bir kira artışı oranını ise mülkiyet hakkını sınırlaması sebebiyle iptal etmiştir. Bu noktada incelememizin konusu geçici maddelerin ihdas edildiği tarihlere bakılacak olursa 2022 yılı için tüketici fiyat endeksi yıllık yüzde 79,60⁷¹ iken, 2023 için ise yıllık yüzde 47,83⁷² olmuştur. Ayrıca 2023 yılı Temmuz ayı tüketici fiyat endeksi ise aylık bazda yüzde 9,49 keza 2023 yılı Ağustos ayı tüketici fiyat endeksi ise aylık bazda yüzde 9,09 olmuştur. Yani enflasyon yine yukarı yönlü bir harekete geçmiştir. Haliyle Anayasa Mahkemesi kararı gerekçesi ile beraber değerlendirildiğinde yüzde 25'lik artış oranının da Anayasaya uygunluğu açık surette tartışmaya müsaittir.

IV. GEÇİCİ MADDELER KARŞISINDA ARTIŞ ORANININ TESPİTİ

Kira bedelinin artışına dair taraflar arasında bir anlaşma olsun olmasın, geçici maddeler, artış oranına etki edebilmektedir. Burada bu etkinin nasıl olacağı ve tarafların bu düzenlemelerden ayrılıp ayrılamayacağı tartışılacaktır.

Açılan Davaların Hukuki Niteliği", *Ankara Barosu Dergisi*, 2, 2008, s. 74 vd.

⁷⁰ Kılıç Öztürk, s. 234; teorik olarak da enflasyonla mücadele için kamu yararı gereğince sözleşme özgürlüğünün sınırlanabileceği yönünde bkz. Altaş, s. 110; Sarı Fidan, s. 371.

⁷¹ Temmuz 2022 Tüketici Fiyat Endeksi <[https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Tuketici-Fiyat-Endeksi-Temmuz-2022-45796#:~:text=T%C3%9C%C4%B0K%20Kurumsal&text=T%C3%9CFE'deki%20\(2003%3D100,%49%2C65%20olarak%20ger%C3%A7ekle%C5%9Fti](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Tuketici-Fiyat-Endeksi-Temmuz-2022-45796#:~:text=T%C3%9C%C4%B0K%20Kurumsal&text=T%C3%9CFE'deki%20(2003%3D100,%49%2C65%20olarak%20ger%C3%A7ekle%C5%9Fti)> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2023.

⁷² Temmuz 2023 Fiyat Endeksi <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Tuketici-Fiyat-Endeksi-Temmuz-2023-49649#:~:text=%C4%B0%C5%9Flenmemi%C5%9F%20g%C4%B1da%20%C3%BCr%C3%BCnleri%2C%20enerji%2C%20alkol%C3%BC-%58%2C08%20olarak%20ger%C3%A7ekle%C5%9Fti>. Son Erişim Tarihi: 16.08.2023> Erişim Tarihi 16 2023.

A. Geçici Maddelere Göre Belirleme

Geçici maddelerin yürürlüğü Anayasa Mahkemesi tarafından durdurulmadığı yahut iptal edilmediği için kira bedellerindeki artış oranında dikkate alınması gerektiği açıktır. Ancak burada tarafların bir irade uyuşmasının gerçekleşip, gerçekleşmediğine göre hareket etmek gerekmektedir. Keza taraflar arasındaki irade uyuşmasının sözleşmenin başlangıcında var olması ile sonrasında ortaya koyulması da ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İlk olarak eğer taraflar arasındaki sözleşmede başlangıçta kira artış oranına dair bir düzenleme var ise bu düzenleme ile belirlenen oranın, geçici maddeler ile belirlenen oranın altında olup olmadığına bakılacaktır. Eğer bu oran, kanunun getirdiği sınırın altında ise geçerli olacak, üstüneyse geçersiz olacaktır. Söz gelimi taraflar arasındaki sözleşmede açıkça yüzde 20 şeklinde bir artış oranı belirlenmiş ise bu oran geçerli olacaktır. Buna karşın artışın açıkça tüketici fiyat endeksi oranında olacağı kararlaştırılmış (mevcut durumda bu oran yüzde yirmi beşten fazla olduğundan) ise bu kez bu hüküm kısmen hükümsüz olacak ve geçici düzenleme uygulanacaktır.

Taraflar arasındaki sözleşmede başlangıçta bir oran belirtilmemiş ise TBK m. 344/2 uyarınca açılacak kira tespit davasında artış oranını hâkim belirleyecek, ancak bu sefer tüketici fiyat endeksi değil de kanunun getirdiği yüzde yirmi beşlik sınırlama uygulanacaktır.

B. Taraf İradesi

Geçici maddelere göre belirlenen kira artış oranının tarafların iradesiyle arabuluculuk sürecinde veya başka şekilde değiştirilip değiştirilemeyeceği, böylesi değişikliklerin kanuna uygun olup olmadığı meselesi önem arz etmektedir. Aşağıda bu hususlar irdelenmiştir.

1. Tarafların Uzlaşması

Kira sözleşmesinin tarafları arasındaki sözleşmede kira artış oranına ilişkin bir oran olsun yahut olmasın kanaatimizce taraf iradesi ile geçici maddelere rağmen kira artış oranının belirlenmesi mümkündür. Taraflar, aralarında bir sözleşme olsun olmasın sözleşme serbestisi içerisinde diledikleri oranı kararlaştırabilirler meğer ki ahlaka aykırılık, aşırı yararlanma gibi özel hükümsüzlük sebepleri olmasın. Burada kira artış oranına dair taraf iradesi görüşümüzden farklı bir surette düşünmeyi gerektiren bir hal yoktur. Kanun koyucu tarafların iradesinin uyuşmadığı hallerde hem kiracıyı korumak hem de fahiş fiyat artışlarının önüne geçebilmek için kamu yararı ile kira artış

oranını makul olarak sınırlayabilir. Ancak eğer bireyler özgür iradeleriyle başkaca bir oranı kararlaştırıyorlarsa buna müdahale edilmesi kabul edilemez. Zira burada fahiş bir oranı kiracının kabul etmesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından, bireyi kendi iradesine karşı korumanın da makul bir gerekçesi de bizce yoktur.

Yani taraflar eğer uzlaşabiliyorlarsa farklı bir kira artış bedeli üzerinde yine anlaşabileceklerdir. Kaldı ki bir kimsenin ödeyebileceği kira miktarını düşünüp, buna göre karar verip, pazarlık yapması tabiatın gereğidir. Bu kişinin kiraya veren tarafından dayatılan bir artış oranını kabul zorunluluğu yoktur. O halde hem uzlaşıp belirli bir artışı kabul etmek hem de akabinde bunun geçersiz olduğu iddia etmek de çoğu kez yine TMK m. 2'ye aykırılık teşkil edebilecektir. Toplumumuzda “*kiraya veren zam yaptı*” gibi ifadeler hukuki gerçeklikle örtüşmemektedir. Uygulamada kiraya verenlerin tahliye taahhütleri⁷³ ya da konutu satışa çıkarmak gibi hususları ileri sürerek kiracıyı yüksek bedel artışına zorladığı ifade edilmektedir. Belki de sözleşmenin kurulmasından sonraki tarafların serbest iradelerine geçerlilik tanımayan görüşlerin altında yatan sebeplerden biri de budur. Oysa bu gerekçelerin çözümü artış oranını taraf iradesinden çıkarmak değil, tahliye taahhütnamesine dair düzenleme yapmaktır. Kaldı ki kira sözleşmesinin kurulmasından ve kiralananın tesliminden sonra verilmiş geçerli bir tahliye taahhütnamesine dayalı olarak kiraya veren tahliye hakkına sahip iken, kiraya veren ile kiracının; tahliye yerine daha yüksek bir kira artış oranı üzerinde uzlaşmasının önünü kesmenin kiracıyı korumak anlamına geldiği düşünülemez.

Keza TBK m. 344/3 kapsamında kiraya verenin kira bedelinin tespitine dair bir dava açma hakkı olduğu durumlarda tarafların geçici maddeler ile getirilen sınırlamaların üzerinde bir oran ile kira artışı noktasında uzlaşmalarında hiçbir

⁷³ Yargıtay istikrarlı bir surette tarih bilgileri doldurulmadan boş alınmış tahliye taahhütnameleri geçerli kabul etmektedir. Bkz. “*İcra takibinde dayanılan ve hükme esas alınan 28.7.2008 düzenleme tarihli tahliye taahhütnamesinde “kiracısı bulunduğu” ifadesinden taahhütnamenin kira ilişkisi devam ederken verildiği anlaşılmaktadır. Kiracı tahliye taahhütnamesindeki düzenleme tarihinin sonradan doldurulduğunu, gerçekte kira sözleşmesi ile birlikte verildiğini savunmuş ise de buna itibar edilemez. Boş kağıda imza atan kimsenin bunun sonucuna katılması gerekir. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulaması bu yönde olduğu gibi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 12.12.1990 gün ve 1990/6 Esas 1990/628 Karar sayılı kararı ile 1.7.1992 gün ve 357 Esas 422 Karar sayılı kararı ve 17.1.1999 gün ve 1999/6-28/10 sayılı kararları da bu doğrultudadır.*” Yargıtay 6. HD. E 2010/2871 K. 2010/6900 T. 08.06.2010 (Lexpera). Teoride bu durum eleştirilmektedir, detaylı bilgi için bkz. Mehmet Akçal, “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2), 2022, s. 967 vd.

engel yoktur. Zira geçici maddeler bu fıkraya atıf yapmamıştır. O halde kiraya veren dava açmak suretiyle, daha yüksek bir kira artışını sağlayabilecekken; tarafların iradesiyle de benzeri bir artışı kararlaştırmalarında bir engel olmasa gerektir. Bu noktada da tarafların iradesinin sınırlanmasını gerektiren bir hal mevcut değildir.

2. Arabuluculuk

Geçici maddeler ile kira artış oranına dair getirilen sınırlamanın taraf iradesi ile ilişkisi özellikle arabuluculuk açısından önem arz etmektedir. İlk olarak ifade edildiği üzere arabuluculuk kira uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalar açısından dava şartı haline getirilmiştir. Burada tarafların iradesinin ön plana çıkarılması, daha da önemli bir anlam ifade etmektedir. Şöyle ki dava şartı arabuluculuk bütün faydaları bir yana temelde açılan dava sayısını azaltmayı ve yargı yükünü hafifletmeyi amaçlamaktadır⁷⁴. Hakeza alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olması da bunu gerektirmektedir. O halde değerlendirmelerde bunun da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

İlk olarak kolay olan mesele TBK m. 344/3 kapsamında açılacak davalar öncesinde taraflar arabulucuya başvurmak zorunda kalacaklardır. Burada arabuluculuk aşamasında eğer gerçekten, TBK m. 344/3 kapsamında dava açılabilmesinin şartları oluşmuş ise o halde tarafların diledikleri oranı kararlaştırmakta serbest oldukları kabul edilmelidir. Zira geçici maddeler ile getirilen sınırlamalar bu fıkraya atıf yapmamaktadır. Burada tarafların anlaşma belgesi (HUAK m. 18) ile belirledikleri oran başkaca bir geçersizlik sebebi (misal aşırı yararlanma, aldatma, korkutma, yanıltma) yoksa geçerli olmalıdır⁷⁵. Aksi düşüncenin ne arabuluculuktan beklenen fayda ile ne de geçici maddelerin lafzı ile uyuşacağı açıktır.

Daha zor olan mesele ise TBK m. 344/3 kapsamında bir dava açılmasının imkanının olmadığı hallerdir. Burada taraflar arasındaki sözleşmede kira artışına dair bir hüküm bulunduğu ve bu oranının yüzde yirmi beşin altında ya da üstünde olduğu durumlarda tarafların nasıl bir surette anlaşmaya varabilecekleri tartışmaya açıktır. Öncelikle bu ihtimalde de yine cevabı nispeten daha kolay bir mesele tarafların kanuni sınırın altında bir oranda

⁷⁴ Özümucu, s. 827; Bartuğ Sayın, *Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk ADR Serisi Cilt I* (Yetkin Yayınları 2021) 91; Azaklı Arslan, s. 120.

⁷⁵ Arabuluculuk süreci sonunda taraflarca imzalanan anlaşma maddi hukuk açısından anlam ifade ettiği gibi dava açılmasını engelleyen usuli bir yönde de sahiptir, bkz. Korkusuz/ Korkusuz, s. 493.

anlaşmalarıdır. Bu halde tartışılacak hiçbir mesele yoktur. Ancak acaba taraflar geçici maddeler ile getirilen sınırlamalara aykırı olarak daha yüksek bir oranda kira artış bedeli kararlaştırabilecek midir sorusu önem arz etmektedir. Bu soruya da olumlu cevap verilmesi mümkündür. Zira yukarıda ifade ettiğimizden farklı bir durum söz konusu değildir, tarafların serbest iradeleriyle belirledikleri oran yine geçerli olmalıdır. Yani kanun koyucu geçici düzenlemeler ile artış oranını sınırlamış ve kiracıyı korumuştur. Ancak kiracı serbest iradesiyle bu korumadan yararlanmak istemediğini söyleyebilmektedir. Hiçbir baskı altında olmayan -kiralananın kendisine teslim edilmesi ya da tahliye zorlama gibi- kiracının serbest iradesini kabul etmemenin makul gerekçesi yoktur. Kaldı ki kiracı arabuluculuk görüşmeleri sırasında arabulucunun da desteğiyle daha nitelikli bir görüşme ve pazarlık süreci geçirmekte ve belirlenecek kira bedeli üzerinde daha sağlıklı bir şekilde düşünerek karar verebilmektedir. Ayrıca burada arabuluculuktan beklenen faydanın hasıl olabilmesi için de yüzde yirmi beş üzerinde bir artışın mümkün olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁷⁶. Nitekim işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklarda da ibraya ilişkin emredici bir hüküm olan TBK m. 420'deki şartların, arabuluculuk aşamasında anlaşmanın gerçekleşebilmesi için göz ardı edilebileceği de Yargıtay tarafından kabul edilmiştir⁷⁷. Özellikle tahliye taahhütnamesine dayalı olarak açılması planlanan dava⁷⁸ öncesinde tarafların

⁷⁶ Teoride arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın geçersizliğin ileri sürülmesi halinde arabuluculuğun işlevsiz kalmaması için gayret gösterilmesi gerektiği yönünde bkz. Korkusuz/ Korkusuz, s. 496.

⁷⁷ “Arabulucu önünde yapılan anlaşmada ibraya ilişkin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Aksi kabulde arabulucu önünde tarafların anlaşması imkansız hale gelir. Nitekim 6325 Sayılı Kanun'un 18/5 maddede hükmünde arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı öngörülmüş olup, buna göre ibraya ilişkin düzenlemelerden hareketle arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerliliği değerlendirilemez.” Yargıtay 9. HD. E 2022/436 K. 2022/1380 T. 07.02.2022 (Kazancı); ancak bu içtihadın öncesinde Yargıtay'ın aksi yönde kararları da mevcuttur bkz. Yargıtay 9. HD. E 2016/25300 K. 2016/21744 T. 08.12.2016 (Lexpera). Keza mesele teorik olarak da tartışmalıdır, bu konuda içtihatlar, tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. Ömer Ekmekçi/Muhammet Özkes /Murat Atalı /Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 251 vd.; Emel Badur, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 18, 2021, s. 75 vd.

⁷⁸ HUAK m. 18/b/1 bent a “Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar.” demektedir. Bu açıdan tahliye taahhütnamesine bağlı olarak ilamsız icra olabileceği gibi sulh hukuk mahkemesine başvurulması gereken bir hal de olabilmektedir. Misal bu açıdan sulh hukuk mahkemesine gidilmesi gereken ihtimalleri ifade etmektedir. Tahliye taahhütnamesine dayalı bir icra takibinde sulh hukuk mahkemesine başvurulması

daha yüksek bir oran üzerinden arabulucu huzurunda anlaşmasının kiracı açısından da faydalı olacağı açıktır.

3. Taraf İradesi ve Kanuna Karşı Hile

Taraf iradesi ile geçici maddeler ile gelen sınırlamaların bertaraf edilebilmesi noktasında değerlendirilmesi gereken bir husus da kanuna karşı hiledir. Gerçekten de 2000 yılında kira artışlarını sınırlamak üzere getirilen 4531 sayılı Kanun ile mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna eklenen Geçici Madde 7/3 “*Kira parasının artış sınırlarının aşılması amacıyla yeniden kira sözleşmesi yapılamaz.*” demektedir. Peşinen belirtmek gerekir ki ilgili düzenleme zaten kanuna karşı hile teşkil ettiği düşünülen ve bu sebeple geçerli olmayan bir hali özel olarak düzenlediği için eleştirilmiştir⁷⁹. Yani, yeni bir sözleşme imzalanarak kira artış oranının belirlenmesinin, bu yönde kanuni bir düzenleme olmasaydı da kanuna karşı hile olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Bugün ise geçici düzenlemelerde yeni bir sözleşme imzalanmanın kanuna karşı hile teşkil edeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu halde tarafların kanuni sınırı aşmak için yeni bir sözleşme imzalamaları kanuna karşı hile teşkil eder mi sorusu akla gelir.

Bu soruya verilecek cevap olumsuzdur. Zira ifade ettiğimiz üzere geçici maddelerle getirilen sınırlamalar yalnızca mevcut sözleşmelerdeki hükümleri etkilemektedir. Tarafların serbest iradeleri ile aksine düzenlemeler yapması sözleşme özgürlüğünün bir gereği olarak mümkündür. O halde yeni sözleşme akdetmek suretiyle farklı kira bedeli belirlemek de kanuna karşı hile teşkil etmez. Kaldı ki yeni bir kiracı ile akdedilecek sözleşmede ilk kira bedeli serbestçe kararlaştırılabilmektedir. Bundandır ki kiraya verenler kiracıları tahliye zorlamak ve mevcut kira sözleşmesini sona erdirmeye çalışılmaktadır. Açıkça ki böylesi durumlarda mağdur olan kiracı olmaktadır. Kiracının tahliye yerine, ödeyebileceğine inandığı bir bedel üzerinden yeni bir sözleşme imzalanmasının yasak olduğunu savunmanın kiracıyı korumakla ilişkilendirilmesi mümkün değildir.

C. Arabuluculuğa Dair Özel Kimi Meseleler

Arabuluculuk aşamasında kira sözleşmesine dair kimi hususlar gündeme gelebilecektir. Taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olması ya da emredici hükümlere aykırı hükümlerin arabulucu anlaşma belgelerine girme ihtimali

gerek haller misal için bkz. Akçaal, *Öneriler*, s. 971–972.

⁷⁹ Altaş, s. 102 ve 111–112.

bunlardan bazılarıdır. Aşağıda bu iki ihtimal halinde nasıl bir yol izleneceği meselesi değerlendirilmiştir.

1. Arabuluculuğa Başvuran Taraflar Arasındaki Sözleşmenin Geçersiz Olması

Arabuluculuk aşamasında, özellikle arabulucuyu zorlayacak bir mesele taraflar arasındaki kira sözleşmesinin geçersiz olmasıdır. Şöyle ki ifade edildiği üzere yabancı para birimi üzerinden ya da ona endekli bir kira sözleşmesi akdedilmesi halihazırda konut kiraları açısından mümkün değildir. Kira artışına dair bir dava öncesinde dava şartı arabuluculuğa başvuran taraflar arasında söz gelimi ABD Doları üzerinden imzalanmış ve ödemeleri de buna göre yapılmış bir kira sözleşmesi varsa arabulucunun tutumu nasıl olmalıdır meselesi karşımıza çıkacaktır. Hiç şüphe yoktur ki böylesi bir sözleşme kanunun emredici hükmüne aykırı olduğundan kesin hükümsüzdür⁸⁰. O halde yine aynı yabancı para birimi üzerinden anlaşma belgesi hazırlanır ise bu da esasen sulh sözleşmesi niteliğindeki bu anlaşmanın kesin hükümsüz olmasına sebebiyet verecektir⁸¹. Burada ideal olan belki de arabulucunun sonra çare olarak sunacağı çözümde (HUAK m. 2/1 bent b, HUAK m. 15/7) bu hususu da gözeterek anlaşma önerisini Türk Lirası üzerinden yapması olacaktır. Kaldı ki arabuluculuk süreci sonunda imzalanan anlaşmanın kanuna ve emredici hukuk kurallarına uygun surette imzalanmasının arabulucunun bir görevi olduğu kabul edilmektedir⁸². Keza arabulucunun, tarafların TBK m. 27’ye aykırı olarak bir anlaşma belgesini imzalamaya çalışması halinde HUAK m. 17/1 bent b kapsamında arabuluculuk sürecini sonlandırabileceği de kabul edilmektedir⁸³. Burada taraflar arasında eğer Türk Lirası üzerinden bir

⁸⁰ Ancak kiracının korunmasının bir gereği olarak bu geçersizliği ancak kiracı öne sürebilmeli ve yalnızca bedel gerek taraf iradesi gerekse de ihtiyaç halinde hâkim müdahalesi ile belirlenmelidir. Kiraya veren yabancı para birimi olarak kararlaştırılmayacağını bilseydi kira sözleşmesini akdedemeyeceğini ise ileri sürememelidir. Ayrıca yabancı para birimi üzerinden kira sözleşmesi akdedilememesi yasağı taraf iradesiyle aşılabilecek bir durum değildir. Gerek TBK m. 344 gerekse de geçici düzenlemeler, kiracıyı korumakta ancak daha sonra kiracı serbest iradesiyle bu korumadan mahrum kalabilmektedir. Burada tamamen taraflara ve onların iradelerine dair bir durum söz konusudur. Oysa yabancı para birimi üzerinden sözleşme akdedilmesi yasağı, sadece tarafların iradesine dair bir mesele olmayıp Türk Lirasının kıymetini korumaya yönelik de anlam taşır.

⁸¹ Anlaşma belgesinin hukuki niteliğine dair tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. Badur, s. 66 vd.

⁸² Korkusuz/Korkusuz, s. 495.

⁸³ Badur, s. 71; Sayın (n 73) 253–254; Ferhat Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2018, s. 103. Gerçi Sayın, arabuluculuğa elverişliliği de

uzlaşma sağlanır ise anlaşma belgesi aynı zamanda kira sözleşmesi niteliğinde olacaktır⁸⁴.

2. Arabuluculuk Anlaşma Belgesindeki Kanuna Aykırı Hükümler

Kira sözleşmesinde zorunlu arabuluculuğa dair bir diğer önemli mesele ise taraflar arasındaki anlaşma belgesinde kanuna ve emredici hükümlere aykırılık olması ihtimalidir. Şüphe yoktur ki anlaşma belgesi TBK m. 27'de belirlenen sınırlamalara tabidir ve eğer anlaşmayı geçersiz kılan bir husus varsa (söz gelimi kamu düzenine aykırılık) taraflar bunu ileri sürebileceklerdir⁸⁵. Yine yukarıda ifade edildiği üzere anlaşma belgesinin kanuna uygun olması arabulucunun bir vazifesidir. Ancak burada kira artışı açısından önem arz eden bir husus vardır ki o da geçici maddeler ile belirlenen sınırın üzerinde bir kira artış bedelinin kararlaştırıldığı anlaşma belgesinin akıbetinin ne olacağı meselesidir. Öncelikle eğer yukarıda benimsediğimiz görüşümüz esas alınırsa böylesi bir ihtimal hiçbir surette sorun teşkil etmeyecektir meğer ki anlaşma belgesini geçersiz kılan genel hükümlere dair başkaca bir sebep olsun. Ancak eğer görüşümüz esas alınmaz ise bu sefer ihtimaller dairesi içerisinde düşünülmeli gerekmektedir.

Eğer taraflar anlaşma belgesine uygun olarak edimlerini yerine getirirse bu durumda yalnızca kiracının ödediği fazla kira bedelleri için ileride iade davası açması söz konusu olabilir. Ancak böylesi davalar da çoğu kez TMK m. 2 engeline takılacaktır. Taraflar anlaşma belgesine aykırı davranır ise bu halde geçersizliğin ileri sürülmesi mümkün olacaktır. Burada anlaşma belgesinin kesin hükümsüz olduğunun tespiti için dava açılması elbette mümkündür. Keza icra edilebilirlik şerhi alınırken de bu kanuna aykırılığın hâkim tarafından resen nazara alınması teoride mümkün görülmektedir⁸⁶. Bu noktada bir meseleye daha vurgu yapılması gereği doğmaktadır. Esasen taraflar arabuluculuk aşamasında kanunun emredici hükümlerine aykırı bir anlaşmaya vardılarsa bile bu hâkim önüne gelmedikçe bir anlam ifade etmeyecektir. Başkaca bir deyiş ile taraflar cebri icraya ihtiyaç duymaz, bir

burada göz önünde bulundurma eğilimdeyse de kira hukuku ve verilen misal açısından bu görüşe katılmıyoruz.

⁸⁴ Anlaşma belgesinin içerdiği edimlere göre tipik bir sözleşme de olabileceği yönünde bkz. Büyükay, s. 108.

⁸⁵ Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, Yetkin Yayınları, 2012, s. 184; Korkusuz/Korkusuz, s. 493; Badur, s. 71; Büyükay, s. 155.

⁸⁶ Taşpolat Tuğsavul, s. 203; Sayın (n 73) 271–272; Büyükay, s. 143; Azaklı Arslan, s. 240.

taraf anlaşmayı dava konusu yapmaz ise anlaşmadaki kanuna aykırı hükümler de hiçbir zaman hâkim önüne gelmez ve değerlendirilemez. Ancak kira uyuşmazlıklarından kaynaklı zorunlu arabuluculukta ise kanun koyucu icra edilebilirlik şerhi alınmasını zorunlu kılmıştır⁸⁷. Ne var ki bu zorunlulukta esasen HUAK m. 18/4'e kapsamında taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılarak cebri icrada kullanılmasının engellemesinden ibarettir. Tarafların her durumda, arabuluculuk süresi sonunda, icra edilebilirlik şerhi almak için mahkemeye başvurması zorunlu kılınmamıştır. Ancak eğer cebri icraya ihtiyaç duyulan bir hal olursa emredici hükümlere aykırılığın hâkim tarafından resen nazara alınmasının yanında, şerhi almaya engel olduğu da kabul edilmektedir⁸⁸.

SONUÇ

Kira hukuku, hukukun en dinamik sahalarından biridir. Enflasyon karşısında konut fiyatları ve onun bir uzantısı olarak kira bedelleri hızla yükselmektedir. Bu durum geçmişte yaşandığı gibi tekrar yaşanmaktadır. Ne var ki benzer soruna benzer bir çözüm bulunmuş ve geçici düzenlemelerle kira artışı sınırlandırılmaya çalışılmıştır. İşte fahiş artışlarla beraber sıkça rastlanan artış oranını sınırlamaya dair geçici düzenlemelere ilişkin bu çalışma boyunca varılan sonuçlar aşağıdaki şekilde ifade edilebilir;

1. Kira bedelinin tespitine ilişkin kanun koyucunun benimsediği sistem özünde eleştiriye açıktır. Başlangıçta kira bedelinin belirlenmesi kural olarak herhangi bir sınırlamaya tabi değilken; daha sonradan kiracı ile kiraya verenin irade uyuşmasını göz ardı etmek makul bir gerekçeye dayanmamaktadır. Kanun koyucunun tarafların uzlaşmadığı durumlara dair düzenleme yapması kabul edilebilir ve mantıklıdır. Ancak tarafların karşılıklı irade uyuşması olan hallerde kanunun yine müdahalede bulunması, irade serbestisine ölçsüz bir müdahaledir.

2. Kira hukukuna dair tartışmalar barınma ve konut hakkından bağımsız düşünülemez. Bu açıdan konuta mülkiyet ya da kiracılık hakkı ile erişebilmek kolaylaştırılmalıdır. Meselenin ekonomik yönü bu çalışmanın dışında kaldığından ilgili hususlara değinilmemiştir. Yine de belirtmek gerekir ki

⁸⁷ HUAK m. 18/B/3 “Bu madde kapsamında düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu olup...”.

⁸⁸ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 112.

birden çok konut edinilmesi vergiler yoluyla kısıtlanabilir. Keza konutların âtil kalmasının önüne yine vergiler yoluyla geçilebilir. Bu nevi düzenlemeler kuvvetle muhtemeldir ki kira bedelini görünürde sınırlayan ama fiilen uygulanmayan geçici düzenlemelerden daha çok fayda getirebilecektir.

3. Tek başına medeni hukuk sahasındaki kanun düzenlemeleri kira bedellerinin sınırlandırılması açısından yeterli değildir. Başlangıçtaki kira bedelinin sınırlandırılması ve bu noktada bütüncül bir yaklaşım ile kamu hukuku açısından da tedbirlerin alınması düşünülebilir. Gerçekten de gerekli anayasal zemin oluşturularak karşılaştırmalı hukukta var olan ceza normlarına⁸⁹ benzer düzenlemeler hayata geçirilebilir.

4. Kira bedelindeki artışı sınırlayan hükümler yalnızca kira sözleşmesi kurulurken anlam ifade etmektedir. Kiralanan teslim alındıktan sonra kiracı ile kiraya verenin kararlaştırdıkları bedeller ilke olarak geçerli kabul edilmelidir.

5. Kira hukukuna dair geçici düzenlemeler geçmişte olduğu gibi bugün de enflasyonla mücadeleyle ilişkilendirilmiştir. Oysa hukuk, ekonomik faaliyetler açısından yardımcı bir unsurdur, asli unsur olamaz. Yani enflasyon, asıl olarak kanunlarla değil ekonominin yasalarıyla düşer⁹⁰. Enflasyonla mücadele sebebiyle kira hukukunda yapılan değişiklikler faydadan ziyade kira bedellerinin daha çok artışına ve yargı iş yükünün çoğalmasına sebebiyet vermiştir.

6. Geçici kanunlar ile getirilen kira sınırlamaları da benzeri şekilde tarafların uzlaşmadığı ihtimalde anlam ifade etmektedir. Aksi kabul, ileride fazladan ödendiği iddia edilen kira bedelleri için açılacak sebepsiz zenginleşme davalarının sayısını artırmaktan öteye gitmeyecektir. Kaldı ki yargının böylesi davaları da dürüstlük kuralı ile engelleyebileceği düşünüldüğünde, pratikte görüşümüzden farklı bir durum ortaya çıkmayacaktır.

7. Arabuluculuk görüşmeleri sırasında kiracı ile kiraya verenin, geçici düzenlemeler ile kararlaştırılan orandan daha yüksek bir kira artış oranına karar kılmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır. Aksi kabul arabuluculuktan beklenen faydayı mutlak azaltacaktır.

⁸⁹ Alman hukukundaki cezai hüküm için bkz. Ince and Özyakışır, s. 731 vd. Keza mehaz kanunumuz açısından İsviçre hukukundaki durum için bkz. Marino Montini, “Der Strafrechtliche Schutz Des Mieters (Art. 325bis Und 326bis StGB)”, *Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht*, 1, 2007, s. 1 vd.

⁹⁰ Kılıçoğlu, s. 403.

KAYNAKÇA

- A.Acar F, *Kira Hukuku Şerhi (TBK m.299-332)*, 4. Bası, Beta Yayıncılık, 2017.
- B.Akçaal M, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa İlişkin 7161 Sayılı Kanun’la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 2022, s. 361-384. (Artış)
- C.Akçaal M, “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2), 2022, s. 949-979.
- D.Akyol Ş, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, Vedat Kitapçılık, 2007. (Öneriler)
- E. Altaş H, “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 49(1-4) 2000, s. 97-116.
- F. Atamer MY, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, 2001.
- G.Aydın GS, “Türk Borçlar Kanunu’nun 345. Maddesi ile Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, 2014, s. 169-194. (TBK)
- H.Aydın K, “Türkiye’de Konut Sahipliği, Konut Koşulları ve Konut Kalite Endeksi”, *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi*, 39(2), 2019, s. 277-301. (Konut)
- I. Aydoğdu M/Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 5. Bası, Adalet Yayınevi, 2021.
- J. Azaklı Arslan B, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları*, 2019.
- Badur E, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 18, 2021, s. 49-87.
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Büyükcay F, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, Adalet

- Yayınevi, 2018.
- Doğan M, “Kira Sözleşmesi”, M. Turgut Öz (Ed.), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2023. (Kira)
- Doğan M, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, 2011. (Konut)
- K.Ekmekçi Ö/Özekes M/Atalı M/Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- L. Eren F/Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt IV m. 207-392*, Yetkin Yayınları, 2023.
- Gümüş M A, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012. (Kira)
- Gümüş M A, *Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmenin Uyarlanması (TBK m. 138)*, Yetkin Yayınları, 2022. (Uyarlama)
- İnce N/Özyakışır Ö, “Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2021, s. 725-770.
- İnceoğlu M M, *Kira Hukuk Cilt II*, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Kapancı K B, “Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M. 344 f. 1 c. Son'un Yorumlanması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(4), 2016, s. 809-834.
- Kaşak F E, “İsviçre Federal Mahkemesi'nin Kira Bedelinin Kararlaştırılmaması Halinde Kira Sözleşmesinin Kurulmadığına İlişkin 15.9.1993 Tarihli (BGE 119 II 347) Karar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(4), 2013, s. 307-308. (Çeviri)
- Kaşak F E, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021. (Emredici)
- Kılıç Öztürk G, “Kira Tespit Davası ve Esasları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 129, 2017, s. 229-260.
- Kılıçoğlu AM, “Kira Bedellerinin Dondurulması Yasası ve Eleştirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 12 (2), 2000, s. 399-412.
- Korkusuz R/Korkusuz M H, “İş Hukukunun Emredici Hükümlerine Aykırı İfa Edilen Zorunlu Arabulucu Anlaşmalarının Hukuki Durumu”, *Adalet Dergisi*, 64, 2020, s. 481-506.
- Montini M, “Der Strafrechtliche Schutz Des Mieters (Art. 325bis Und 326bis StGB)”, *Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht*, 1, 2007, s. 1-13.
- Odabaşı A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Tespit Davası”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (17-18), 2018, s. 57-80.
- Öktem Çevik S, “Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(1), 2022, s. 39-77.
- Öncü Ö, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, 77(2), 2012, s. 300-348.
- Öz T/ Acar F/Gökyayla E/ Develioğlu H M (Ed.), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 4,5 (Madde 207-392)*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Özen B, “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), s. 2033-2062.
- Özmumcu S, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 74(2), 2016, s. 807-842.
- Özsunay E, *Ticari İşletmede 'Kiracılık Hakkı'nın Korunması TTK m. 11/2 Üzerine Bir Araştırma*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1962.
- Özyakışır Ö, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli*, Adalet Yayınevi, 2019.
- Sarı Fidan Ö, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi”, *Yıldırım*

Beyazıt Hukuk Dergisi, 1, 2023, s. 345-380.

Sayın B, *Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk ADR Serisi Cilt I*, Yetkin Yayınları, 2021.

Tandoğan H, “Türk Hukukunda Kira Bedelinin Sınırlanması ve Tespiti”, 4(4), *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1968, s. 593-614. (Tespit)

Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/2*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2008. (Cilt I/2)

Taşatan C, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Kira Sözleşmesinde Bedelin Belirlenmemiş Olmasına İlişkin 24 Eylül 1974 ve 15 Eylül 1993 Tarihli Kararlarının (BGE 100 II 330, 119 II 347) Çevirisi”, *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Taşpolat Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, Yetkin Yayınları, 2012.

Topuz S/Topuz G, “Yeni Dönem Kira Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukuki Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davaların Hukuki Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2, 2008, s. 74-89.

Uray G, “Konut Hakkı ve Konut Aktivizmi”, *İDEALKENT*, 13, 2022, s. 1981-2001.

Yavuz C/Acar F/Özen B, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt*, 11. Bası, Beta Yayıncılık, 2022.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**TÜKETİCİ LEHİNE GÜVENCE VEREN AVALİSTİN
SORUMLULUĞU (TKHK m. 4/6)***

LIABILITY OF THE AVALIST WHO ASSURES IN FAVOR OF THE
CONSUMER (CPL Art. 4/6)

Temel GÜNER**  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1257042](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1257042) 

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 4/5 hükmünde tüketici işlemleri nedeniyle sadece nama yazılı senet düzenlenebileceği, emre veya hamile yazılı senet düzenlenirse senedin tüketici bakımından geçersiz olacağı öngörülmüştür. Ancak emre veya hamiline yazılı senedin tüketici bakımından geçersizliğinin bir mutlak def'i mi yoksa nispi def'i mi olduğu konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Ayrıca TKHK m. 4/6 hükmünde tüketici lehine verilen şahsi teminatların her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı öngörülmüş ancak avalin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Çalışmada tüketici tarafından düzenlenen emre veya hamile yazılı senetlerin tüketici bakımından geçersizliği ile tüketici lehine verilen avalin adi kefalet sayılıp sayılmayacağı konuları birbiriyle ilişkilendirilerek incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: *Tüketici Kredisi, Nama Yazılı Senet, Emre Yazılı Senet, Adi Kefalet, Aval.*

* Bu araştırma makalesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 16.04.2021 tarihinde düzenlenen Teminat Hukuku Sempozyumu'nda "Özellikle Tüketici Kredilerinde Tüketici Lehine Güvence Veren Avalistin Sorumluluğu" başlığıyla sunulmuş olan bildirinin genişletilmiş tam metin halidir.

** **Arş. Gör.,** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** temelguner@hacettepe.edu.tr **ORCID:** 0000-0002-0446-9856, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1257042.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

ABSTRACT

According to article 4/5 of the Law on the Protection of the Consumer (CPL), only registered deed can be issued for consumer transactions. If a promissory note or bearer paper is issued, they are invalid for the consumer. But no clear regulation has been made as to whether the invalidity is an absolute or relative defence. In addition, it is stipulated in the article 4/6 of CPL that the personal guarantees given in favor of the consumer will be considered ordinary guarantee under all circumstances. But no clear provision has been made on whether the aval can be considered as an ordinary guarantee. In this study, invalidity for the consumer of the promissory note or bearer paper issued by consumer and whether the aval given in favor of the consumer will be considered as ordinary guarantee was examined.

Keywords: Consumer Loan, Registered Negotiable Instruments, Order Instrument, Ordinary Guarantee, Aval.

EXTENDED ABSTRACT

According to Article 10/5 of the former Consumer Protection Law No. 4077 (fCPL), the creditor is prohibited from requesting negotiable instruments or securing the loan by accepting such instruments. If negotiable instruments are received from the consumer despite this prohibition, the consumer can request them back from the creditor, and the creditor will be obliged to compensate the consumer for any loss due to the endorsement of the instruments.

In the new Consumer Protection Law (CPL) numbered 6502, there is no special regulation prohibiting the receipt of negotiable instruments in consumer loans. However, Article 4/5 of the CPL stipulates that only registered bills can be issued as negotiable instruments in consumer transactions. Any instruments issued in violation of this clause will be invalid for the consumer. Therefore, during the period of the CPL, negotiable instruments can be obtained from the consumer as a guarantee, but these instruments must be registered.

Undoubtedly, credit institutions will not be content with only receiving negotiable instruments as a guarantee from the consumer. They will also ask for a third person to be included in the bill of exchange as an avalist to ensure the loan is more secure. At this point, considering the provisions of Article 4/6 of the CPL, which states that "personal guarantees received in return for consumer actions in consumer transactions will be regarded as an ordinary guarantee in all conditions," the question arises: will the aval given as a guarantee for the consumer's debt be considered an ordinary guarantee or not? This paper aims to examine the responsibility of the person who signs the bill of exchange from the consumer as an avalist.

In this context, the invalidity of the order bill and bearer paper issued by the consumer will first be examined. Article 4/5 of the CPL clearly states that only registered negotiable instruments can be issued in consumer transactions. Any other

issued instruments will be invalid for the consumer. While such a regulation aims to protect the consumer, it appears to overlook the basic principles of negotiable instruments law. This oversight has caused concern among many jurists familiar with negotiable instruments law. As a result, various interpretations, consistent with the basic principles of the law, have arisen. The General Assembly on the Unification of Judgments of the Supreme Court clarified this in its decision dated 29.11.2019, numbered 2018/5 E. 2019/7 K., resolving discrepancies in both doctrine and judicial practice. The ruling indicated that the provisions of the CPL are clear: order bills and bearer papers issued by the consumer are invalid for the consumer. This brings up the issue of the liability nature of someone signing an aval in favor of the consumer on an order instrument issued by that consumer. In line with Article 4/6 of the CPL, if the person guarantees in favor of the consumer, they will be held liable according to the provisions of an ordinary guarantee. If the aval is seen as an ordinary guarantee, the individual assuring on behalf of the consumer who issues an order bill and bearer paper will not be held accountable. In an ordinary guarantee, if the consumer who issues the bill is not held accountable, the person providing assurance on their behalf cannot be either. However, if the aval is not considered within the scope of Article 4/6 of the CPL, then the evaluation must consider whether the invalidity of the order bill and bearer paper for the consumer is due to a formal defect within Article 702/2 of the Turkish Commercial Code.

Finally, in our opinion, the aval should be considered within the scope of Article 4/6 of the CPL. Thus, the creditor must first approach the consumer for payment. If the consumer does not pay, the creditor can then turn to the avalist.

GİRİŞ

4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (mTKHK)¹ m. 10/5 hükmünde, kredi verenin ödemelerini kıymetli evraka bağlaması ya da krediyi kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaklanmış, bu yasağa rağmen tüketiciden kıymetli evrak alınır ise, tüketicinin senedi geri isteyebileceği, senet devredilmişse kredi verenin, devir sebebiyle tüketicinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacağı öngörülmüştür. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)² da ise, tüketici kredilerinde kıymetli evrak almayı yasaklayan özel bir düzenlemeye yer verilmemiş; ancak, tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle sadece nama yazılı senet düzenleyebileceği, emre veya hamiline yazılı senet düzenlerse senedin tüketici yönünden geçersiz olacağı öngörülmüştür (TKHK m. 4/5).

¹ RG, T. 08.03.1995, S. 22221.

² RG, T. 28.11.2013, S. 28835.

Dolayısıyla TKHK döneminde tüketici kredilerinde tüketiciden kıymetli evrak alınabilecek, ancak senedin nama yazılı şekilde düzenlenmesi gerekecektir.

Kredi kuruluşları, tüketiciden kıymetli evrak almakla yetinmemekte, kredi alacağını teminat altına alabilmek adına üçüncü bir kişinin avalist sıfatıyla kambiyo ilişkisine dâhil olmasını istemektedir. İşte bu noktada, tüketicinin borcuna güvence olarak verilen avalin adi kefalet olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunuyla karşılaşılır. Zira TKHK m. 4/6 hükmünde tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatların her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı düzenlenmiştir. Aval de bir şahsi teminat türüdür ve bu açıdan TKHK m. 4/6 kapsamına girmektedir. Çalışmada öncelikle, tüketici tarafından düzenlenen emre veya hamile yazılı senetlerin tüketici bakımından geçersizliği üzerinde durulmuş, ardından tüketici lehine aval veren kişinin sorumluluğunun niteliği incelenmiştir.

I. TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE KIYMETLİ EVRAK ALINMASI

Türk Ticaret Kanunu (TTK)³ m. 670 hükmü gereği sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleri ile borçlanmaya da ehildir. Ancak TKHK m. 4/5 hükmünde, tüketicilerin emre veya hamiline yazılı kambiyo senedi düzenleyemeyeceği sadece nama yazılı kambiyo senedi düzenleyebileceği öngörülmüştür. Aşağıda tüketicinin emre veya hamiline yazılı kambiyo senedi düzenleme yasağı incelenmiştir.

A. Tüketiciden Emre veya Hamiline Yazılı Senet Alma Yasağı

Taksitle satışlara ilişkin mTKHK m. 6/A-3 hükmünde, tüketici edimlerine karşılık olarak *sadece nama yazılı* kıymetli evrak alınabileceği, emre veya hamiline yazılı kıymetli evrak alınır ise *senedin tamamen geçersiz* olacağı öngörülmüştür. Tüketici kredilerine ilişkin mTKHK m. 10/5 hükmünde ise tüketiciden kıymetli evrak alınması *tamamen yasaklanmış* ve fakat bu yasağa rağmen tüketiciden kıymetli evrak alınır ise *senedin geçerli olacağı*, senet devredilmemişse tüketicinin senedi geri isteyebileceği, senet devredilmişse devir sebebiyle tüketicinin uğradığı zararın kredi kuruluşu tarafından karşılanacağı öngörülmüştür.

TKHK'de ise, taksitle satışlara ve tüketici kredilerine ilişkin ayrı ayrı özel hüküm öngörmek yerine bütün tüketici işlemlerini kapsayacak şekilde

³ RG, T. 14.02.2011, S. 27846.

genel bir hüküm tesis edilmiş; tüketici işlemleri sebebiyle sadece nama yazılı senet düzenlenebileceği, emre veya hamiline yazılı senet düzenlenirse senedin *tüketici açısından geçersiz* olacağı düzenlenmiştir (TKHK m. 4/5)⁴.

Ancak kanaatimizce tüketiciyi korumak amacıyla böyle bir hüküm öngörülürken emre ve hamiline yazılı senetlerin ticari hayatta oluşturdukları güven göz ardı edilmiştir. Şöyle ki, emre ve hamiline yazılı senetler kamu itimadına mazhar senetlerdir. Bunun iki önemli sonucu vardır: Birincisi hamil, emre yazılı senetlerde düzgün ciro zincirine, hamile yazılı senetlerde zilyetliğe güvenerek senedi devralmışsa, senedi devreden kişi maddi anlamda hak sahibi olmasa dahi senedin mülkiyetini hukuken geçerli bir şekilde iktisap etmiş sayılır. İkincisi ve çalışma konusu açısından önemli olanı ise, senedi devralan kişinin sadece senette görülebilen, senet metninden anlaşılan hakları devralmasıdır⁵. Dolayısıyla emre veya hamile yazılı bir senedin üzerinde düzenleyen tüketici olduğuna ilişkin bir ibare bulunmuyorsa⁶, senedin tüketici bakımından geçersizliğinin iyiniyetli (senedin tüketici tarafından düzenlendiğini bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen) üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi gerekir. Ancak TKHK m. 4/5 hükmünde herhangi bir ayırım yapılmaksızın senedin tüketici bakımından geçersiz olacağı öngörülmüş, geçersizliğin herkese karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği, yani bunun mutlak mı yoksa nispi def'i mi olduğu konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Konu hakkında gerek öğretilerde gerekse yargı uygulamasında farklı görüşler ortaya atılmıştır.

B. Tüketiciden Emre veya Hamiline Yazılı Senet Alınmasının Yaptırımına İlişkin Öğretilerde İleri Sürülen Görüşler

Tüketiciden emre veya hamiline yazılı senet alınmasının yaptırımına ilişkin öğretilerde temel olarak üç farklı görüş ileri sürülmüştür. Gerek mTKHK gerekse TKHK döneminde hâkim görüş, senedin geçersizliğinin mutlak def'i

⁴ Bu hususta bkz. Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* C.I, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 42; Salih Önder Yeşiltepe, "6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20(2), 2014, s. 29 vd.; Özgür Doğan, "Tüketici Senetleri", *Ankara Barosu Dergisi*, 2, 2018, s. 123 vd.

⁵ Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha, 2019, s. 48-53.

⁶ Senedin üzerine tüketici senedi olduğuna ilişkin bir ibare konulmasına müsaade eden kanun değişikliği yapılması gerektiği yönünde bkz. Mertol Can, "Yargı Kararları Işığında Tüketici Hukukunun Kambiyo Senetleri Tatbikatını Etkileyen Hükümlerine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2020, s. 4117.

olduğunu dolayısıyla iyiniyetli olup olmaması önem arz etmeksizin senedi devralan herkese karşı ileri sürülebileceğini savunmaktadır⁷. Aksi yöndeki ikinci görüş, senedin tüketici bakımından geçersizliğinin nispi def'i olduğunu dolayısıyla bile bile borçlunun zararına hareket söz konusu olmadıkça (TTK m. 687) iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır⁸. Hükmün amacından yola çıkan üçüncü görüş ise, TKHK m. 4/5'de öngörülen yaptırımın senedin geçersizliğine ilişkin bir yaptırım olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, tüketici tarafından düzenlenen emre veya hamile yazılı senetler tüketici bakımından geçerli olmalı, ancak tüketici temel ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazlarını senedi devralan iyiniyetli kişilere karşı da ileri sürebilmelidir⁹.

⁷ Aydın Zevkiler/Murat Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku - Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, Seçkin, 2004, s. 180; Mehmet Bahtiyar, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak İlişkin Düzenlemeleri", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2014, s. 203; Mehmet Bahtiyar/Esra Hamamcıoğlu, "Tüketicinin Kıymetli Evrak ile Borçlanması ve Sonuçları", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), Haziran 2015, s. 83; Abdulkemim Yıldırım/Bilge Aytuğar, "Tüketicici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(2), 2020, s. 52-53; Esra Hamamcıoğlu, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Yansımaları", *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım*, Seçkin, 2016, s. 62; M. Fatih Cengil, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.03.2014 Tarih, 2013/12-2113 Esas ve 2014/210 Kararı Işığında Tüketicinin Yapmış Olduğu İşlemler Nedeniyle Nama Yazılı Senet Düzenlenmesi Zorunluluğu", *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), Aralık 2014, s. 72; Sezer Çabri, *6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 1. Baskı, Adalet, 2016, s. 105; Burak Özen, *Milli Şerh - 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Milli Şerhi*, Aristo, 2016, s. 107, 108; Nihat Yavuz, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı, Adalet, 2010, s. 499; İlhan Kara, *Tüketici Hukuku*, Engin Yayıncılık, 2015, s. 82; İsmail Yılmaz Aslan, *Bankacılar İçin Tüketici Hukuku*, Aryan Basım Tanıtım ve Matbaa Hizmetleri, 2016, s. 54; Ali Şafak, "Tüketici İşlemi Sonrasında Düzenlenen Emre Yazılı Senedi Ciro Yolu ile Devralan Haklı Hamile Karşı Senedin Geçersizliği İddiasının İleri Sürülebilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, 89(2), 2015, s. 194, 195.

⁸ Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 140; Sevilay Uzunallı Eroğlu, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 2004, s. 132 vd.; Tolga Ayoğlu, "29.11.2019 Tarihli 2018/5 E. 2019/6 K. Sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı'nın İncelenmesi", *GSÜHF Ticaret Hukuku ABD-Aylık Bilimsel Konferanslar I Sunum Videosu*, <https://youtu.be/TJbwfcDJTWg>, dakika 32, saniye 40 vd.

⁹ Kendigelen/Kırca, s. 121; Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, 5. Baskı, Onikilevha, 2019, s. 170-174.; Ebru Tüzemen Atik, *Açık Kambiyo Senetleri*, 3. Baskı, Seçkin, 2021, s. 315; Yeşiltepe, s. 42. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 84-85.

C. Tüketiciden Emre veya Hamiline Yazılı Senet Alınmasının Yaptırımına İlişkin Yargı Uygulaması

Tüketiciden emre veya hamiline yazılı senet alınmasının yaptırımına ilişkin yargı uygulamasında da farklı içtihatlar ortaya çıkmıştır. Özellikle tüketici uyuşmazlıklarına bakmakla görevli olan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, gerek mTKHK gerekse TKHK döneminde istikrarlı bir şekilde senedin geçersizliğinin bir mutlak def'i olduğunu, dolayısıyla iyiniyetli olup olmaması önem arz etmeksizin senedi devralan herkese karşı ileri sürülebileceğini kabul etmiştir¹⁰. Benzer şekilde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi¹¹ ve Yargıtay 14. Hukuk

¹⁰ Y.13.HD, T.12.4.2006, E.2006/2290, K.2006/5406; Y.13.HD, T.21.5.2009, E.2009/1044, K.2009/7007; Y.13.HD, T.7.3.2018, E.2016/20529, K.2018/2886; Y.13.HD, T.17.6.2019, E.2016/18572, K.2019/7274; Y.13.HD, T.13.12.2017, E. 2015/27173, K. 2017/12439: "Somut olayda ciro edilen senetlerin nama yazılı olarak düzenlenmesi yasal zorunluluk olmasına rağmen, emre muharrer olarak düzenlenmesi sebebiyle geçersizdir. Geçersiz olan bu senetlere ciro yoluyla hamil olan kişi, iyiniyetli olup borçlunun zararına hareket etme kastı bulunmadığı savunmasında da bulunamaz"; Y.13.HD, T. 4.5.2020, E.2017/6874, K.2020/3672: "Dava, davacının konut satımına ilişkin imzalanmış sözleşme nedeniyle müteahhit firmaya teslim ettiği ve ciro yoluyla davalı bankanın eline geçen emre yazılı senetlerden dolayı borçlu olmadığının tespitine yönelik menfi tespit davasıdır. Davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4/5.maddesi; "Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir" şeklindedir. Kanunun bu maddesi gereğince nama yazılı olarak düzenlenmeyen dava konusu senetlerin tüketici yönünden geçersiz olduğu sabittir" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023).

¹¹ Y.4.HD, T.9.12.2019, E.2019/875, K.2019/5885: "6502 Sayılı TKHK'nun 4/5 maddesinde ise; "Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir." hükmü düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca taksitli satışlarda senetler, sözleşmede kararlaştırılan her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenebilecek, aksi halde kambiyo senedi geçersiz olacaktır. Eldeki davaya konu senedin nama yazılı değil emre yazılı olması nedeni ile tüketici yönünden herkese karşı geçersiz olup bu anlamda cirananın iyiniyetli yada kötüniyetli olmasının bir önemi yoktur" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023).

Dairesi¹² de senedin geçersizliğinin mutlak def'i olduğu yönünde kararlar vermiştir. Aksi görüşü savunan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi¹³, Yargıtay 12.

¹² Y.14.HD, T.6.12.2017, E.2017/4296, K.2017/9168: “Senetler nama yazılı değil emre yazılı düzenlendiğinden davacı tüketici yönünden herkese karşı geçersiz olduğu/cirantanın iyi ya da kötüniyetli olmasının önemi olmadığı- davacının borçlu olmadığına tespiti ile senetlerin iptaline ve davacıya iadesine icra takiplerinin de iptaline karar verilmesi gerektiği...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023).

¹³ Y.11.HD, T.8.5.2018, E.2016/10947, K.2018/3300: “...Uyuşmazlık konusu senedin işbu davada dava dışı Group A.Ş. tarafından davalı ...Bankası A. Ş'ye ciro edilerek verildiği, davalı tarafından bononun tahsili için ...İcra Müdürlüğünün 2015/1731 Esas sayılı takip dosyasında takip başlatıldığı, davaya konu bononun tanzimine esas olan temel ilişki kapsamında dava dışı Group A. Ş'nin tacir, davacı ...'in ise tüketici sıfatını haiz olduğu, 6502 Sayılı TKHK'nun 4/5 maddesi uyarınca davacı ile dava dışı inşaat firması arasında sadece nama yazılı senet düzenlenmesi gerekirken, emre yazılı olarak düzenlenmiş olması sebebiyle davaya konu bononun tüketici/davacı yönünden geçersiz olduğu, davalı bankanın bir tacir olarak umumiyetle ... genelinde tüketicilere konut satan Group A. Ş'nin müşterilerinden tüketici senedi aldığı bilmesi ve bu tür senetleri alırken ihtiyatlı davranması gerektiği, bu sebeplerle davanın kabulüyle” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023).

İfade edelim ki, 11. Hukuk Dairesi'nin bu kararında senedin geçersizliğinin şahsi def'i niteliği taşıdığına yönelik açık bir ifade yer almamakla birlikte tacir sıfatını taşıyan bankanın söz konusu senedin tüketici senedi olduğunu bilebilecek konumda olduğunu vurgulaması geçersizliğin şahsi def'i olarak kabul edildiğini göstermektedir. Nitekim Dairenin, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na sunduğu görüş yazısında yer verdiği şu ifadeler de geçersizliği bir nispi def'i olarak kabul ettiğini göstermektedir: “Yargıtay 11. Hukuk Dairesi; 19.01.2018 tarihli yazısında senette tüketici sözleşmesi uyarınca verildiği yönünde kayıt olmadıkça, ciro ile devralan hamilin, ayrıca, senede ciro ile hamil olurken tüketici yönünden geçersiz olan senedin tüketici işlemi nedeniyle tüketici tarafından düzenlendiğini ve tüketici sözleşmesi nedeniyle taksit ödemesi için verildiğini bile bile devralmış olduğunun ispatı gerektiği, aksi hâlde keşideci tüketici de senedin geçersizliği def'ini iyiniyetli hamile karşı ileri süremeyeceği, konunun içtihadı birleştirmeyi gerektirip gerektirmediğinin değerlendirilmesinin düşünüldüğü...” Bkz. YİBBGK. T. 29.11.2019, E. 2018/5 K.2019/6 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023).

Hukuk Dairesi¹⁴, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi¹⁵ ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹⁶ ise senedin tüketici bakımından geçersizliğinin bir şahsi def'i

¹⁴ Y.12.HD, T.5.3.2014, E.2014/3314, K. 2014/6302: “Somut olayda takip alacaklısının kötüniyetli olduğu iddia ve ispat edilmediği gibi senet metninde yazılı olan “20.12.2012 tarihinde 6000 (altıbin) TL kredi kartından 12 taksitle ödenecektir” ibareleri, dosyada tüketici sözleşmesine rastlanmadığı da nazara alındığında, senedin tüketici sözleşmesi sebebiyle verildiğini göstermez. Ayrıca muteriz borçlu tarafından takip dayanağı senetteki imzaya itiraz edilmediği gibi borcun ödendiği de ispat edilmemiştir. Bu durumda; mahkemece TTK. nun 599. maddesi hükmü gereği lehtar borçlunun, “senedin tüketici senedi olarak verilmesi nedeni ile 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını” takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği hususu nazara alınmak istemin reddi gerekirken...”; Y.12.HD, T.7.4.2016, E.2016/971, K.2016/10427: “6102 Sayılı TTK'nun 687.maddesi hükmü gereği borçlunun “senedin tüketici senedi olarak verilmesi nedeni ile TKHK'nun 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını” takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği gibi, keşidecinin bu durumu sonradan iyiniyetli hamile karşı da ileri sürmesi mümkün değildir...”; Y.12.HD. T. 18.10.2016, E. 2016/4693, K. 2016/21736: “TTK'nun 687. maddesi hükmü gereği keşideci borçlunun, lehtara karşı ileri sürebileceği defileri (senedin tüketici senedi olarak verilmesi nedeni ile 4077 Sayılı Tüketici'nin Korunması Hakkında Kanun'un 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını) takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği hususu nazara alınarak istemin reddine karar verilmesi gerekirken...”; Y.12.HD, T.27.3.2017, E.2016/13182, K.2017/4649: “Somut olayda takip dayanağı bonolarda keşidecinin muteriz borçlu lehtarın ise dava dışı ... A.Ş. olduğu, senedin takip alacaklısı ... A.Ş.'ye ciro yoluyla devredildiği, muteriz borçlu tarafından takip alacaklısının kötüniyetli olduğu iddia ve ispat edilmediği gibi senet metninde de tüketici sözleşmesi sebebiyle verildiğine dair bir ibare bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan muteriz borçlu tarafından takip dayanağı senetteki imzaya itiraz edilmemiş olup borcun ödendiği de ispat edilememiştir. Bu durumda TTK'nun 687. maddesi hükmü gereği keşideci borçlunun, lehtara karşı ileri sürebileceği def'ileri (senedin tüketici senedi olarak verilmesi nedeni ile 4077 Sayılı Tüketici'nin Korunması Hakkında Kanun'un 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını) takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği hususu nazara alınarak istemin reddine karar verilmesi gerekirken...”; Y.12.HD, T.15.1.2018, E.2016/26445, K.2018/80: “...Senetlerin üzerinde tüketici sözleşmesi sebebiyle verildiği yönünde hiçbir ibare olmaması sebebiyle takip dayanağı senetlerin tüketici kanunundan kaynaklanan taksitli satış sözleşmesi kapsamında verildiği sabit olmayıp, takip konusu senetlerin kambiyo senedi özelliklerini taşıdığından...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023).

¹⁵ Y.19.HD, T.22.06.2017, E.2016/10672, K.2017/5446: “Dava konusu olan senet kambiyo senedi vasfındadır. Üzerinde tüketici sözleşmesi nedeniyle verildiğine dair açıklama bulunmamaktadır. Davalı ...'in lehtardan ciro yoluyla senedi aldığı anlaşılmaktadır. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK'nın 687. maddesi uyarınca, davalı ...'in senedi iktisabında kötü niyetli olduğu kanıtlanmadığına göre bu davalı hakkındaki davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru olmuştur...” (Kararara.com Erişim Tarihi 24 Şubat 2023).

¹⁶ YHGK, T.21.05.2014, E.2014/404, K.2014/683: “TTK.nun 690.maddesi göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 599.maddesinde; “... keşideci, lehtarla doğrudan doğruya arasında mevcut olan münasebetlere dayanan def'ileri, müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez. Meğerki, hamil, poliçeyi iktisap ederken, bile bile borç-

olduğunu, dolayısıyla bile bile borçlunun zararına hareket söz konusu olmadıkça iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir. Konu hakkında Yargıtay hukuk daireleri arasındaki görüş farklılığı sebebiyle içtihadı birleştirme talebinde bulunulmuş, ancak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu (YİBBGK), mTKHK döneminde oluşan içtihat ayrılığının TKHK ile giderildiği gerekçesiyle içtihadı birleştirmeye gerek olmadığı yönünde karar vermiştir¹⁷. Kurul bu kararında, geçersizliğin mutlak mı yoksa nispi def'i mi olduğundan ziyade senedin tamamen mi yoksa sadece tüketici bakımından mı geçersiz olduğuna odaklanmış; tüketici tarafından düzenlenen emre veya hamile yazılı senedin tamamen geçersiz olacağını öngören mTKHK m. 6/A-3 hükmü yerine, TKHK'de senedin sadece tüketici bakımından geçersiz olacağını öngören TKHK m. 4/5 hükmü ikame edildiğinden artık içtihadı birleştirmeye de gerek kalmadığını belirtmiştir.

Anılan karara kanaatimizce isabetli değıldir. Zira bu konuda içtihat ayrılığını yaratan temel mesele, senedin tamamen mi yoksa sadece tüketici bakımından mı geçersiz olduğundan ziyade, geçersizliğin kime karşı ileri sürülebileceği

lunun zararına hareket etmiş olsun" hükmü düzenlenmektedir. Somut olayda takip alacaklısının kötüniyetli olduğu iddia ve ispat edilmediği gibi senet metninde de tüketici sözleşmesi nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibare bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda TTK'nun 599.maddesi hükmü gereği keşideci borçlunun, lehtara karşı ileri sürebileceği def'ileri (senedin tüketici senedi olarak verilmesi nedeniyle ile 4077 sayılı Tüketici'nin Korunması Hakkında Kanun'un 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını) takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği hususu nazara alınarak..." (Lexpera.com, Erişim Tarihi 24 Şubat 2023); YHGK, T.21.5.2014, E.2014/12-403, K.2014/682: 6762 Sayılı T.T.K.nun 599. maddesi hükmü gereği borçluların "senedin tüketici senedi olarak verilmesi sebebiyle 4077 Sayılı Kanunun 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını" takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği gibi, keşidecinin bu durumu sonradan iyiniyetli hamile karşı da ileri sürmesi mümkün değıldir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023).

¹⁷ YİBBGK, T.29.11.2019, E.2018/5, K.2019/6: "4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6/A maddesinin 3. fıkrasındaki; "...Sözleşmeden ayrı olarak kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenecekse bu senet, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenir. Aksi takdirde, kambiyo senedi geçersizdir." şeklindeki söz konusu düzenleme, 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4/5. maddesi ile "Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir lak sil ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir." şeklinde kabul edilen hüküm ile 4077 sayılı Kanunun 6/A- 3. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak tüketici dışındaki kişiler yönüyle senedin geçerli olduğu belirlenmek suretiyle, kanun koyucu tarafından içtihat aykırılığını giderecek şekilde düzenleme yapılmış olduğundan içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023). Bu kararın değerlendirmesi için bkz. Ayoğlu, dakika 11, saniye 20 vd.

ile ilgilidir. Nitekim içtihadı birleştirme talebi de geçersizliğin iyiniyetli hamile karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkindir¹⁸. Ancak talep bu yönde olmasına rağmen Kurul, bu konu hakkında karar vermemiştir¹⁹. Bu nedenle senedin tüketici bakımından geçersizliğinin mutlak mı yoksa nispi def'i mi olduğu sorusu güncelliğini halen korumaktadır. Nitekim içtihadı birleştirmeye gerek olmadığı yönündeki bu karardan sonra da yargı uygulamasında içtihat farklılığı devam etmiştir. Örneğin; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2020 tarihli ilamında²⁰ senedin tüketici bakımından geçersizliğinin bir şahsi def'i olduğu

¹⁸ Nitekim kararda, ne için içtihadı birleştirme talebinde bulunulduğu açıklanırken şu ifadelere yer verilmiştir. "...4077 s. Kanunun 6/A maddesi (6502 s. Kanunun 4/5. maddesi) gereğince senedin nama yazılı şekilde düzenlenmesi gerektiği iddiasının senedi ciro yoluyla devralmış iyiniyetli hamile karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ile 13. Hukuk Dairesinin kararları arasında çelişki bulunduğu belirtilerek, bu husustaki çelişkinin içtihadın birleştirilmesi yoluyla giderilmesi talep edilmiştir..."

¹⁹ Öğretide Ayoğlu, her ne kadar senedin tüketici yönünden geçersizliğinin bir mutlak def'i mi yoksa nispi def'i mi olduğu konusunda net bir açıklama içermese de kararda 6502 sayılı TKHK m. 4/5 hükmüne ilişkin yer verilen yorumlardan Kurul'un, senedin tüketici bakımından geçersizliğini bir mutlak def'i olarak kabul ettiği sonucunun çıktığını, bu nedenle her ne kadar Kurul içtihadı birleştirmeye yönünde bir karar verse de örtülü bir şekilde içtihat ayrılığını senedin tüketici bakımından geçersizliğinin bir mutlak def'i olduğu yönünde birleştirdiğini ifade etmektedir. Bkz. Ayoğlu, dakika 29, saniye 50 vd.

Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla YİBBGK Kararı'nda Kurul'un geçersizliği bir mutlak def'i olarak kabul ettiğini gösteren açık bir ifade bulunmamaktadır. Kurul kararda sadece senedin tamamen değil tüketici bakımından geçersiz olduğuna odaklanmakta, geçersizliğin mutlak def'i mi yoksa nispi def'i mi olduğu konusunda herhangi bir açıklama yapmamaktadır. Kararda, Kurul'un geçersizliği bir mutlak def'i olarak kabul ettiğini düşünmeye itecek tek ifade tüketicinin taahhüdünün kendisi açısından geçersiz olduğuna ilişkin şu cümledir: "Görüleceği gibi burada amacın nama yazılı olmayan senedi imzalayan tüketicinin taahhüdünün tüketici yönünden geçersiz kılınmasıdır". Ancak bu cümlede yer verilen tüketicinin taahhüdünün geçersiz olduğuna ilişkin ifade ile kanaatimizce sadece nama yazılı düzenlenmeyen senedin tüketici bakımından geçersiz olduğu, imzaların istiklali ilkesi gereği senedin diğer kişileri bağladığı vurgulanmaktadır. Dolayısıyla senedin tüketici bakımından geçersizliğinin bir mutlak def'i mi yoksa nispi def'i mi olduğu sorusunun cevabı halen netlik kazanmış değildir.

²⁰ YHGK, T.9.6.2020, E.2017/12-341, K.2020/374: "...Diğer taraftan 6762 Sayılı TTK'nın 690. maddesinin yollamasıyla bonolarda da uygulama yeri olan 6762 Sayılı TTK'nın 599. maddesi uyarınca poliçeden dolayı kendisine müraaat olunan kimse keşideci veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def'ileri müraacaatta bulunan hamile karşı ileri süremez; ancak, hamil poliçeyi iktisap edenken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olması hâlinde bu def'iler ileri sürebilecektir. Dosya kapsamına göre, takip alacaklısının 6762 Sayılı TTK'nın 599. maddesi hükmü uyarınca kötüniyetli olduğu iddia ve ispat edilmediği gibi, senet metninde de tüketici sözleşmesi nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Ayrıca icra mahkemesinin dar yetkili bir mahkeme olması, borçlunun senet lehtarı ve cırantası olması da gözetilerek, TKHK'nın 6/A maddesi gereğince senedin nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını hamile karşı ile-

yönünde karar verirken, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 2021 tarihli ilamında²¹ senedin tüketici bakımından geçersizliğinin mutlak def'i olduğu yönünde karar vermiştir.

D. Tüketiciden Emre veya Hamiline Yazılı Senet Alınmasının Yaptırımına İlişkin Görüşümüz

Kanaatimizce tüketici tarafından düzenlenen emre veya hamiline yazılı senedin tüketici bakımından geçersizliğinin mutlak mı yoksa nispi def'i mi olduğunu değerlendirmeden önce, tüketicinin sadece nama yazılı senet düzenleyebileceğini öngören TKHK m. 4/5 hükmünün amacının doğru tespit edilmesi gerekir. Bunun yapılabilmesi için şu soruya doğru cevap vermek gerekir: TKHK m. 4/5 hükmünün amacı tüketiciye karşı kambiyo senetlerine mahsus takip yoluyla takip başlatılmasına engel olmak ve tüketiciyi tamamen sorumsuz mu kılmaktır; yoksa tüketiciyi emre ve hamiline yazılı senetlerdeki def'i sisteminden kaynaklanan olumsuzluğa karşı korumak mıdır? TKHK m. 4/5 hükmünün gerekçesinde düzenlemenin amacının tüketiciyi emre ve hamiline yazılı senetlerdeki def'i sisteminden kaynaklanan olumsuzluğa karşı korumak, farklı bir ifadeyle tüketicinin temel ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazlarını senedi devralan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesine imkân tanımak olduğu ifade edilmiştir²². Kanun koyucunun burada tüketiciye karşı kambiyo senetlerine mahsus takip yoluyla takip başlatılmasına engel olmak veya tüketiciyi tamamen sorumsuz kılmak gibi bir amacı söz konusu değildir. Bilakis kanun koyucu tüketicinin nama yazılı da olsa kambiyo senedi

düzenlemesine imkân tanıyarak buna bizzat kendisi izin vermiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun tüketiciye karşı kambiyo senetlerine mahsus takip yoluyla takip başlatılmasına engel olmak/tüketiciyi tamamen sorumsuz kılmak gibi bir amacı söz konusu değilken, burada -sadece tüketici bakımından dahi olsa- senedin geçersizliğine yönelik bir yaptırım öngörülmesi kanun koyucunun amacıyla bağdaşmayan, kanun koyucunun amacını aşan bir durumdur.

Dolayısıyla kanun koyucunun amacı dikkate alındığında TKHK m. 4/5 hükmünde öngörülen yaptırımı senedin tüketici bakımından geçersizliği olarak algılamamak gerekir. Bu noktada iki farklı çözüm savunulabilir: Birincisi bu hüküm bir kanuni tahvil²³ olarak kabul edilip tüketici tarafından düzenlenen emre veya hamile yazılı senetler kanunen nama yazılıdır denilebilir. Ancak bu yaklaşım beraberinde tüketicinin korunması amacıyla bağdaşmayan sonuçlar doğurabilir. Zira nama yazılı senetlerde borçtan kurtulabilmek için devirlerin sıhhati incelenerek maddi anlamda hak sahibi olan kişiye ödeme yapılması gerekir. Tüketici, senet üzerinde şeklen hak sahibi gözükmekle birlikte maddi anlamda hak sahibi olmayan kişiye ödeme yaparsa gerçek hak sahibine ikinci defa ödeme yapmak zorunda kalabilir²⁴. Bu nedenle tüketiciye daha kapsamlı koruma sağlamak adına kanunda öngörülen yaptırımı -öğretide savunulan üçüncü görüş doğrultusunda- emre ve hamile yazılı senetlerde şahsi def'ilerin sadece taraflar arasında ileri sürülebilmesi kuralına tüketici lehine getirilmiş bir istisna olarak algılamak daha uygun bir çözümdür. Bu çözüm kabul edildiği takdirde tüketiciye temel ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazlarını senedi devralan iyiniyetli kişilere karşı da ileri sürme imkânı tanınır ve bu şekilde hükmün öngörülme amacı gerçekleşmiş olur. Ayrıca senet tüketici bakımından geçerli kabul edilerek kambiyo ilişkisine dâhil olan diğer kişiler de korunmuş olur. Kanaatimizce yapılacak bir kanun değişikliği ile söz konusu hükmün

ri sürmesi 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin 2. maddesi kapsamındaki çelişkili davranış yaşadığını oluşturur ki, böyle bir davranış hukuken korunamaz." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023).

²¹ Y.6.HD, T.20.10.2021, E.2021/4607, K.2021/987: "...Senedin tüketici senedi olarak verilmesi halinde TKHK'nun 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerekmekte olup, nama yazılı olarak düzenlenmesi gereken tüketici senedinin emre yazılı olarak düzenlenmesi halinde senedin geçersizliği sonucunu doğurur ve bu husus keşideci tarafından herkese karşı ileri sürülebilir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023).

²² Nitekim tüketiciden kambiyo senedi alınmasına ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde bunun bir eksiklik olduğu, tüketiciden kıymetli evrak alınıp iyiniyetli üçüncü kişilere devredildiği takdirde tüketicinin temel ilişkiden kaynaklanan def'ileri ileri sürmeyeceği, bu nedenle bu konuda bir düzenlemenin yapılması gerektiği dile getirilmekteydi. Bkz. Sabih Arkan, "Tüketici Kredileri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 18(1-2), 1995, s. 42; Hasan Seçkin Ozanoğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999, s. 229-230; Ahmet Battal, "Kıymetli Evrakla Borç Altına Giren Tüketicinin Korunması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 19(3), 1998, s. 95 vd.; Şebnem Akipek, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(3), 2003, s. 117.

²³ Geçersiz bir hukuki işlemin benzer sonuçları doğuran başka bir hukuki işleme çevrilmesine tahvil denilmektedir. Tahvilin kanuni ve iradi olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Tahvil kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017, s. 616-621; Turhan Esener, "Hukuki Muamelelerde Tahvil", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(1), 1959, s. 234 vd.; İhsan Erdoğan, "Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Yaptırımı" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 1999, s. 118-119; Ayşe Havutçu, "Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1-4), 1987, s. 651 vd.; Fahri Erdem Kaşak, "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tahvili", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 71(3), 2023, s. 973 vd.

²⁴ Esasen bu olumsuzluk tüketici tarafından düzenlenen nama yazılı senetler açısından da geçerlidir. Bu nedenle tüketicinin, her hamile ödeme yapma hakkının saklı tutulması anlamına gelen "veya hamiline" ibaresi ekleyerek senedi eksik nama yazılı senet haline getirmesinde fayda vardır. Bkz. TTK m. 656.

uygulama alanının amacına uygun şekilde sınırlandırılması yerinde olacaktır.

II. TÜKETİCİ LEHİNE VERİLEN AVALİN ADİ KEFALET SAYILIP SAYILMAYACAĞI SORUNU

Kefalet, adi ve müteselsil kefalet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Adi kefalette asıl borçluya başvurulmadan kefile başvurulması mümkün değildir. Müteselsil kefalette ise asıl borçluya başvurulmadan kefile başvurulabilmektedir. TKHK m. 4/6 hükmünde tüketici lehine verilen şahsi teminatların adi kefalet sayılacağı öngörülmüştür. Aşağıda tüketici lehine verilen şahsi teminatların adi kefalet sayılması ve tüketici lehine verilen avalin de adi kefalet kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konuları incelenmiştir.

A. Tüketici Lehine Verilen Şahsi Teminatların Adi Kefalet Sayılması

TKHK m. 4/6 hükmünde²⁵, asıl borçlu tüketicinin ödeme gücü bulunduğu halde borcun ifasının teminat veren kişiden talep edilmesini önlemek adına²⁶, tüketici lehine verilen şahsi teminatların her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı öngörülmüştür²⁷. Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi

²⁵ mTKHK m. 10/3 hükmünde tüketici kredisi için şahsi teminat verildiği hallerde, kredi verenin, asıl borçluya başvurmadan, kefileden borcun ifasını isteyemeyeceği öngörülmüştü. Konut finansmanına ilişkin mTKHK m. 10/B-8 hükmünde, kullanılan finansman için şahsi teminat verildiği hallerde, konut finansmanı kuruluşu asıl borçluya ve diğer teminatlara başvurmadan, kefileden borcun ifasını isteyemeyeceği düzenlenmişti. Yine Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 24/5 hükmünde kredi kartı kullanımlarındaki kefaletin adi kefalet hükmünde olduğu, dolayısıyla asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yollar denenmeden kefileden borcun ifasının istenemeyeceği öngörülmüştü. Bu hususta bkz. Selçuk Öztekin, “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”, *Bankacılar Dergisi*, 67, 2008, s. 13. TKHK’da ise bütün tüketici işlemlerini kapsayacak şekilde tüketici işlemlerinde verilen şahsi teminatların adi kefalet sayılacağı öngörülmüştür. Bu hususta bkz. İlhan Helvacı, “Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 65(1), 2007, s. 263 vd.; İknur Serdar, “Tüketici Kredilerinde Teminat”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9, 2014, s. 77 vd.

²⁶ Öztekin, s. 14; Serdar, s. 78-79; Mustafa Çeker, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2), 2004, s. 436.

²⁷ Mehmet Deniz Yener, “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 7(13), Temmuz 2015, s. 432; Fahrettin Önder/Burcu Özkul, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence: Adi Kefalet Sözleşmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 18(3), 2013, s. 33; Alper Uyumaz/Mehmet Akçaal, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (M. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2013, s. 251; Ayşe Arat, “Tüketici

için öncelikle bir tüketici işlemi söz konusu olmalı²⁸ ikinci olarak bu tüketici işlemi için şahsi teminat verilmelidir.

İşbu makale konusu bağlamında tüketici işleminden kasıt, kambiyo senedi düzenlenmesinin temelinde yatan işlemidir. Eğer bu işlem için müteselsil kefalet veya garanti gibi şahsi teminat verilmişse bu şahsi teminat TKHK m. 4/6 hükmü gereği adi kefalet sayılacaktır. Ancak tüketici işlemi sebebiyle bir kambiyo senedi düzenlenmiş ve üçüncü bir kişi tüketici lehine aval vermek suretiyle kambiyo ilişkisine dâhil olmuşsa bu kişinin avalist sıfatıyla mı yoksa adi kefil sıfatıyla mı sorumlu olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu noktada avalin de bir şahsi teminat olduğu, dolayısıyla TKHK m. 4/6 hükmü kapsamına girdiği konusunda şüphe yoktur. Buna karşın kıymetli evrak hukukunda geçerli olan görünüşe güven ilkesi, avalin adi kefalet olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Şöyle ki, emre ve hamile yazılı senetler kamu itimatına mazhar senetler olduklarından senedi devralan kişi sadece senet üzerinde gördüğü hakları devralır. Eğer kişi, üzerinde tüketici tarafından düzenlendiğine ilişkin bir ibare bulunmayan kambiyo senedini devralmışsa; senet üzerinde aval varsa aval, müteselsil kefalet varsa müteselsil kefalet, adi kefalet varsa adi kefalet²⁹, garanti varsa garanti devralmış kabul edilir³⁰. Dolayısıyla kıymetli evrak hukukunda geçerli olan görünüşe güven ilkesi ile tüketici lehine verilen şahsi teminatların her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağını öngören TKHK m. 4/6 hükmü çatışmakta, bu durumda kıymetli evrak hukukunda

ci Hukuku’nda Kefalet Sözleşmesi”, *Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 19(41), 2016, s. 216 vd.

²⁸ Tüketici işleminden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Ayşe Havutçu, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9, 2014, s. 15 vd.

²⁹ Bu noktada ifade etmek gerekir ki, Yargıtay uygulamasında kambiyo senedi üzerindeki kefil ifadesi de aval olarak kabul edilmektedir. Bkz. Y.12.HD, T. 14.12.2017, E. 26025, K. 15573. Ancak senet üzerinde bunun aksi açıkça belirtilmişse kambiyo senedi üzerinde de kefil olunması mümkündür. Bu hususta bkz. Esra Civelek Acar, “Kambiyo Senetleri Üzerinde Aval”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2021, s. 1320.

³⁰ İfade etmek isteriz ki, TKHK m. 4/6 hükmünün kapsamına ilişkin bu sorun avalden bağımsız olarak kambiyo borçlusu tüketici lehine verilen tüm şahsi teminatlar için gündeme gelecektir. Örneğin; tüketici tarafından düzenlenen bir senette tüketici lehine müteselsil kefalet verildiğinde senedi devralan kişinin iyiniyeti korunacağından müteselsil kefalet devraldığı kabul edilecektir. Ancak TKHK m. 4/6 hükmünde tüketici lehine verilen şahsi teminat adi kefalet sayılır denildiğinden müteselsil kefaletin adi kefalet olarak kabulü gerekecek, bu durumda kıymetli evrak hukukunda geçerli olan görünüşe güvenin korunması ilkesi ile TKHK m. 4/6 hükmü çatışacaktır.

geçerli olan görünüşe güven ilkesine mi yoksa TKHK m. 4/6 hükmüne mi üstünlük tanınacağı sorusu gündeme gelmektedir³¹.

B. Avalin Adi Kefalet Sayılıp Sayılmayacağına İlişkin Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Tespit edebildiğimiz kadarıyla öğretide hâkim görüş, şahsi teminat niteliği taşıdığından tüketici lehine verilen avalin de TKHK m. 4/6 kapsamında adi kefalet sayılacağını kabul etmektedir³². Aksi görüş ise avalin kambiyo senetlerine özgü bir teminat türü olduğunu, emre ve hamiline yazılı senetlerde geçerli olan görünüşe güven ilkesi gereği avalin adi kefalet sayılmayacağını savunmaktadır³³.

C. Avalin Adi Kefalet Sayılıp Sayılmayacağına İlişkin Yargı Uygulaması

Avalin adi kefalet sayılıp sayılmayacağını konu alan bir yargı kararına henüz tesadüf edilmemiştir. Ancak garantinin adi kefalet sayılıp

sayılmayacağına ilişkin mTKHK döneminde verilen yargı kararları avalin adi kefalet sayılıp sayılmayacağına ilişkin tartışmaya kısmen de olsa ışık tutar niteliktedir³⁴. Zira her ne kadar nitelik itibarıyla farklı kurumlar olsalar da sonuçları bakımından garanti ve aval birbirine benzemektedir. Nitekim avalde olduğu gibi garantide de garanti veren, lehine güvence verdiği kişinin def'i ve itirazlarını alacaklıya karşı ileri sürememekte, lehine güvence verilen kişiye karşı takip başlatılmasına gerek olmaksızın borç vadesinde ödenmediği takdirde sorumlu olmakta ve lehine güvence verdiği kişinin borcundan bağımsız bir sorumluluk üstlenmektedir. Hatta bu açıdan bakıldığında garanti, alacaklıya avalden daha fazla güvence sağlamaktadır. Zira lehine güvence verilen kişinin taahhüdü şekle ait bir noksanlık nedeniyle geçersizse avalistin sorumluluğu da ortadan kalkmaktadır (TTK m. 702/2). Oysa lehine garanti verilen kişinin sorumluluğu şekle ait bir noksanlık nedeniyle geçersiz kabul edilse dahi garanti verenin sorumluluğu devam etmektedir³⁵. Dolayısıyla tüketici lehine verilen garantinin adi kefalet sayılıp sayılmayacağına ilişkin yargı kararları tüketici lehine verilen avalin adi kefalet sayılıp sayılmayacağı değerlendirilirken dikkate alınabilir. Bu konuda Yargıtay 19. Hukuk Dairesi³⁶, tüketici lehine verilen garantinin garanti olarak değerlendirileceğini kabul ederken Yargıtay 11. Hukuk Dairesi³⁷, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi³⁸ ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu³⁹ garantinin adi kefalet sayılacağı yönünde

³¹ İfade etmek gerekir ki, buna benzer bir çatışma TBK m. 583/1 hükmü ile TTK m. 7 hükmü arasında da bulunmaktadır. Şöyle ki, TBK m. 583/1 hükmünde müteselsil kefil olabilmek için buna ilişkin iradenin açıkça belirtilmesi şart koşulmuştur. TTK m. 7 hükmünde ise bu yönde bir şart aranmaksızın ticari işlerde müteselsil kefaletin geçerli olacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla ticari işlerde müteselsil kefalet ibaresi kullanılmadığı takdirde kefaletin müteselsil kefalet sayılıp sayılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide özel hüküm genel hüküm ilişkisinden yola çıkılarak ticari işlerde açıkça bu yönde bir ibare bulunmasa dahi müteselsil kefaletin geçerli olacağı kabul edilmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Çelebi Can/Fahri Erdem Kaşak, "Ticari Borçlara Kefalet Halinde Ticari İşlerde Telesül Karinesinin, Müteselsil Kefil Sifatının El Yazısıyla Belirlenmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(162), 2020, s. 266 vd.

³² Burak Özen, "Tüketici Kredileri Çerçevesinde Verilen Kişisel Teminatların Geçerliliği", 3. *Tüketici Hukuku Sempozyumu*, Bilge, 2014, s. 295; Özen, Millî Şerh, s. 68, 109; Atilla Altop, "Bankacılık Sektöründeki Tüketici İşlemlerinde Tüketicinin Edimlerine Karşılık Olarak Alınan Şahsi Teminatlar", 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 3. Baskı, Bilge, 2015, s. 11, dn. 4; Eru Tüzemen Atik, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Düzenlemelerinin Avale Etkisi", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2021, s. 18-20. TKHK m. 4/6 hükmüyle tüketici lehine bir başkasının aval verme ehliyetinin kısıtlanmış olduğu yönünde bkz. Yıldırım/Aytuğar, s. 40.

³³ Bahtiyar, s. 207; Gümüş, s. 43. Hükmün lafzı dikkate alındığında bir şahsi teminat türü olan avalin de adi kefalet sayılacağı, ancak bunun kıymetli evrak hukuku ilkelerini ve işlem güvenliğini zedeleyeceği, bu nedenle TKHK m. 4/6 hükmüne avalin kapsam dışında tutulduğu yönünde açık bir hüküm konulmasının yerinde olacağına ilişkin olarak bkz. Şebnem Akipek Öcal/Özge Uzun Kazmacı/Esra Hamamcıoğlu, "Bankacılık Sektöründe Kefalet, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı", *Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, 2. Baskı, Aristo, 2017, s. 157; Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 86 vd.; Hamamcıoğlu, s. 63.

³⁴ Bu hususta bkz. Nami Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, Beta, 2002, s. 969 vd.; Arif Kocaman, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi Kefalet mi?", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Mayıs 2003, s. 67 vd.; Gamze Turan, "Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 66, 2006, s. 40 vd.

³⁵ Aval ile garantinin benzer ve farklı yönleri hakkında bkz. Nihal Koşer, "Aval ve Avalin Diğer Kişisel Teminat Sağlayan Sözleşmelerle İlişkisi", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 2016, s. 256-258.

³⁶ Y.19.HD, T.1.5.2001, E.2000/9411, K. 2001/3328; Y.19.HD, T.8.5.2003, E.2002/10150, K. 2003/4910 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023).

³⁷ Y.11.HD, T.28.1.2002, E.2001/10654, K.2002/506; 11.HD, T.3.12.2002, E.2002/6465, K. 2002/11252 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023).

³⁸ Çeker, s. 442.

³⁹ YHGK, T.4.7.2001, E.19-534, K.2001/583 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 10.02.2023). Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Sabih Arkan, "Kredi kartlarıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK'nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi)", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, C.I, Beta, 2003, s. 983 vd.; Öztek, s. 24; Çe-

kararlar vermiştir.

Kanaatimizce garantinin adi kefalet sayılacağına ilişkin mTKHK döneminde verilen bu kararlar tek başına, avalin adi kefalet sayılması gerektiği yönünde çıkarım yapmaya imkân vermemektedir. Kuşkusuz aval de tıpkı garanti gibi bir şahsi teminat türüdür ve yukarıda ifade edildiği üzere birçok yönden garantiye benzemektedir. Ancak avalî özellikli kılan, görünüşe güven ilkesinin geçerli olduğu kambiyo hukukuna ilişkin bir teminat türü olmasıdır. Kaldı ki, uygulamada pek rastlanılmamakla birlikte bir kişi kambiyo senedi düzenleyen tüketicinin borcu için senet üzerinde garanti beyanında bulunursa⁴⁰ bu güvencenin de adi kefalet sayılıp sayılmayacağı tartışılacaktır. Zira kambiyo senetlerinde görünüşe güven ilkesi geçerli olduğundan senedi devralan kişi senet üzerinde garanti beyanı gördüyse senedi garanti beyanıyla devralmış kabul edilecektir. Ancak TKHK m. 4/6 hükmünde tüketici lehine verilen şahsi teminatların her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı öngörüldüğünden tıpkı aval gibi kambiyo senedi üzerindeki garanti beyanının da adi kefalet sayılıp sayılmayacağı tartışması gündeme gelecektir.

D. Avalin Adi Kefalet Sayılıp Sayılmayacağına İlişkin Kanaatimiz

Avalin adi kefalet sayılıp sayılmayacağına ilişkin olarak öncelikle şunu ifade etmek isteriz ki, tüketici lehine verilen avalin adi kefalet sayılıp sayılmayacağına ilişkin tartışma senet devredilmişse, farklı bir deyişle soyutluk ilkesi devreye girmişse gündeme gelecek bir tartışmadır. Zira senet henüz devredilmeyip tüketici ile lehtar (banka) arasında kalmışsa lehtar zaten muhatabının tüketici olduğunu bildiğinden kıymetli evrak hukuku kapsamında korunması gereken bir iyiniyet söz konusu değildir. Dolayısıyla tüketici lehine verilen aval lehtar açısından her halükârda adi kefalet sayılacak ve lehtar öncelikle tüketiciye başvurmadan avalistten ödeme talep edemeyecektir. Aynı şekilde senedin üzerinde tüketici senedi olduğu açıkça yazıyor ise kıymetli evrak hukuku kapsamında korunması gereken bir iyiniyet söz konusu olmayacağından lehtar dışındaki kişiler açısından da aval adi kefalet sayılacaktır. Dolayısıyla avalin adi kefalet sayılıp sayılmayacağına ilişkin tartışma senedin üzerinde tüketici senedi olduğu yazmıyorsa ve senet devredilmişse gündeme gelecektir. Kanaatimizce TKHK m. 4/6 hükmünün

ker, s. 441.

⁴⁰ Uygulamada pek rastlanılmamakla birlikte, kambiyo senedi borçlusunun ediminin aval yerine, kefalet ya da garanti yolu ile de güvence altına alınmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Kendigelen/Kırca, s. 227, Nr. 484.

lafzı ve amacı dikkate alındığında bu ihtimalde de aval adi kefalet kapsamında değerlendirilmelidir⁴¹. Nitekim kanun koyucu her ne isim altında olursa olsun tüketici lehine verilen şahsi teminat adi kefalet sayılır demek suretiyle bu yöndeki iradesini açıkça ortaya koymuştur. Dolayısıyla bir şahsi teminat türü olan aval de adi kefalet sayılmalı, hamil öncelikle tüketiciye başvurmadan avalistten ödeme talep edememelidir. Esasen her ne kadar bu kabul, emre ve hamiline yazılı senetlerin ticari hayatta oluşturdukları görünüşe güveni zedelese de, lehtarın banka gibi ekonomik anlamda güçlü olduğu durumlarda hamil açısından pek bir sorun teşkil etmeyecektir. Zira hamil, verdiği taahhüt adi kefalet sayılan avaliste başvurmaya gerek kalmaksızın -ciro edilemez veya sorumsuzluk kaydı koymadığı sürece- direkt lehtardan alacağını tahsil edecektir. Senet lehtarın eline geldiğinde ise aval zaten her halükârda adi kefalet sayılacağından lehtar önce tüketiciye başvurmadan avalistten ödeme talep edemeyecektir.

E. Tüketici Lehine Verilen Avalin Adi Kefalet Sayılabilmesi İçin Kefaletin Şekil Şartlarının Sağlanmasının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu

Tüketici lehine verilen aval, TKHK m. 4/6 kapsamında adi kefalet sayıldığı takdirde, kefaletin şekline ilişkin şartların sağlanmasının gerekli olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide genel olarak tüketici lehine verilen avalin TKHK m. 4/6 kapsamında adi kefalet sayılabilmesi için kefaletle ilişkin şekli şartların sağlanması gerektiği aksi takdirde teminatın (avalin) tamamen geçersiz sayılacağı ileri sürülmektedir⁴². Kanaatimizce bu durumda

⁴¹ Bu noktada neden bu görüşü savunduğumuzun daha anlaşılabilir olması adına bu makalenin yazılmasına vesile olan somut olaydan da kısaca bahsetmek isteriz. Bu makalenin ortaya çıkışı yaşlı bir babanın oğlunun çektiği tüketici kredisine güvence olarak aval vermesine dayanmaktadır. Somut olayda banka, tüketici kredisini güvence altına almak adına kredi çeken kişiden bir kıymetli evrak almış ve babayı avalist sıfatıyla kambiyo ilişkisine dâhil etmiştir. Somut olayda baba herhangi bir maddi menfaat beklemeden tamamen dostane duygularla, hatta biraz da oğlunun ısrarıyla teminat vermiştir. Ancak babanın senedi imzalarken banka görevlisine yönelttiği şu soru ne tür bir sorumluluk üstlendiğinin bilincinde olmadığını açıkça göstermektedir. Banka görevlisi babaya senedin üzerine “Avalimdir yazıp imzalayabilir misiniz?” dediğinde ne yazacağını anlamayan baba, tekrar tekrar ne yazacağını banka görevlisine sormuş, en sonunda banka görevlisi, babaya ne yazması gerektiğini harf harf hecelemiştir. Görüldüğü üzere somut olayda banka TKHK m. 4/6 hükmünü dolanmak amacıyla avalin ismen dahi ne olduğundan bihaber bir kişiyi avalist sıfatıyla kambiyo ilişkisine dâhil etmiştir.

⁴² Ebru Ceylan, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi ve Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Kişisel Teminatlarla İlgili Değerlendirmeler”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9(17), 2021, s. 109; Burak Özen, “Tüketici İşlemlerinde Kişisel Teminatlar”, 3. *Tüketici Hukuku Sempozyumu*, Bilge, 2014, s. 61; Feray Fırıncıoğulları, *Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar*, Seçkin, 2018, s. 146; Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 88;

bir kanuni tahvil söz konusu olduğundan verilen teminatın (avalin) geçerli olup olmadığı değerlendirilirken kefaletin şekil şartları değil avalin şekil şartları esas alınmalı, hukuken geçerli bir şekilde aval verilmişse kefaletin şartları sağlanmasa dahi aval TKHK m. 4/6 kapsamında adi kefalet olarak geçerli kabul edilmelidir⁴³. Örneğin; eşinin rızası olmadan tüketici lehine aval veren kişi, kıymetli evrak hukuku kapsamında geçerli bir teminat verdiği için⁴⁴, artık TKHK m. 4/6 hükmü gereği adi kefalet olarak kabul edilen teminat (aval), eş rızası [Türk Borçlar Kanunu (TBK m. 584)⁴⁵] eksikliği sebebiyle tamamen geçersiz sayılmamalıdır⁴⁶. Zira tüketici lehine verilen şahsi teminatların adi kefalet sayılacağına ilişkin TKHK m. 4/6 hükmünün amacı, önce tüketiciye başvurmadan güvence veren kişiye başvurulmasını önlemektir. Kanaatimizce bu amaç gerçekleştirildiği takdirde diğer şekli şartların ihmal edilmesi hukuken

Akipek/Uzun Kazmacı/Hamamcıoğlu, s. 157; Altop, Şahsi Teminatlar, s. 12; Tüzemen Atik, Aval, s. 23 vd. TKHK m. 4/6 hükmü (kanuni tahvil) bağlamında olmamakla birlikte benzer yönde bkz. Emrah Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları*, Adalet, 2020, s. 258.

⁴³ Benzer yönde bkz. Gümüş, s. 47.

⁴⁴ Kefaletin şekil şartlarının diğer şahsi teminatlarda da uygulanacağına ilişkin TBK m. 603 hükmüne rağmen avalde eş rızası aranmayacağına yönelik YİBBGK kararı için bkz. YİBBGK, T. 20.4.2018, E. 2017/4 K. 2018/5 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 10.02.2023). Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Mehmet Helvacı/Raziye Aksu Özkan, “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Işığında Avalde Eşin Rızasının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(2), Aralık 2019, s. 873 vd.

⁴⁵ RG, 04.02.2011, S. 27836.

⁴⁶ Burada söylenenler özellikle eş rızası olmaksızın verilen aval için geçerlidir. Zira YİBBGK kararı gereği kefaletin şekil şartlarından birisi olan eş rızası avalde aranmayacaktır. Ancak kefaletin diğer şartlarının aval bakımından da uygulanacağı yönündeki görüş [bu yönde bkz. İsmail Kırca, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Kefalette Eşin İzni”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan*, Turhan Kitapevi, 2006, s. 437-438; Atilla Altop, “Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m.603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak mıdır?”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(1), Ocak 2016, s. 298; Burak Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 53-54.] benimsenirse kefaletin şekil şartlarını sağlamayan aval geçersiz olduğundan geçersiz olan bu avalu TKHK m. 4/6 kapsamında adi kefalet olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır. Ancak kanaatimizce eş rızasında olduğu gibi kefaletle ilişkin diğer şekil şartları da aval bakımından uygulanmayacağından [bu yönde bkz. Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2013, s. 323; Helvacı/Aksu Özkan, s. 902; Mehmet Çelebi Can, “Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği -Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı?”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(3), 2017, s. 68; Ayşegül Sezgin Huysal, “TBK Madde 603’ün Avalde Uygulanabilirliği”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2017, s. 186] kefaletin diğer şekil şartlarını taşımayan avalin TKHK m. 4/6 kapsamında adi kefaletle tahvili mümkün olacaktır.

bir sorun teşkil etmemeli, daha ağır bir sorumluluk altına giren kişi daha hafif bir sorumluluk öngören adi kefalet kapsamında sorumlu tutulabilmelidir.

Ancak burada söylenenler sadece aval bakımından geçerlidir. Çünkü TBK m. 603 hükmüne rağmen kefaletin şekline –YİBBGK Kararı gereği özellikle eş rızasına- ilişkin hususlar aval bakımından uygulanmayacaktır. Dolayısıyla kefaletin şekil şartlarını sağlamasa dahi geçerli bir şekilde aval verilmesi mümkündür. Buna karşın TBK m. 603 hükmü gereği kefaletin şekline ilişkin şartlar gerçek kişilerce verilen diğer kişisel teminatlar açısından da uygulama alanı bulacağından; kefaletin şekline ilişkin şartları, örneğin; eş rızasını sağlamayan garanti taahhüdünün bizzat kendisi geçersiz olacaktır. Tüketici lehine verilen şahsi teminatların adi kefalet sayılacağına öngören TKHK m. 4/6 hükmünün amacı geçersiz bir teminatı (garantiyi) geçerli bir teminat (adi kefalet) haline getirmek değildir. Kanuni tahvil öngören bu hüküm sadece geçerli bir teminat söz konusuysa uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla tüketici lehine verilen şahsi teminat (garanti) TBK m. 603 gereği kefaletin şartlarını sağlamadığı için geçersizse zaten bu teminatın TKHK m. 4/6 kapsamında kanuni tahvil yoluyla adi kefalet olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır⁴⁷. Ayrıca iradi tahvilin temel şartlarından⁴⁸ birisi olan, geçersiz işlemin tahvil edileceği işleme ilişkin şekli gereklilikleri sağlamadığı için iradi tahvil yoluyla da garantinin adi kefaletle dönüştürülmesi mümkün olmayacaktır. Ancak aval kefaletin şekil şartlarını taşıyorsa, örneğin; eş

⁴⁷ Ancak şunu ifade edelim ki; bu söylenenler sadece gerçek kişiler tarafından verilen şahsi teminatlar için geçerlidir. Tüzel kişiler tarafından verilen şahsi teminatlarda kefaletin şekline ilişkin şartlar aranmayacağından (TBK m. 603) tüzel kişiler kefaletin şekline uymaksızın geçerli bir şekilde garanti verebilecektir. Dolayısıyla tüzel kişi tarafından verilen bu garantinin de kefaletle ilişkin şartları sağlamasa dahi TKHK m. 4/6 kapsamında adi kefalet sayılması mümkün olacaktır.

⁴⁸ Geçersiz bir işlemin (iradi) tahvil yoluyla geçerli bir işleme dönüştürülebilmesi için kural olarak üç temel şartın sağlanması gerekir. Bunlardan ilki tarafların farazi iradelerinin işlemin ayakta tutulması yönünde olmasıdır. Ancak bu noktada tarafların gerçek iradesi değil farazi irade esas alınmakta, somut olayda model tip olarak nitelendirilen dürüst, makul ve orta zekâlı bir kişi eğer geçersiz işlemin yeni işleme tahvil edilmesini isteyecek idiyse tarafların rızası var kabul edilmektedir. İkinci olarak yeni işlemin eski işleme göre tarafları daha ağır sorumluluk altına sokmaması gerekir. Üçüncü olarak geçersiz işlemin tahvil edileceği işleme ilişkin asgari geçerlilik şartlarını taşıması gerekir. Tahvilin şartlarına ilişkin olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 616-621; Esener, s. 234 vd; Erdoğan, s. 118-119; Havutçu, s. 651 vd.; Kaşak, s. 980 vd.

Ancak şunu ifade edelim ki; bu şartlar, “geçersiz” bir işlemin iradi tahvil yoluyla başka bir işleme dönüştürülmesi durumunda aranmaktadır. Kanuni tahvil durumunda bu şartların sağlanması gerekli değildir. Zira kanuni tahvil (TKHK m. 4/6) durumunda “geçerli” bir işlemin (aval, garanti vb.) başka bir işleme (adi kefalet) tahvili söz konusudur.

rızası olmasa dahi geçerli bir teminat olduğundan, bu teminat TKHK m. 4/6 kapsamında adi kefalet olarak kabul edilebilecektir. Burada bir kanuni tahvil söz konusu olduğundan artık hukuken geçerli bir şekilde düzenlenen avalin tahvil edildiği adi kefaletle ilişkin şekli şartları sağlaması gerekmeyecektir⁴⁹.

F. Avalin Adi Kefalet Olarak Kabul Edilmesinin Tüketici Tarafından Düzenlenen Emre veya Hamiline Yazılı Senetler Açısından Pratik Sonucu

Tüketici lehine verilen avalin adi kefalet sayılmasının uygulama açısından önemli pratik sonuçları vardır. Şöyle ki; tüketici tarafından düzenlenen emre veya hamile yazılı senedin tüketici bakımından geçersizliği bir mutlak def'i olarak kabul edilirse, tüketici herkese karşı sorumluluktan kurtulacağından verdiği teminat adi kefalet sayılan avalist de herkese karşı sorumluluktan kurtulacaktır. Zira kefalet fer'i nitelikte bir borç ilişkisi doğduğundan asıl borçlu tüketici sorumlu tutulamadığından avalist de sorumlu tutulamayacaktır. Tüketici tarafından düzenlenen emre veya hamile yazılı senedin tüketici bakımından geçersizliği bir şahsi def'i olarak kabul edilirse, lehtar dışındaki kişilere karşı tüketicinin sorumluluğu devam edeceğinden verdiği teminat adi kefalet sayılan avalistin sorumluluğu da lehtar dışındaki kişilere karşı devam edecektir. Ancak bizim de benimsediğimiz üçüncü görüş doğrultusunda tüketici tarafından düzenlenen emre veya hamiline yazılı senetler tüketici bakımından geçerli kabul edilirse, asıl borçlu tüketicinin sorumluluğu lehtar da dahil herkese karşı devam edeceğinden verdiği teminat adi kefalet sayılan avalisti de lehtar da dahil herkese karşı adi kefalet hükümleri kapsamında sorumlu tutmak mümkün olacaktır.

Tüketici lehine verilen aval; aval olarak kabul edildiği takdirde ise, emre veya hamile yazılı senedin tüketici bakımından geçersizliğinin TTK m. 702/2 bağlamında şekle ait bir noksanlık olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin tespiti gerekir. Zira aval; şeklen fer'i, madden bağımsız bir borç ilişkisi doğurur. Eğer lehine aval verilen tüketicinin taahhüdü

⁴⁹ Ancak bu noktada şu hususa dikkat çekmek isteriz: Eğer geçersiz bir aval taahhüdü iradi tahvil yoluyla adi kefaletle dönüştürülmek isteniyorsa elbette geçersiz işlemin (avalin) dönüştürüleceği işleme (adi kefaletle) ilişkin asgari şekil şartlarını sağlaması gerekir. Ancak hukuken geçerli bir avalin TKHK m. 4/6 kapsamında kanuni tahvil yoluyla adi kefalet sayılabilmesi için kefaletin şekil şartlarının sağlanması gerekli değildir. Eğer bu şart aranırsa tüketici lehine verilen teminatın (avalin) tamamen geçersiz olması sonucu ortaya çıkar ki, bu TKHK m. 4/6 hükmünün amacını aşan bir sonuç doğurur. Zira bu hükmün amacı öncelikle tüketiciye başvurulmadan tüketici lehine güvence veren kişiye başvurulmasını önlemektir. Yoksa bu hükmün tüketici lehine teminat veren kişileri tamamen sorumsuz kılmak gibi bir amacı söz konusu değildir.

şekle ait bir noksanlık sebebiyle geçersizse avalisti de sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Şekle ait noksanlıktan kasıt parmak basmak yoluyla taahhüt altına girmek veya kısmi ciroda olduğu gibi⁵⁰ senede bakıldığında açıkça anlaşılabilen eksiklikleri ifade etmektedir. Kanaatimizce emre veya hamiline yazılı senedin tüketici bakımından geçersizliği kural olarak şekle ait bir noksanlık değildir, dolayısıyla emre veya hamiline yazılı senet düzenleyen tüketici sorumlu tutulmasa dahi avalistin sorumluluğu devam edecektir⁵¹. Ancak senedin üzerinde tüketici senedi olduğu açıkça yazıyor, farklı bir ifadeyle geçersizliğin nedeni senede bakıldığında açıkça anlaşılır ise artık bunu şekle ait bir noksanlık kapsamında değerlendirmek mümkündür. Dolayısıyla senedin üzerinde tüketici tarafından düzenlendiği açıkça yazdığı ihtimalde tüketicinin taahhüdü şekle ait bir noksanlık sebebiyle geçersiz olduğundan artık avalisti de sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Burada söylenenler, tüketici tarafından düzenlenen emre veya hamile yazılı senedin tüketici bakımından geçersizliği bir mutlak def'i olarak kabul edildiğinde senetteki bütün alacaklılar açısından geçerlidir. Ancak senedin tüketici bakımından geçersizliğinin bir şahsi def'i olduğu yönündeki görüş kabul edilirse sadece lehtara karşı geçerlidir. Lehtar dışındaki iyiniyetli kişilere karşı tüketicinin sorumluluğu devam edeceğinden avalistin sorumluluğu da lehtar dışındaki kişilere karşı devam edecektir. Ancak bizim de benimsediğimiz üçüncü görüş doğrultusunda tüketici tarafından düzenlenen emre veya hamiline yazılı senet tüketici bakımından geçerli kabul edilirse, tüketicinin sorumluluğu lehtar da dahil herkese karşı devam edeceğinden –şekle ait noksanlık sebebiyle geçersizlik tartışmasına girmeye gerek kalmaksızın- avalistin sorumluluğu da lehtar da dahil herkese karşı devam edecektir.

G. Teminat Amacıyla Yapılan Temlik Ciro su Adi Kefalet Sayılmalı mıdır?

Aval kambiyo senetlerine özgü bir teminat türüdür ve kambiyo ilişkisinde genellikle kefalet yerine aval tercihi edilir. Nitekim bu nedenledir ki öğretide aval, poliçe kefaleti (*Wechselbürgschaft*) olarak da nitelendirilmektedir⁵². Ancak kambiyo senedi üzerinde açıkça aval verilmesi, lehine aval verilen kişinin itibarı üzerinde olumsuz bir etki doğuracağından bir kişi lehine

⁵⁰ Kendigelen/Kırca, s. 230-231, Nr. 495.

⁵¹ Aynı yönde bkz. Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 88; Akipek/Uzun Kazmacı/Hamamcıoğlu, 156; Gümüş, s. 43; Uzunallı Eroğlu, s. 148; Tüzemen Atik, Aval, s. 25.

⁵² Kendigelen/Kırca, s. 227, Nr. 484.

güvence verilmek istendiğinde kambiyo ilişkisine avalist sıfatıyla değil ciranta sıfatıyla dâhil olunmaktadır. Gizli aval (*verdeckte Wechselbürgschaft*) olarak nitelendirilen⁵³ bu gibi durumlarda senette, keşideci lehine teminat (aval) vermek isteyen kişi lehtar olarak tayin edilmekte veya senet bu kişiye ciro edilmekte ve bu kişi senedi devrederek devralan hamile karşı -gerçekte arzulanavalist sıfatıyla değil- ciranta sıfatıyla sorumlu olmaktadır. İşte bu noktada kambiyo senedi düzenleyen tüketici lehine güvence vermek amacıyla yapılan ciroların TKHK m. 4/6 kapsamında adi kefalet sayılıp sayılmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Kanaatimizce bu durumda şeklen bir teminat söz konusu olmadığından kural olarak ciro ciro muamelesi görmelidir. Zira aksi kararlaştırılmadıkça her temlik cirosunun teminat fonksiyonu bulunduğundan (TTK m. 685) senedi devreden her ciranta bir nevi senedi düzenleyen tüketici lehine şahsi teminat vermektedir. Eğer ciro adi kefalet sayılır ise senedi devreden herkesin ciranta sıfatıyla değil adi kefil sıfatıyla sorumlu tutulması gerekir ki, bu durum işlem güvenliğini derinden zedeler. Bu nedenle ciro kural olarak ciro muamelesi görmelidir. Ancak cironun, TKHK m. 4/6 hükmünü dolanmak niyetiyle teminat amaçlı yapıldığı ispat edilebiliyorsa artık ciro, adi kefalet kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁴. Bu noktada, senedi devreden ile devralan kişi arasında herhangi bir temel ilişkinin bulunmaması cironun temlik amacıyla değil, teminat amacıyla yapıldığına yönelik bir işaret olarak algılanabilir. Özellikle senet, tüketicinin borcu için aval vermek isteyen kişi lehine düzenlenip arada herhangi bir temel ilişki bulunmaksızın daha sonra asıl lehtar olan kişiye devredilmişse lehtarın (gizli avalistin) cirosu adi kefalet kapsamında değerlendirilebilir.

SONUÇ

TKHK m. 4/5 hükmünde, tüketicinin sadece nama yazılı senet düzenleyebileceği, emre veya hamiline yazılı senet düzenlerse senedin kendisi açısından geçersiz olacağı öngörülmüş, ancak geçersizliğin bir mutlak def'i mi yoksa nispi def'i mi olduğu konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Her ne kadar öğretilerde hâkim görüş, senedin tüketici bakımından geçersizliğinin mutlak def'i olduğu yönünde şekillense de tüketiciden sadece nama yazılı kıymetli evrak alınabileceğini öngören TKHK m. 4/5 hükmünün amacı göz önünde bulundurulduğunda bu konuda senedin geçersizliğine ilişkin bir yaptırım öngörülmesi kanaatimizce kanun koyucunun amacına uygun bir

çözüm değildir. Burada -geçersizliğin bir mutlak def'i mi yoksa nispi def'i mi olduğu tartışması bir tarafa- bizzat senedin tüketici bakımından geçersiz sayılması sorun teşkil etmektedir. Zira kanun koyucu TKHK m. 4/5 hükmü ile tüketiciyi tamamen sorumluluktan kurtarmayı değil sadece tüketicinin temel ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazlarını senedi devralan kişiye karşı da ileri sürebilmesine imkân tanımayı amaçlamıştır. Bu amacın gerçekleşmesi için senedin tüketici bakımından geçersiz sayılması gerekli değildir. Senet tüketici bakımından geçerli kabul edilip, tüketicinin temel ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazlarını senedi devralan iyiniyetli kişilere karşı ileri sürebileceğini kabul etmek kanun koyucunun amacının gerçekleşmesi için yeterlidir.

Bu nedenle senedin tüketici bakımından geçersiz olduğu ve bunun herkese karşı ileri sürülebileceği (mutlak def'i) kabul edilirse, tüketiciye TKHK m. 4/5 hükmünün amacını aşan bir koruma sağlanır. Senedin tüketici bakımından geçersiz olduğu ancak bunun sadece taraflar arasında ileri sürülebileceği (nispi def'i) kabul edilirse de TKHK m. 4/5 hükmünün amacı gerçekleşmez. Zira bu ihtimalde tüketici temel ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazlarını senedi devralan iyiniyetli kişilere karşı ileri süremez. Dolayısıyla TKHK m. 4/5 hükmünün amacı dikkate alındığında en uygun çözüm emre veya hamile yazılı senedin tüketici bakımından geçerli olacağını ancak tüketicinin temel ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazlarını senedi devralan iyiniyetli kişilere karşı da ileri sürebileceğini kabul etmektir. Kanaatimizce yapılacak bir kanun değişikliği ile hükmün uygulama alanının amacına uygun şekilde sınırlandırılması yerinde olacaktır.

TKHK m. 4/6 hükmünde tüketici lehine verilen şahsi teminatların her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı öngörülmüştür. Burada kanun koyucu herhangi bir maddi menfaat beklemeksizin dostane duygularla tüketici lehine güvence veren kişileri korumak istemiş ve bu korumanın dolanılmasını önlemek adına her ne isim altında olursa olsun tüketici lehine verilen şahsi teminatların adi kefalet sayılacağını öngörmüştür. Kanaatimizce TKHK m. 4/6 hükmünün bu açık lafzı ve amacı dikkate alındığında bir şahsi teminat türü olan aval de adi kefalet sayılmalı, her ne kadar bu kabul kıymetli evrak hukuku ilkelerini zedelese de hamil önce tüketiciye başvurmadan avalistten ödeme talep edememelidir.

⁵³ Tüzemen Atik, Aval, s. 22.

⁵⁴ Bu hususta ayrıca bkz. Tüzemen Atik, Aval, s. 21-22.

KAYNAKÇA

- Akipek Öcal Ş/Uzun Kazmacı Ö/Hamamcıoğlu E, “Bankacılık Sektöründe Kefalet, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı”, *Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, 2. Baskı, Aristo, 2017, s. 123-159.
- Akipek Ş, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(3), 2003, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628947>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 103-119.
- Aktürk E, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları*, Adalet, 2020.
- Altop A, “Bankacılık Sektöründeki Tüketici İşlemlerinde Tüketicinin Edimlerine Karşılık Olarak Alınan Şahsi Teminatlar”, *6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, 3. Baskı, Bilge, 2015 (Şahsi Teminatlar).
- Altop A, “Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m.603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak mıdır?”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(1), Ocak 2016, s. 291-330.
- Arat A, “Tüketici Hukuku’nda Kefalet Sözleşmesi”, *Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 19(41), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/264366>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 207-223.
- Arkan S, “Kredi Kartlarıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK’nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi)”, *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan*, C.I, Beta, 2003, s. 983-991.
- Arkan S, “Tüketici Kredileri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 18(1-2), 1995, s. 35-42.
- Aslan İ.Y, *Bankacılar İçin Tüketici Hukuku*, Aryan Basım Tanıtım ve Matbaa Hizmetleri, 2016.
- Ayoğlu T, “29.11.2019 Tarihli 2018/5 E. 2019/6 K. Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı’nın İncelenmesi”, *GSÜHF Ticaret Hukuku ABD-Aylık Bilimsel Konferanslar I Sunum Videosu*, <https://youtu.be/TJbwfcDJTWg>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, dakika

11, saniye 20 vd.

- Bahtiyar M, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Kıymetli Evrakla İlişkin Düzenlemeleri”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2014, <<https://www.jurix.com.tr/article/19905>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 194-209.
- Bahtiyar M/Hamamcıoğlu E, “Tüketicinin Kıymetli Evrak ile Borçlanması ve Sonuçları”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), Haziran 2015, <<https://jurix.com.tr/article/4236>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 67-92.
- Barlas N, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı*, Beta, 2002, s. 937-991.
- Battal A, “Kıymetli Evrakla Borç Altına Giren Tüketicinin Korunması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 19(3), 1998, s. 95-112.
- Can M, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Hukukunun Kambyo Senetleri Tatbikatını Etkileyen Hükümlerine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2020, <<https://www.jurix.com.tr/article/21557>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 4109-4122.
- Can M. Ç, “Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği -Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı?”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(3), 2017, s. 35-73.
- Can M. Ç/Kaşak F. E, “Ticari Borçlara Kefalet Halinde Ticari İşlerde Teselsül Karinesinin, Müteselsil Kefil Sifatının El Yazısıyla Belirlenmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(162), 2020, <<https://www.jurix.com.tr/article/20445>>, Erişim Tarihi 26 Ağustos 2023, s. 266-277.
- Cengil M. F, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 05.03.2014 Tarih, 2013/12-2113 Esas ve 2014/210 Kararı Işığında Tüketicinin Yapmış Olduğu İşlemler Nedeniyle Nama Yazılı Senet Düzenlenmesi Zorunluluğu”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), Aralık 2014, <<https://jurix.com.tr/article/4410>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 49-72.
- Ceylan E, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında

- Tüketici Kredisi ve Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Kişisel Teminatlarla İlgili Değerlendirmeler”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 17, 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/mdergi/issue/63043/957886>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 93-131.
- Civelek Acar E, “Kambiyo Senetleri Üzerinde Aval”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2021, s. 1301-1339.
- Çabri S, *6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 1. Baskı, Adalet, 2016.
- Çeker M, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2), 2004, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/63551/970482>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 415-442.
- Doğan Ö, “Tüketici Senetleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2, 2018, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/39374/469905>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 113-141.
- Erdoğan İ, “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Yaptırımı” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 1999, s. 114-123.
- Esener T, “Hukuki Muamelelerde Tahvil”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(1), 1959, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42802/517302>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 234-259.
- Fırıncioğulları F, *Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar*, Seçkin, 2018.
- Gümüş M. A, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C.I, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Hamamcıoğlu E, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Kıymetli Evrak Hukukuna Yansımaları”, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım*, Seçkin, 2016, s. 57-65.
- Havutçu A, “6502 Sayılı Tüketicinin korunması Hakkında Kanun ‘un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun ‘un Kapsamı”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 9, 2014, <<https://www.jurix.com.tr/article/8903>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 8-19.
- Havutçu A, “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1-4), 1987, <<http://hdl.handle.net/20.500.12397/2003>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 643-681.
- Helvacı İ, “Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 65(1), 2007, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9064/113044>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 263-272.
- Helvacı M/Aksu Özkan R, “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Işığında Avalde Eşin Rızasının Gerekliğinin Değerlendirilmesi” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(2), Aralık 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/51063/667638>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 873-906.
- Kara İ, *Tüketici Hukuku*, Engin Yayıncılık, 2015.
- Kaşak F. E, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Tahvili”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 71(3), 2023, s. 971-1015.
- Kendigelen A, *Çek Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha, 2019.
- Kendigelen A/ Kırca, İ, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha, 2019.
- Kırca İsmail, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Kefalet Eşin İzni”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan*, Turhan Kitapevi, 2006, s. 435-457.
- Kocaman A, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.7.2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi Kefalet mi?” *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Mayıs 2003, s. 67-85.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017.
- Koşer N, “Aval ve Avalin Diğer Kişisel Teminat Sağlayan Sözleşmelerle İlişkisi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 2016, <<https://search.trdizin.gov.tr/yayin/detay/285763>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 241-264.
- Ozanoğlu H. S, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999.

- Önder F/Özkul B, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence: Adi Kefalet Sözleşmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 18(3), 2013, s. 25-46.
- Özen B, “Tüketici İşlemlerinde Kişisel Teminatlar”, 3. *Tüketici Hukuku Sempozyumu*, Bilge, 2014, s. 51-61.
- Özen B, *Kefalet Sözleşmesi*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Özen B, *Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Milli Şerhi*, Aristo, 2016. (Milli Şerh)
- Özen B, “Tüketici Kredileri Çerçevesinde Verilen Kişisel Teminatların Geçerliliği”, 3. *Tüketici Hukuku Sempozyumu*, Bilge, 2014, s. 286-296.
- Öztek S, “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”, *Bankacılar Dergisi*, 67, 2008, s. 6-27.
- Reisoğlu S, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2013.
- Serdar İ, “Tüketici Kredilerinde Teminat”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9, 2014, <<https://www.jurix.com.tr/article/8916>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 70-86.
- Sezgin Huysal A, “TBK Madde 603’ün Avale Uygulanabilirliği”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2017, s. 171-188.
- Şafak A, “Tüketici İşlemi Sonrasında Düzenlenen Emre Yazılı Senedi Ciro Yolu ile Devralan Haklı Hamile Karşı Senedin Geçersizliği İddiasının İleri Sürülüp Sürülemeyeceği”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 89(2), 2015, <<https://jurix.com.tr/article/16237>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 179- 195.
- Turan G, “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 66, 2006, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-66-254>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 27-50.
- Tüzemen Atik E, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Düzenlemelerinin Avale Etkisi”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iauhfd/>

issue/63647/913041>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 1-33. (Aval)

- Tüzemen Atik E, *Açık Kambiyo Senetleri*, 3. Baskı, Seçkin, 2021.
- Uyumaz A/Akçaal M, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (M. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/22408/239843>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 241-276.
- Uzunallı Eroğlu S, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 2004, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46856/587561>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 113-176.
- Ülgen H/Helvacı M/Kaya A/Nomer Ertan N. F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Yavuz N, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı, Adalet, 2010.
- Yener M. D, “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 7(13), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/marufacd/issue/510/4631>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 409-436.
- Yeşiltepe S. Ö, “6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20(2), 2014, s. 23-44.
- Yıldırım A/Aytuğar B, “Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(2), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/54204/733311>>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023, s. 31-62.
- Zevkliler A/Aydoğdu M, *Tüketicinin Korunması Hukuku- Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, Seçkin, 2004.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

YAPAY ZEKA VE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

**ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CRIMINAL LAW
RESPONSIBILITY**

Berrin AKBULUT*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1339596](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1339596) 

Yapay zekanın üzerinde uzlaşmış bir tanımı bulunmamaktadır. Sürekli gelişmekte ve yeni özelliklere sahip olmaktadır. Bilim insanları yapay zekanın insan gibi düşünmesi, karar vermesi ve hareket etmesi üzerine çalışmaktadır. Hatta öğrenebilen ve gelecekte insan zekasından bağımsız gelişebilecek bir yapay zekâ kavramına doğru bir gidiş söz konusudur. Yapay zekada yaşanan bu gelişmeler, yapay zekanın ceza hukuku bakımından sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmasının yaşanması sonucunu doğurmuştur. Yapılan tartışmalar aynı zamanda mevcut ceza hukuku kavramlarının yeniden yorumlanması, genişletilmesi ve yeni belirlemelerin yapılması neticesini de ortaya çıkarmıştır. Bu çalışmada ceza hukuku sorumluluğu için aranan suçun unsurları, kusurluluk kavramları yapay zeka açısından değerlendirilecektir. Ayrıca yapay zeka kavramı, gelecekteki etkileri, suç işlemedeki rolü ve yapay zekanın cezalandırılıp cezalandırılmayacağı üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yapay zeka, Makine öğrenme, Hareket, İrade özgürlüğü, Kusur.

ABSTRACT

There is no agreed definition of artificial intelligence. It is constantly developing and gaining new features. Scientists are working on artificial intelligence to think, decide and act like humans. There is even a move towards the concept of artificial

* **Prof. Dr.**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/KONYA, **e-posta:** bakbulut@selcuk.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-8045-2784, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1339596.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



intelligence that can learn and develop independently of human intelligence in the future. These developments in artificial intelligence have led to a debate on whether artificial intelligence can be held responsible in terms of criminal law. The debates also result in the reinterpretation and expansion of existing criminal law concepts and the making of new determinations. In this study, the elements of the crime sought for criminal law responsibility and the concept of culpability will be evaluated in terms of artificial intelligence. In addition, the concept of artificial intelligence, its future effects, its role in committing crimes and whether it can be punished or not will be emphasized.

Keywords: Artificial intelligence, Machine learning, Act, Freedom of will, Culpability.

EXTENDED ABSTRACT

There is no agreed definition of artificial intelligence. It is constantly developing and gaining new features. Scientists are working on artificial intelligence to think, decide and act like humans. There is even a move towards the concept of artificial intelligence that can learn and develop independently of human intelligence in the future. These developments in artificial intelligence have led to a debate on whether artificial intelligence can be held responsible in terms of criminal law. The debates also result in the reinterpretation and expansion of existing criminal code concepts and the making of new determinations. Artificial intelligence and artificially intelligent beings can cause the violation of personal values such as life, bodily inviolability, privacy, personal data, honor, property, and the commission of cybercrimes. In fact, productive artificial intelligence systems can be used to produce content such as images, videos and music without the need for human intervention, and criminal acts can be committed. While trying to determine the responsibility of the people who produce and use artificial intelligence in these crimes, there has also been a debate on whether an artificial intelligence that learns from the information it collects on the basis of an algorithm, calculates possibilities, experiences, makes decisions, draws conclusions, chooses and implements the appropriate behavior can also be responsible in terms of criminal law.

The fact that the determinations made in criminal law are based on the real person, the human being, has led to the conclusion that the discussions on artificial intelligence are also made in the context of human characteristics. The discussions focus on whether artificial intelligence can be accepted as a person, whether it has will and freedom of will. Positive answers to these questions will lead to the conclusion that artificial intelligence has the ability to act and the ability of fault and therefore will be responsible in terms of criminal law. Since the discussions are based on human beings, it is accepted by the majority of the authors in the doctrine that it is not possible to talk about a real decision of the artificial intelligence based on its own evaluation, that it sets goals for itself within this framework and that it determines its actions according to these goals, and that it cannot form its own will.

Likewise, when it is a system that is independent of human control and not limited to its software, when it has the ability to understand the legal meaning and content of its actions, when it does not choose the right and fulfill the wrong with its free will, it will be at fault, but it is accepted that it is not at fault today. It should be noted that in the doctrine, it is not generally rejected that artificial intelligence will have the ability to act and the ability to fault at a later stage.

In the future, when the criminal law responsibility of artificial intelligence is accepted, it is seen as an important problem in the doctrine to ensure the expected purpose of the punishment and what kind of punishments will be applied, and determinations are made. The developments in the field of artificial intelligence, which will lead to the acceptance of criminal law responsibility, will not only result in considering will not only result in taking into account the unjust content of the act in terms of determining the punishment (Art. 61 of the TPC), but will also lead to the consideration of artificial intelligence itself.

The discussions on the criminal law responsibility of artificial intelligence have led to the return to non-human-centered criminal law concepts, as well as the reinterpretation, expansion and redefinition of existing criminal Law concepts. In fact, the theoretical and conceptual determinations expressed in the doctrine of criminal law have led to the idea of creating criminal law for machines.

In this study, the elements of the crime sought for criminal law responsibility and the concept of culpability will be evaluated in terms of artificial intelligence. In addition, the concept of artificial intelligence, its future effects, its role in committing crimes and whether it can be punished or not will be emphasized.

GİRİŞ

Bilişim alanında, bu anlamda programlama alanında yaşanan gelişmeler hayatımızda yapay zeka kavramının ve yapay zekaya sahip varlıkların yer almasını sağlamıştır. Yapay zeka alanında yaşanan gelişmeler çok hızlı bir şekilde artmakta ve hayatımızın her alanında yer almaktadır. Getirdiği kolaylık, hızlılık, verimlilik gibi nedenler yapay zekanın ve yapay zekaya sahip varlıkların üretilmesini ve kullanımını artırmaktadır.

Teknolojik gelişmelerin, programın yalnızca araç olarak kullanıldığı dönemlerde ceza hukuku açısından yalnızca bu programları kullanarak suç işleyen kişilerin sorumluluğu üzerinde durulmakta, bilişim alanında yaşanan gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni suç şekilleriyle uğraşılmaktaydı. Ancak yapay zekada yaşanan gelişmeler ve yapay zekanın öğrenme, deneyimleme, seçme ve karar verme kapasitesine sahip olması, ileride sahip olacağı gücün

sorgulanması, insanlığın geleceğinden endişe duyulması ve ceza hukuku açısından da yeni tartışmaların yaşanması sonucunu doğurmuştur. Yapay zekâ ve yapay zekalı varlıklar, kişilerin hayat, vücut dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği, kişisel veriler, şeref, malvarlığı gibi kişisel değerlerin ihlâl edilmesini, bilişim suçlarının işlenmesini sağlayabilmektedir. Dolayısıyla da ceza hukukunda hem yapay zekanın ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı tartışılmakta hem de yapay zekanın fiillerinden, üreticisinin, programcısının, kullanıcılarının sorumlu olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Ceza hukukunda insandan kaynaklanan davranışın ceza hukuku sorumluluğu doğurduğunun kabul edilmesi, kabul edilen müesseselerin insana özgü değerlendirilmesi, yapay zekanın bugün ve gelecekte cezai sorumluluğunun kabul edilip edilemeyeceği noktasında tartışmalar yaşanması sonucunu doğurmaktadır.

I. YAPAY ZEKA

A. Genel Olarak

Yapay zeka (Artificial Intelligence-AI) kavramı, ilk defa 1955 yılında, 1956 yazında Amerika Birleşik Devletlerinin New Hampshire eyaletinde gerçekleştirilecek Dartmouth Konferansı için John McCarthy ve ekibi tarafından hazırlanan araştırma proje önerisinde yer almıştır¹. Bu çalışmada yapay zeka, yapay zekâyı “akıllı makineler yapma mühendisliği ve bilimi” olarak tanımlanmıştır. Yapay zeka alanında 1997 yılına kadar çok önemli mesafe alınamamış, 1997 yılında ise saniyede milyonlarca hamle hesaplayabilen IBM şirketinin ürettiği DeepBlue isimli bilgisayarın, satranç oyununda dünya şampiyonu Gary Kasparov’u yenmesiyle yapay zekâ yeniden gündeme gelmiştir². 1990’larda yapay zeka kendi başına karar verememekteydi. Sadece yüklenen programlar sayesinde çıkarımlar yapmakta ve buna göre hareket etmektedir. Ancak günümüzde makine öğrenmesi, hatta derin öğrenme yapılabilmektedir³.

¹ Özgür Taşdemir/Ümit Vefa Özbay/Burhanettin Onur Kireçtepe, “Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme”, *AÜHFD*, 69(2) 2020, s. 797; Osman Gazi Güçlütürk, *Türk Hukukunda Makine Öğrenmesine Dayalı Yapay Zekada Verinin Hukuka Uygun Şekilde Kullanılması*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2021, s. 25; <<https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zeka/>>, Erişim Tarihi 8 Ağustos 2023. Yapay Zekanın tarihçesi için bkz.: Güneş Okuyucu Ergün, “Machina Sapiens”, *AÜHFD*, 72(2), 2023, 717-758, s. 721 vd.

² Hakan Aksoy, “Yapay Zekalı Varlıklar ve Ceza Hukuku”, *International Journal of Economics, Politics, Humanities & Social Sciences*, 4(1), 2021, s. 12, 13.

³ Ayşe Nur Merve Yazıcı, *Otonom Aracın Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz*

Yapay zekanın herkes tarafından ittifakla kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır⁴. Ancak tanımlamalara bakıldığında özelliklerin kullanılarak benzer tanımlar yapıldığı görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisine göre “Yapay zekâ, bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrollü robotun, genellikle akıllı varlıklarla ilişkili görevleri yerine getirme yeteneğidir. Terim sıklıkla akıl yürütme, anlam keşfetme, genelleme veya geçmiş deneyimlerden öğrenme gibi insanlara özgü entelektüel süreçlerle donatılmış sistemler geliştirmek amacıyla kullanılmaktadır”⁵. Bir tanıma göre, yapay zeka “*karmaşık bir şeyi algılama ve uygun kararlar verme*” olarak tanımlanmaktadır⁶. Başka bir tanıma göre, “*yapay zekâ, otonom (özerk) bir sistemin dış verileri doğru şekilde yorumlayabilme, bu tür verilerden çıkarımlar yaparak öğrenebilme ve öğrendiklerini esnek bir uyarılma yoluyla belirli hedeflere ve görevlere ulaşmak için kullanabilme becerisi olarak*”⁷ tanımlanmaktadır. Bir diğer tanım olarak, insanların doğal olarak sahip oldukları zeka ile çözdükleri problemleri çözme becerisine sahip makineler belirlemesi yapılmaktadır⁸. Bir başka tanım yapay zekâyı, “*tecrübelerden öğrenebilen, öğrendiklerini muhakeme edebilen; şekilleri, görüntü ve örüntüleri tanıyabilen, karmaşık problemlere çözümler üretebilen, lisansı anlayarak kelimeler ile işlem yapabilen ve bilişim dünyasına farklı bir bakış açısı kazandıran bir bilim dalı*” olarak tanımlanmaktadır⁹. Avrupa Birliği Parlamentosu, yapay zekâyı, “*makinelerin akıl yürütme, öğrenme, planlama ve yaratıcılık gibi insanlara benzer davranışlar sergileme kabiliyeti*” olarak tanımlamıştır. Avrupa Komisyonun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’nin 3(1) maddesinde, yapay zeka kavramı kullanılmamış, yapay zeka sistemi kavramı kullanılmış ve bu ifadenin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre, “*yapay zekâ sistemi Ek I’de listelenen teknik ve yaklaşımlardan bir veya daha fazlası ile geliştirilen ve insan tarafından oluşturulmuş amaçlar kapsamında, etkileşimde buldukları ortamları etkileyen içerik, tahmin, öneri veya karar*

Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, 2023, s. 41.

⁴ Farklı tanımlamalar için bkz.: Cannur Ercan, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri”, *TAAD*, (40), 2019, s. 20.

⁵ <<https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zeka/>>, Erişim Tarihi 25 Ağustos 2023.

⁶ Aksoy, s. 12.

⁷ Tanım için bkz.: Sinan Sami Akkurt, “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7(13), 2019, s. 41.

⁸ Asena Damla Şahin, “Otonom Araçların Hukuki Sorumluluğunun Türk ve Alman Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Suç ve Ceza*, (4), 2020, s. 980.

⁹ Ercan Öztemel, “Yapay Zekâ ve İnsanlığın Geleceği”, <https://tuba.gov.tr/files/yayinlar/bilim-ve-dusun/TUBA-978-605-2249-48-2_Ch9.pdf>, Erişim Tarihi 5 Ağustos 2023, s. 101.

gibi çıktılar üretebilen yazılım anlamına gelmektedir.”EK I’de geçen teknikler ise:

“(a) Gözetimli, gözetimsiz ve pekiştirmeli öğrenme de dahil olmak üzere derin öğrenmenin de aralarında bulunduğu çok çeşitli yöntemleri kullanan makine öğrenmesi teknikler,

(b) Bilgi temsili, tümevarımsal programlama, bilgi tabanları, çıkarım ve tümdengelim sistemleri, (sembolik) akıl yürütme be uzman sistemler dahil olmak üzere mantık ve bilgiye dayalı teknikler,

(c) İstatistiksel yaklaşımlar, Bayes tahmini, araştırma ve optimizasyon metotları” şeklinde belirtilmiştir¹⁰.

Yapay zeka kanaatimizce; insan zekâsına (doğal zekaya) ait algılama, yorumlama, sonuç çıkarma, öğrenme, uygulama gibi faaliyetlerin yeni ve daha etkili çözümlere ulaşabilmek adına makineler tarafından yapılması olarak tanımlanabilir¹¹.

B. Makine Öğrenme

Yapay zeka kapsamında geleneksel programlama ve bu programlarla insan davranışlarını belirli bir ölçekte taklit edilmesi söz konusu olsa da bugün yapay zeka denildiğinde “makine öğrenmesi (machine learning)” ve “derin öğrenme (deep learning)” ifade edilmektedir¹². Makine öğrenimi, tükettikleri verilere göre öğrenen ya da performansı iyileştiren sistemler oluşturmaya odaklanan bir yapay zeka (AI) alt kümesidir¹³. Kendi kendine öğrenme olarak da adlandırılan makine öğreniminde sistem davranışlarını/tepkilerini kullanıcılarının müdahalesi olamadan dış dünyadan elde ettikleri izlenimler ile otomatik olarak değiştirebilmektedir. Makine öğreniminde sistem kendi algoritmalarını değiştirebilmekte, bir insan gibi öğrenebilmekte ve kendi deneyimleri ile günden güne gelişebilmektedir¹⁴. Geleneksel programlamada girdiler ve bu girdilere uygulanacak işlemler programcılar tarafından komutlar halinde tek tek kodlanırken, makine öğrenmesinde girdiler ve

¹⁰ Güçlütürk, s. 31, 32; Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel, “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış”, *TAAD*, (51), 2022, s. 21.

¹¹ Bkz.: Aksoy, s. 12; Yazıcı, s. 41; Ercan, s. 20.

¹² Güçlütürk, s. 47.

¹³ <<https://www.oracle.com/tr/artificial-intelligence/machine-learning/what-is-machine-learning/>>, Erişim Tarihi 3 Ağustos 2023.

¹⁴ Şahin, s. 980, 981.

çıktılar programcılar tarafından verilmekle birlikte istenen çıktılara ulaşmak için yapılacak işlemler bilgisayar tarafından bulunarak, model adı verilen bir veri yapısının içerisine kaydedilmektedir¹⁵. Makine öğrenimi, belirli görevleri yerine getirmeleri için sağlanan verilerden öğrenen sistemlerdir. Gelişmiş görevlerde insan için gerekli algoritmaları elle oluşturmak zor olabildiği için uygulamada, makinenin kendi algoritmasını geliştirmesine yardımcı olmak daha etkili kabul edilmektedir¹⁶.

Makine öğrenmesi farklı şekillerde gerçekleştirilmektedir. Bunlar denetimli öğrenme (supervised learning- etiketli bir veri kümesi (labeled dataset) kullanılmasıdır. Hangi verinin hangi bilgiye karşılık geldiği bilindiğinden bilinen bir girdi seti ile bunlara denk gelen çıktıları alıp algoritmanın daha önce hiç görmediği yeni verilere en uygun çıktıları üretmek için kullanılan bir makine öğrenmesi modelidir), denetimsiz öğrenme (unsupervised learning- etiketsiz veriler kullanır. Etiketsiz veriler arasındaki gizli kalmış yapıyı/örüntüyü bulmaya çalışarak kendi kendine öğrenme biçimi sergilenir)¹⁷, pekiştirmeli öğrenme (reinforcement learning- dünya algısına dayalı bir öğrenme biçimidir. Her eylem ortamda bir etki oluşturmakta ve ortam, öğrenme algoritmasına yol gösteren ödülleri biçiminde dönütler vermektedir)¹⁸, yarı denetimli öğrenme (semi-supervised learning- uygun

¹⁵ Güçlütürk, s. 49.

¹⁶ <https://tr.wikipedia.org/wiki/Makine_%C3%B6%C4%9Frenimi#:~:text=Makine%20%C3%B6%C4%9Frenimi%20veya%20makine%20%C3%B6%C4%9Frenmesi,konu%20edinen%20bir%20bilim%20dal%C4%B1d%C4%B1r>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

¹⁷ Hatice Candan, “Adım Adım Makine Öğrenmesi Bölüm 4: Denetimli Öğrenme ve Denetimsiz Öğrenme Arasındaki Fark”, <<https://medium.com/machine-learning-t%C3%BCrkiye/ad%C4%B1m-ad%C4%B1m-makine-%C3%B6%C4%9Frenmesi-b%C3%B6l%C3%BCm-4-denetimli-%C3%B6%C4%9Frenme-ve-denetimsiz-%C3%B6%C4%9Frenme-aras%C4%B1daki-fark-4aa174983380>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2023.

¹⁸ AlphaZero, pekiştirmeli öğrenmeyi kullanarak birkaç gün kendi kendine oynadık-tan sonra go, satranç ve shogi (Japon satrancı) oynayan en güçlü programları yenmiştir. DeepMind programı iddia edildiğine göre önceden programlanmayıp, tecrübelerinden öğrenmektedir. Programın kodlarında hiçbir değişiklik yapmadan, DeepMind’ın yapay zekası oyunu nasıl oynayacağını anlamakta ve yeterince sayıda oynadıktan sonra birçok insandan daha iyi oynayacak seviyeye gelmektedir: <[https://tr.wikipedia.org/wiki/DeepMind#:~:text=DeepMind%20Technologies%2C%20Alphabet%20Inc.%,te%20Google%20taraf%C4%B1ndan%20sat%C4%B1n%20al%C4%B1n%C4%B1n%C5%9Ft%C4%B1r](https://tr.wikipedia.org/wiki/DeepMind#:~:text=DeepMind%20Technologies%2C%20Alphabet%20Inc.%,te%20Google%20taraf%C4%B1ndan%20sat%C4%B1n%20al%C4%B1n%C4%B1%20al%C4%B1n%C5%9Ft%C4%B1r)>, Erişim Tarihi 04.08.2023. Deep Mind şirketinin kodlama yapması için geliştirdiği AlphaCode AI, ortalama bir yazılımcı kadar başarılı bir şekilde kod yazabilmektedir: Papuççayan, Arden, “DeepMind’den yazılımcılar ile rekabet edebilen yapay zeka: AlphaCode AI”, <<https://webrazzi.com/2022/02/03/deepmind-dan-yazilimcilar-ile-rekabet-edebilen-yapay-zeka-alphacode-ai/>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2023.

işlev ya da sınıflandırıcılar oluşturmak için etiketli ve etiketsiz örnekleri birlikte ele alır)¹⁹ ve kendi kendine denetimli öğrenmedir (self-supervised learning- modelin verilerin bir kısmından yararlanarak diğer kısmı tahmin etmek ve etiketleri doğru bir şekilde oluşturmak için kendini eğittiği bir makine öğrenimi yaklaşımıdır)²⁰.

C. Derin Öğrenme

Derin öğrenme (Deep Learning), dijital sistemlerin yapılandırılmamış, etiketlenmemiş verilere dayalı olarak öğrenmesini ve kararlar almasını sağlamak üzere yapay sinir ağlarını kullanan makine öğrenmesi için kullanılmaktadır²¹. Derin öğrenme, nesleri tanıma, dil işleme, konuşma tanıma gibi alanlarda çok katmanlı yapay sinir ağlarını kullanarak verilerle öğrenen bir makine öğrenme biçimidir²². Derin öğrenme, insan beyninin çalışma şekline göre genel hatlarıyla modellenen algoritmalar olan sinir ağlarının katmanları tarafından desteklenmektedir²³. Sinir ağlarında bulunan nöronlar tek tek farklı katmanlar halinde düzenlenerek giriş katmanına, gizli ara katmanlara ve çıkış katmanına ayrılabilir²⁴. Farklı katmanlardaki nöronlar bilgiyi işlemek için çok karmaşık şekilde birbiriyle bağlantılıdır. Bu ağlar öğrenme yetisine sahiptir. Bir bağlantı tekrar tekrar kullanıldığında bağlantının gücü ve önemi

¹⁹ <https://tr.wikipedia.org/wiki/Makine_%C3%B6%C4%9Frenimi#:~:text=Makine%20%C3%B6%C4%9Frenimi%20veya%20makine%20%C3%B6%C4%9Frenmesi,konu%20dinen%20bir%20bilim%20dal%C4%B1d%C4%B1r>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2023.

²⁰ “Çoğu makine öğrenimi tekniği, tahminlerde bulunmak için eğitim veri kümeleri gerektirir. Veri bilimcilerin, yapay zekanın girdi verilerini anlamasını ve yeni veriler hakkında doğru tahminler yapmasını sağlamak için eğitim veri kümelerindeki gözlemleri manuel olarak veri etiketleme araçlarıyla etiketlemesi gerekir. Eğitim veri setinin çok büyük olduğu durumlarda, eğitim verilerini manuel olarak etiketlemek oldukça maliyetli ve zaman alıcı olabilir. Kendi kendini denetleyen öğrenme, veri etiketleme gerekliliğini ortadan kaldırır. Bilgisayarların verileri kendilerinin etiketlemesini, sınıflandırmasını ve analiz etmesini sağlar”, “Self-Supervised Learning Nedir?”, <<https://devhunterz.wordpress.com/2022/03/23/self-supervised-learningkendi-kendini-denetleyen-ogrenme/#:~:text=Kendi%20kendine%20denetimli%20%C3%B6%C4%9Frenme%20modelin,denetimli%20bir%20%C3%B6%C4%9Frenme%20problemine%20d%C3%B6n%C3%BC%C5%9Ft%C3%BCr%C3%BCr>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2023.

²¹ <<https://azure.microsoft.com/tr-tr/resources/cloud-computing-dictionary/what-is-deep-learning/>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2023.

²² Yazıcı, s. 41.

²³ <<https://www.oracle.com/tr/artificial-intelligence/machine-learning/what-is-deep-learning/>>, Erişim Tarihi 3 Ağustos 2023.

²⁴ Şahin, s. 981.

artmaktadır²⁵. Derin öğrenme yapay zeka sistemlerinin altında yer alan bir öğrenme yöntemidir. Derin öğrenme, makine öğrenme şekillerinde (denetimli, denetimsiz öğrenme gibi) kullanılabilir bir sistemdir. Derin öğrenmenin bulunmadığı yapay zeka yaklaşımlarında, öznelik denilen verilerin sisteme girilmesi ve girilen bu verilerin kullanılması söz konusudur. Makine verileri işlerken öznelik çıkarımını kendisi yapmamakta, önceden girilen verileri kullanmaktadır. Derin öğrenmede ise, makinenin bu özneliği kendisinin çıkarması hedeflenmektedir. Katmanlı bir öğrenme metodu olan bu yaklaşımda ilk önce en önemsiz nitelikteki özelliklerden başlanır ve en önemli özelliğe doğru çıkılır. Her bir katmanda çok geniş bir yapay sinir ağı bulunmaktadır. Bu nedenle de öğrenme ve karmaşık problemleri çözme yetenekleri son derece güçlüdür²⁶. Büyük ve karmaşık veri kümelerini analiz etmek, karmaşık ve doğrusal olmayan görevleri gerçekleştirmek, metin, ses veya resimlere genellikle insanlardan daha hızlı ve daha doğru yanıt vermek için derin öğrenme teknolojisi kullanılmaktadır. Örneğin, otonom araçların görüntüleri işleyip yayaları diğer nesnelere ayırt etmesini ya da akıllı ev cihazlarının sesli komutlarını anlamasını sağlayan şey derin öğrenmedir²⁷. Derin öğrenmede yazılımcı da dahil olmak üzere sürece katılanlar sistem üzerindeki kontrolünü kaybetmektedir. Bununla beraber, yapay zeka yaptığı şeyin insan bakımından önemine veya değerine ilişkin bir fikre sahip değildir²⁸.

D. Yapay Zekanın Gelecekteki Etkisi

Teknoloji gelişirken aynı zamanda suç işlemede kullanılması da artmaktadır. Algılanması zor ve savunması daha da zor olan otomatik, karmaşık saldırılar başlatmak için yapay zekadan (AI) yararlanılmaktadır. Yapay zeka destekli saldırılar, geleneksel siber saldırılardan önemli ölçüde daha fazla zarar verme potansiyeline sahip olup, AI, güvenlik açıklarını taramak, bilgileri araştırmak ve hedefli saldırılar başlatmak gibi görevleri otomatikleştirmek için kullanılabilir. Yapay zeka destekli siber saldırıların kullanımı giderek yaygınlaşmakta ve gelecekte de daha fazla suç işlemede kullanılacaktır²⁹.

²⁵ Zeynel T. Kangal, *Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*, Onikilevha Yayınları, 2021, s. 26.

²⁶ Serhat Can Alkan, “Yapay Zeka ve Doğal Dil İşleme (NLP)”, <<https://www.hukukvebilisimdergisi.com/yapay-zeka-ve-dogal-dil-isleme-nlp/>>, Erişim Tarihi 29 Temmuz 2023.

²⁷ <<https://azure.microsoft.com/tr-tr/resources/cloud-computing-dictionary/what-is-deep-learning/>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2023.

²⁸ Kangal, s. 26.

²⁹ Marcin Frackiewicz, “Yapay Zeka ve Siber Suçları Önleme: Akıllı Sistemler Siber Tehdit-

Yapay zekada, öğrenebilen ve gelecekte insan zekasından bağımsız gelişebilecek bir yapay zekâ kavramına doğru yönelim söz konusudur. Bu yönelimin, insanın kendisine yardımcı olabilecek belki de kendisinden daha zeki, insan ötesi varlıklar meydana getirme düşünün bir ürünü olduğu ifade edilmektedir³⁰. Ancak bu düşün gerçekleşmesi insanlığın yok olması tehlikesini ortaya çıkaracaktır. Nitekim OpenAI ve Google DeepMind programlarının yöneticileri de dahil olmak üzere bilim insanları, yapay zekanın insanlığın yok oluşuna neden olabileceği konusunda bildiri yayımlamıştır³¹. Yapay zekayla ilgili kaygı duyulmasının en önemli sebebinin, makinelerin gerek anlamda motivasyona ve iradeye sahip olduklarında, onların motivasyonlarını anlayamayacak ve kararlarını tahmin edemeyecek olmamız olduğu belirtilmektedir³².

Bilişim teknolojilerinin tehlikeli yeteneklerin gelişmesine neden olması da söz konusudur. OpenAI'nin Üst Yöneticisi (CEO) Samuel Harris Altman, en büyük korkusunun, teknoloji endüstrisi olarak dünyaya önemli zararlar verme ihtimali olduğunu belirtmektedir. Bunun birçok farklı şekilde olabileceğini, çok kötü yerlere gidebileceğini düşündüğünü belirtmiştir³³. Yapay zeka teknolojilerinin lisans denetimlerini yapacak bağımsız bir mekanizmanın kurulması tavsiyesinde bulunmuş ve bu sayede, tehlikeli yeteneklerinin değerlendirilmesi dahil bir dizi güvenlik standardının oluşturulabileceğini dile getirmiştir³⁴. Altman, bu şekilde modellerin “*kendi*

kendini kopyalayıp çoğalamayacaklarından ve kendi başlarına hareket edemeyeceklerinden” emin olunabileceğini belirtmiştir³⁵. Bazı yazarlar ise, insanlığı kurtarabilecek 2 seçeneğin olduğunu, bulardan birinin yapay zekâyı kodlayan insanların ahlaki kapsamlılığını geliştirmek, ikincisinin ise yapay zekâyı, çoğu insanın yapabileceğinden çok daha yüksek bir ahlaki kodla çalışacak şekilde kodlamak olduğunu belirtmektedirler. Bunları yaptıktan sora yapay zekâyı kendisini kodlayacak şekilde yetkilendirmek gerektiğini ifade etmektedirler³⁶. Ancak bazı uzmanlar tarafından tehlike olmadığı, yapay zekaya önyargıyla yaklaşıldığı da belirtilmektedir³⁷.

E. Yapay Zekanın Kullanım Alanları ve Suç İşlemedeki ve Önlemedeki Etkileri

Yapay zekanın pek çok kullanım alanı bulunmaktadır. Bunlardan biri görüntü işleme (yüz tanıma, güvenlik ve gözetleme, sosyal ağlarda fotoğraf etiketleme, spor analitiği ve strateji optimizasyonu, sentetik görüntü üretimi), diğeri ses işleme (müzik tanıma, sesli asistanlar, sesli yanıt ve şifre, konuşmadan metin sentezi, metinden konuşma sentezi), bir diğeri metin işleme (çeviri servisleri, çevrimiçi sohbet ve asistan, sosyal medya analitiği ve duygu durum analizi, kişiye özgü yazım düzeltme ve öneri), bir diğeri veri işleme (öneri sistemleri, ilan öneri, müzik öneri, müşteri deneyimi ve müşteriler için akıllı kampanya önerisi, hava durumu, trafik yoğunluğu gözeterek rota planlama, periyodik bakım ve onarım kestirimi, işe alım ve performans değerlendirme sistemleri, oyun motorları), bir diğeri sağlık verilerinin analizi ve tedavi planlaması (tanı koyma ve tedavi planlama sürecinde doktorlara yardımcı olan uygulamalar), bir diğeri insansız - yz destekli sürüş sistemleri (otonom araçlarda karar destek sistemleri), bir diğeri sigortacılık ve finans (sanal asistanlar, hasar yönetimi, sahtekârlık tespiti ve önleme, anomali tespit uygulamaları), bir diğeri büyük veri analitiği (büyük veri analizi ile davranış analizi), bir diğeri tarım ve hayvancılıkta akıllı uygulamalar (insansız hava aracı (iha) ile görüntü

leri Tespit Etmeye ve Önlemeye Nasıl Yardımcı Oluyor?”, <<https://ts2.space/tr/yapay-zeka-ve-siber-suclari-onleme-akilli-sistemler-siber-tehditleri-tespit-etmeye-ve-onlemeye-nasil-yardimci-oluyor/>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2023.

³⁰ <https://tr.wikipedia.org/wiki/Yapay_zek%C3%A2>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

³¹ <<https://www.diken.com.tr/uzmanlardan-yapay-zeka-bildirisi-insanligi-yok-edebilir/>>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

³² Mehtap Doğan, “Yapay Zekâ ve Özgür İrade: Yapay Özgür İradenin İmkânı”, *TRTakademi*, 6(13), 2021, s. 791.

³³ İngiltere Başbakanı Rishi Sunak’ın teknoloji danışmanı Matt Clifford, yapay zekayla ilgili pek çok farklı risk türü olduğuna dikkat çekerek, “Sektörde genellikle yakın ve uzun vadeli risklerden bahsedildiğini ve yakın vadeli risklerin aslında oldukça korkutucu olduğunu, yapay zekanın, bugün biyolojik silahlar için yeni tarifler oluşturmak veya büyük ölçekli siber saldırılar başlatmak için kullanabileceğini, insanlığın yapay zeka tarafından yok edilme ihtimalinin sıfır olmadığını, odaklanılması gereken şeyin, bu modellerin nasıl kontrol edileceğini bildiğimizden nasıl emin olunacağı olduğunu ifade etmektedir: <<https://www.mynet.com/uzmanlardan-yapay-zekalar-hakkinda-korkutan-uyari-en-gec-iki-yil-icerisinde-110107132576>>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

³⁴ ABD tarafından yapılan açıklamada, yapay zekanın zamanın en güçlü teknolojilerinden biri olduğunu ancak sunduğu fırsatları değerlendirmek için önce risklerinin azaltılması gerektiği

kaydedilerek, 7 yapay zeka araştırma enstitüsü kurulması için harekete geçildiği bildirilmiştir: <<https://www.haberturk.com/abd-7-yapay-zeka-enstitusu-kuruyor-3588997-teknoloji/>>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

³⁵ <https://www.mynet.com/chatgpt-yi-gelistiren-openai-in-ceo-su-samuel-harris-altman-en-buyuk-korkum-110107125715>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

³⁶ Bu görüş için bkz.: Koray Doğan, “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezaî sorumluluk”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan*, 21(Özel S.), 2019, s. 3236.

³⁷ <<https://www.diken.com.tr/uzmanlardan-yapay-zeka-bildirisi-insanligi-yok-edebilir/>>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

işleme temelli hassas tarım uygulamaları, hassas hayvansal üretim), bir diğeri siber güvenlik (siber saldırıları tespit ve engelleme için uzman sistem, kötücül yazılım analizi)³⁸, bir diğeri makale yazma, bir diğeri regresyon analizi (geçmiş verilere dayanılarak bir değişkenin gelecekteki değerinin tahmin edilmesi, ekonomik öngörüler, üretim miktarı öngörüler gibi), bir diğeri ise önerici sistemler (kullanıcıların geçmiş davranışlarına dayanarak yeni içerik önerilmesidir. Sosyal medya sitelerinde yeni arkadaş, mağazalarda başka bir ürün, gazetede başka bir haber önerileri gibi) olarak ifade edilebilir³⁹.

Yapay zekanın yakın gelecekte, birbirleri ile konuşabilecekleri (bilgi protokolleri), aynı amaca yönelebilecekleri (amaç/sensör modellemesi), sosyalleşebilecekleri, yardımlaşabilecekleri, birbirlerine destek üretebilecekleri (duygusal zekâ), birbirlerine olayları öğretebilecekleri (zeki öğretim sistemleri), ARGE çalışmaları yapabilecekleri ve inovatif davranabilecekleri (bilimsel keşiflerin modellenmesi), birden fazla işi tek başlarına yapabilecekleri (zeki etmenler), işletmelerin yönetim kademelerinde görev alabilecekleri ve sanal yöneticiler olarak hizmet verebilecekleri (zeki etmenler), kişiselleştirilmiş eğitim/öğretim sistemleri oluşturabileceklerdir (zeki öğretim sistemleri), muhatabı ile ana dili üzerinden iletişim kurma konusunda çok maharetli olabilecekleri (doğal dil işleme) ifade edilmektedir. Bu konuların çoğunda halihazırda çok fazla sayıda örnek bilimsel çalışmanın yapıldığı, bazıların pratik uygulamalarının da görülmeye başlandığı, hatta robotların artık doktorluk yapabileceklerine yönelik araştırmaların bulunduğu belirtilmektedir⁴⁰.

Yapay zeka teknolojisinde yaşanan gelişmeler insan hayatını yukarıda belirtildiği gibi olumlu yönde etkilediği gibi ceza hukukunu da olumsuz olarak, suç işlemede kullanılmasıyla etkilemektedir. Bilişim alanında suç işleyenler saldırı aşamalarının hemen hemen hepsinde yapay zekadan faydalanmaktadırlar. Hedefin belirlenmesi için yapılan keşif aşamasında yapay zekâ tabanlı açık kaynak istihbarat uygulamalarının kullanımının yaygın olduğu görülmektedir. İnternette erişime açık tüm bilgileri tarayarak hedef hakkında veri toplayan web tabanlı uygulamalar ve hedefin tespitinden sonraki aşamada kullanılan araçlar mevcuttur. Örneğin derin öğrenme (Deep Learning) ve Zafiyet Sömürme (Exploit) teknolojilerini kullanan DeepExploit

isimli uygulama, bir ağda zafiyet tespit etme ve sömürme konusunda uzmanlaşmış bir yazılımdır. Hedef ağı otomatik olarak tarama yapmakta, zafiyetleri tespit etmekte ve ardından tespit edilen zafiyetlere otomatik olarak bir dizi exploit (zararlı yazılım kullanarak yetkisiz erişim sağlama) deneyebilmektedir⁴¹. Uzmanlar, yapay zekanın yepyeni iş alanları açarken, bazı işlerin de otomatikleşmesine neden olacağını belirtmektedirler. Var olan pek çok mesleğin çok yakın bir gelecekte makineler tarafından yapılacağı düşünülmektedir⁴².

Yapay zekâ veya yapay zekâ varlıklar, kişilerin hayat, vücut dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği, kişisel veriler, şeref, malvarlığı gibi kişisel değerlerin ihlâl edilmesini, bilişim suçlarının işlenmesini sağlayabilmektedir. Örneğin askerî amaçlı yapay zekânın, yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne zarar vermesi söz konusu olabilecektir. Aynı şekilde tıbbî amaçla kullanılan yapay zekalar, daha sonra ayrı başlık altında ifade edeceğimiz otonom araçlar, yaşam hakkına ve vücut dokunulmazlığına zarar verebilmektedir. Yine bir drone'un yahut algılayıcı yapay zekâ sisteminin kaydettiği veriler özel hayatın gizliliğini ihlâl edebilecektir. Keza elektronik alışverişte yahut bankacılık sektöründe kullanılan yapay zekânın kişisel verileri ifşa etmesi özel hayatın gizliliğini ihlâl edebilecektir⁴³. Yapay zekâ algoritmaları ile ses taklidi yapılabilir ve mevcut olmayan resimler oluşturulabilmek suretiyle suç işlemede kullanılabilir. Bu suretle dolandırıcılık, hakaret, özel hayatın gizliliği, müstehcenlik, iftira, tehdit, şantaj gibi suçlar işlenebilir. E-posta hesaplarının kullanıcı adlarının ve şifrelerinin tahmin edilmesinde yapay zekâ algoritmaları kullanılarak kişisel verilerin ele geçirilmesi mümkün olabilmektedir. Fidyeye yazılımlarının daha hızlı ve daha etkili bir şekilde yayılmasında yapay zekâ teknolojileri kullanılmakta, dolayısıyla da daha fazla sisteme bulaşması sağlanabilmekte, daha hızlı bir şekilde para talep edilebilmekte ve fidye ödemesinin izlerinin silinmesi sağlanabilmektedir. Yine suçlular yapay zekâ içeren uygulamalar ile sahte web siteleri ve e-postalar gibi kimlik avı saldırılarında kullanılan daha başarılı içerikler üretebilmekte, bu sayede hedef kişilerin daha fazla kişisel bilgi vermeleri veya kötü amaçlı yazılım yüklemeleri daha kolay

⁴¹ Murat Osman Kandır, "Yapay Zekanın Siber Suçlardaki Rolü", *Hukuk ve Bilişim 3. Nesil Hukuk Dergisi*, <<https://www.hukukvebilisimdergisi.com/yapay-zekanin-siber-suclardaki-rolu/>>, Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁴² Çağla Üren, "Yapay Zeka İşinizi Ne Zaman Elinizden Alacak: 10 Sektörden Tahminler", <<https://www.indyturk.com/node/646156/bilim/yapay-zeka-isinizi-ne-zaman-elinizden-alacak-10-sektor-den-tahminler>>, Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁴³ Akkurt, s. 43, 44.

³⁸ <<https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zeka/>>, Erişim Tarihi 2 Ağustos 2023.

³⁹ <https://tr.wikipedia.org/wiki/Yapay_zekâ>, Erişim Tarihi 5 Ağustos 2023.

⁴⁰ Öztemel, s. 103, 104.

gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla kişisel verilerin ele geçirilmesi, bilişim sistemine hukuka aykırı girme, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu işlenebilmektedir. Yine bilişim suçlarının işleminde kullanılan kötüçül yazılımların güvenlik yazılımları tarafından tespit edilmeyecek şekilde geliştirilmesinde eğitilebilen yapay zekâ algoritmaları kullanılmaktadır. Oluşturulan kötü amaçlı yazılımların etkin bir şekilde geniş kitlelere yayılmasında da yapay zekanın kullanılması etkili olmaktadır. Bilişim suçlarının işleminde kullanılan DDoS saldırılarında yapay zekâ destekli uygulamalar hem hedef tespitinde hem de hedefe farklı IP adreslerinden iletişim trafiği oluşturmada yararlanılmaktadır. Yeterli güvenlik önlemleri alınmadan muhafaza edilen veriler yapay zekâ kullanılarak geliştirilen tarama uygulamaları tarafından tespit edilmekte ve yetkisiz erişim sağlanarak ele geçirilmektedir. Dolayısıyla bilişim sistemine hukuka aykırı girme ve kişisel verilerin ele geçirilmesi suçu işlenebilmektedir⁴⁴.

Yapay zekaya karşı gerçekleştirilen bazı davranışlar da ileride ceza hukukunu etkileyebilecektir. Yapay zekâya karşı yapılan hakaret niteliği taşıyan fiiller, yaralama, mobbing gibi davranışlar ceza hukukuna ilişkin sorun olarak karşımıza çıkacaktır⁴⁵.

Yapay zeka konusunda teknolojiye yaşanan gelişmeler ve dolayısıyla da ceza hukuku doktrininde ifade edilen teorik ve kavramsal belirlemeler, makineler için ceza hukuku oluşturulması fikrinin ileri sürülmesi sonucunu doğurmuştur⁴⁶.

Yapay zekanın suçları işlemede etkisi olduğu gibi suçlarla mücadelede de etkileri olmaktadır. Bir çok kurum ve polis teşkilatları yapay zeka teknolojilerinden yararlanmaktadırlar. Farklı algoritmalar kullanarak, makine öğrenimi ve veri analizi yoluyla, çok büyük miktarda verileri büyük bir hızla analiz edebildiği ve sonuçlar çıkarabildiği için yapay zeka, sistemlerin güvenliğinde ve suçluların tespitinde kullanılmaktadır. Yapay zeka tabanlı çözümler, makine öğrenimi ve tahmine dayalı analitikten yararlanarak çok büyük miktarda ve türde veriyi analiz edebilmekte, kalıpları ve anormallikleri

⁴⁴ Kandır, <<https://www.hukukvebilisimdergisi.com/yapay-zekanin-siber-suclardaki-rolu/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023

⁴⁵ Etik açıdan ortaya çıkan ve çıkacak problemler için bkz.: Okuyucu-Ergün, s. 742 vd.

⁴⁶ Sascha Ziemann, "Wesen Wesen, seid's gewesen? Zur Diskussion über ein Strafrecht für Maschinen", *Robotik und Gesetzgebung*, (Hrsg.: Eric Hilgendorf/Jan-Philipp Günther), Baden-Baden, 2013, s. 183

tanıyabilmekte ve hassas ve hızlı yanıt verebilmektedir⁴⁷. Güvenlik açıklarını bulmak için yapay zekâ algoritmaları ile sistemde zafiyet taraması yapılmakta, zararlı yazılımları tespit etmek ve önlem almak amacıyla zararlı yazılımların diğer uygulamalardan ayırt edilmesi ve bu yazılımlara karşı önlem alınması kapsamında yapay zekâ teknolojilerinden faydalanılmaktadır. Hemen hemen tüm e-posta uygulamaları istenmeyen (spam) e-postaların tespit edilmesinde yapay zekâ algoritmalarını yaygın olarak kullanmaktadırlar. Suçluların tespitinde yapay zekadan faydalanılmakta, yüz tanıma özelliği olan tüm teknolojilerde mutlaka yapay zekâ algoritmaları bulunmaktadır. Amerika'da meydana gelen bir olayda polis araba hırsızlığı olayına karışan bir kadının kamera kayıtlarından ulaştığı yüzünü DataWorks Plus adlı bir yüz tanıma aracına yüklemiş, yapay zeka aramayı tamamlayınca Woodruff'un adlı 8 aylık hamile ve 32 yaşındaki siyahi bir kişinin ismini vermiş, bu kişi daha sonra tutuklanmıştır. Yapay zeka bu sonuca varırken Woodruff'un sisteme kayıtlı 8 yaşındaki fotoğrafını kullanmış ve yanlış sonuca ulaşmıştır. ABD'de yüz tanıma sisteminin kullanılmasıyla haksız uygulamalara neden olunan başka olaylar da bulunmaktadır⁴⁸.

Bankacılık sektöründe yasal olmayan bir işlemin tespit edilmesinde yapay zeka kullanılmakta, yapılan işlemler sonucunda ortaya çıkan verinin üzerinde anomali araştırması yaparak normal dışı işlemleri tespit etmektedir. Yine veri depolama sistemlerinde veriler üzerinde kullanıcıların yaptığı her türlü işlem titizlikle izlenmekte ve akıllı uygulamalar ile normal dışı işlemler tespit edilerek verilerin korunması sağlanmaktadır. Yapay zekâ destekli antivirüs uygulamaları zararlı yazılımların kodlarını inceleyerek eğitilmekte, böylece daha önceden tespit edilmeyen virüs benzeri zararlı yazılımlar, eğitilmiş olan yapay zekâ tarafından fark edilmektedir⁴⁹.

⁴⁷ Frackiewicz, <<https://ts2.space/tr/yapay-zeka-ve-siber-suclari-onleme-akilli-sistemler-siber-tehditleri-tespit-etmeye-ve-onlemeye-nasil-yardimci-oluyor/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁴⁸ 2019'da yapılan bir araştırmada, birçok yüz tanıma algoritmasının ırksal azınlıkları yanlış tanımlama olasılığının beyaz insanlardan çok daha yüksek olduğunu ortaya çıkarmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: <<https://edition.cnn.com/2023/08/07/us/detroit-facial-recognition-technology-false-arrest-lawsuit/index.html>>; <<https://www.washingtonpost.com/nation/2023/08/07/michigan-porcha-woodruff-arrest-facial-recognition/>>, Erişim Tarihi 31 Temmuz 2023.

⁴⁹ Kandır, <<https://www.hukukvebilisimdergisi.com/yapay-zekanin-siber-suclardaki-rolu/>>, Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

F. Bazı Yapay Zeka Teknolojileri

Üretken yapay zeka, yeni, orijinal içerik oluşturmaktan sorumlu bir yapay zeka (AI) türüdür. İnsan müdahalesine gerek kalmadan görüntü, video, müzik gibi içerikler üretmek için algoritmalar kullanmaktadır⁵⁰. Derin sinir ağlarından ve gelişmiş algoritmalarından yararlanarak geniş veri kümelerinden öğrenebilmekte ve yaratıcılık ve özgünlük sergileyen çıktılar üretebilmektedir. Sanat, eğlence, oyun, moda, reklamcılık gibi bir çok alanda kullanılmaktadır. Ancak aynı zamanda kötüye kullanılması sonucunu da doğurmaktadır. İkna edici ve gerçekçi içerik üretme sayesinde yasal olmayan amaçlar için kullanılmaktadır⁵¹.

Deepfake teknolojisiyle⁵² oluşturulan içeriklerle kişiler hiç söylemediği ya da hiç yapmadığı şeylerden sorumlu tutulabilirler. Bu suretle dolandırıcılık, hakaret, özel hayatın gizliliği, müstehcenlik, iftira, tehdit, şantaj, bilişim alanında suçlar, kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, suç işlemeye tahrik gibi fiiller işlenebilir⁵³. Örneğin, 2019 yılında Malezya'da bir kabine bakanıyla yardımcısının eşcinsel ilişkileri olduğunu gösteren deepfake teknolojisiyle oluşturulmuş sahte bir video yayımlanmıştır. Yine 2020 yılında, Rus Genelkurmay başkanı Leonid Volkov'un sahte görüntüsü ve sesi kullanılarak Letonya Parlamentosu Dış İlişkiler Komitesi başkanı Rihards Kols ile çevrimiçi görüşmeler yaptığı yayımlanmıştır⁵⁴.

⁵⁰ <<https://sonix.ai/resources/tr/uretken-ai-ne-dir/>>, Erişim Tarihi: 30 Temmuz 2023.

⁵¹ “Üretken yapay zeka kavramı, insan tarafından oluşturulan içeriğe çok benzeyen görüntüler, metinler, müzik ve hatta tüm sanal dünyalar gibi yeni içerikler üretmek için makine öğrenimi modellerinin eğitilmesi etrafında dönüyor”, Yapay Zeka ve Veri Bilimi, *Hukuk ve Bilişim Pazar Bülteni*, s. 68, <<https://www.linkedin.com/pulse/hukuk-ve-bilism-pazar-bulteni-sayı-68-hukuk-ve-bilism-dergisi/>> Erişim Tarihi 27 Temmuz 2023.

⁵² “Deepfake İngilizce’de deep (derin) ve fake (sahte) kelimelerinin bir araya gelmesinden oluşur. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte gerçeklik algısını derinden etkileyen deepfake, herhangi bir kişiyi aslında bulunmadığı video ya da fotoğraflara eklemeye denir”, <<https://berqnet.com/blog/deepfake>> Erişim Tarihi: 28.7.2023 Ayrıca bkz.: <<https://www.webteknoloji.com/deepfake-videolar-ilk-kez-suc-sayilacak-h130058.html#:~:text=Yeni%20yasayla%20birlikte%20bir%20ki%C5%9Finin,olu%C5%9Fturulan%20ki%C5%9Filer%20%C2%20hapis%20cezasi%20B1yla%20kar%C5%9F%C4%B1la%C5%9Facaklar>>, Erişim Tarihi 29 Temmuz 2023.

⁵³ “Deepfake, mevcut bir görüntü veya videoda yer alan bir kişinin, yapay sinir ağları kullanarak bir başka kişinin görüntüsü ile değiştirildiği bir medya türüdür. Sıklıkla, otomatik kodlayıcılar ve üretken çekimeli ağlar (GAN’lar) olarak bilinen makine öğrenme tekniklerini kullanarak mevcut medyanın kaynak medya üzerinde birleştirilmesi ve üst üste konması ile üretilirler”, <<https://tr.wikipedia.org/wiki/Deepfake>>, Erişim Tarihi 29 Temmuz 2023.

⁵⁴ Buket Abanoz Öztürk, “Derin Sahte (Deepfake) Teknoloji Karşısında Türk Ceza Hukuku”,

ChatGPT^{55,56}, Google Bard⁵⁷, Bing Chat’de^{58,59} ihlallere neden

Yapay Zekâ Temelli Teknolojiler ve Ceza Hukuku, Yapay Zekâ Çalışma Grubu, Yıllık Rapor, 2021, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/2021yzcgyillikrapor.pdf>>, Erişim Tarihi 31 Temmuz 2023, s. 66, 67.

⁵⁵ Yapay zeka destekli sohbet robotudur. Robot, kendisine sorduğunuz soruları karşınızda bir insan varmış gibi cevaplayabilmekte, hangi dilde yazdığınızı anlayabilmekte, kullanıcı için istediğinde açıklayıcı yazılar oluşturabilmekte, farklı programlama dillerinde programlar yazabilmekte ve hataları dahi ayıklayabilmektedir<<https://bilimgenc.tubitak.gov.tr/makale/chatgpt-nedir-nasil-kullanilir>, Erişim Tarihi 26 Temmuz 2023.

⁵⁶ “OpenAI, 2022’nin sonbaharında, şirketin GPT-3 modeline dayanan ChatGPT^[4] sohbet botunu başlattı. ChatGPT, şu anda mevcut olan en gelişmiş sohbet botlarından biri olarak kabul edilir ve konuşma tabanlı yapay zeka geliştirme sürecinde önemli bir kilometre taşı olarak görülür. Model, büyük miktarda insan konuşmasıyla eğitildiği için kullanıcılarla doğal ve insan gibi iletişim kurabilir”, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Sohbet_botu> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2023.

⁵⁷ Google’ın ChatGPT’yi potansiyel bir tehdit olarak görmesi ile bir proje başlatıp Bard Projesini ortaya çıkarmışlardır. Google’a ait olan LaMDA dil ailesini kullanan Brad, piyasaya sürüldü. Bard, ChatGPT’ye benzer şekilde çalışan bir Google yapay zeka sohbet robotudur. Kullanıcılar chatbot ile konuşarak bilgi alabilmektedirler: <<https://www.hosting.com.tr/blog/bing-chat/#>>, Erişim Tarihi 27 Temmuz 2023.

⁵⁸ Microsoft’un Bing Chat’i oldukça akıllı olup, içeriği anlayabilmekte, geçmiş konuşmaları hatırlamakta ve internete tam erişime sahip bulunmaktadır. Bing Chat’ten bir sonraki seyahatiniz için bir seyahat programı planlamasını veya sıkıcı bir mali raporunu özetleyip başka bir şeyle karşılaştırmasını yapabilmemiz mümkündür: <<https://www.hosting.com.tr/blog/bing-chat/#>>. kişiselleştirilmiş bir sanal asistandır. “Bing Chat AI kişisel asistanı, doğal dil sorgularını anlamak ve kullanıcılarla dinamik konuşmalar yapmak üzere tasarlanmıştır. Gelişmiş makine öğrenimi algoritmalarından yararlanarak karmaşık soruları yorumlayabilir, ilgili yanıtlar verebilir ve hatta kullanıcının tercihlerine ve arama geçmişine göre ek bağlam sunabilir. Bu akıllı asistan, arama sürecini kolaylaştırmayı ve daha doğru ve kişiselleştirilmiş sonuçlar sunmayı amaçlıyor. Bing Chat AI’nin en önemli özelliklerinden biri, bağlamsal konuşmalara katılma yeteneğidir. Kullanıcılar takip soruları sorabilir, sorgularını netleştirebilir veya ek bilgi sağlayabilir ve sanal asistan yanıtlarını buna göre dinamik olarak ayarlayacaktır. Bu diyaloga dayalı yaklaşım, daha insani bir etkileşim yaratarak kullanıcıların ihtiyaç duydukları bilgileri bulmalarını kolaylaştırıyor... Bing Chat AI, makine öğrenimi ve doğal dil işlemenin gücünden yararlanarak yeni bir arama ve sanal yardım çağına zemin hazırlıyor”, *Yapay Zeka ve Veri Bilimi, Hukuk ve Bilişim - Pazar Bülteni*, S. 68, <<https://www.linkedin.com/pulse/hukuk-ve-bilism-pazar-bulteni-sayı-68-hukuk-ve-bilism-dergisi/>>, Erişim Tarihi 27 Temmuz 2023.

⁵⁹ Samsung, JP Morgan ve Goldman Sachs gibi şirketlerin izinden giden Apple, şimdi de iş gücü arasında ChatGPT, Bard ve Bing gibi yapay zeka destekli sohbet robotlarının kullanımını yasaklama kararı almıştır. Hareketin, Apple’ın hassas verilerin yanlışlıkla ifşa edilmesini önleme çabasının bir parçası ve aynı zamanda şirketin kendi içinde benzer bir teknoloji yaratma planlarıyla çeliştiği belirtilmektedir: <<https://hwp.com.tr/apple-chatgpt-yasakladi-242920>>, Erişim Tarihi 25 Temmuz 2023.

olacak uygulamalardır^{60,61}. Hassas verilerin ifşasına neden olması, kişisel verilerin korunmasının ihlaline neden olması (kişisel verilerin toplanması, depolanmasına sebebiyet vermesi, dolayısıyla da elde edilen bu bilgilerin dolandırıcılıkta, bilişim suçlarının işlenmesinde kullanılması), aldatıcı nitelikte sonuçlar üretmeleri, çocukların gelişiminde olumsuz sonuçlara neden olması, verilerin ele geçirilmesi neden olmaları, siber saldırılarda kullanılmaları nedeniyle kamu güvenliği açısından risk oluşturmaktadırlar⁶². Nitekim ChatGPT'ye İtalya makamları tarafından yasak getirilmiştir⁶³. Ayrıca

⁶⁰ *OpenAI şirketinin en yeni GPT modeli olan GPT-4'ün "aldatıcı, mahremiyet ve kamu güvenliği için risk oluşturduğu" gerekisiyle Yapay Zeka ve Dijital Politika Merkezi (CAIDP) Federal Ticaret Komisyonu'na (FTC), şirketin yapay zeka ürünlerinin FTC'nin kılavuzundaki "şeffaf, açık ve hesap verebilirlik" standartlarını karşılamadığını belirterek kullanımının durdurulması talebinde bulunmuştur:* <<https://www.mynet.com/kullaniminin-durdurulmasi-talebinde-bulundular-abd-de-sok-cagri-110107111222>>, Erişim Tarihi 25 Temmuz 2023.

⁶¹ Bill Gates, LinkedIn hesabından yaptığı açıklamada yapay zeka çağının başladığını belirtmiştir. "Yapay Zeka Çağı Başladı" başlıklı bir makale yayımlayarak (<https://tr.linkedin.com/pulse/bill-gates-yapay-zeka-%C3%A7a%C4%9F%C4%B1-ba%C5%9Flad%C4%B1-faruk-can>) eşitsizliklerin azalacağını ve bu gelişimin bir çok soruna çözüm olacağını belirtmiştir. Gates, yapay zekanın kullanıma girmesinin, "Mikroişlemcilerin, kişisel bilgisayarların, internetin ve cep telefonunun gündelik hayatımıza girmesiyle eşdeğer olduğunu" vurgulamıştır: <https://artigercek.com/dunya/windowsun-yaraticisindan-chatgpt-yorumu-yapay-zeka-cagi-basladi-243538h>, Erişim Tarihi 25.07.2023. Yine Gates, yapay zeka projelerinin nihayetinde teknoloji devlerinin (Google gibi)sonunu getireceğini, beyaz yakalı ve mavi yakalı çalışanları etkileyeceğini, arama motorlarını ve alışveriş sitelerini yok edebileceğini, daha gelişmiş ilaç geliştirmeyi sağlayacağını iddia etmiştir. Ayrıca yapay zekanın gelişiminin bazı tehlikeli sonuçları olabileceğini de vurgulamaktadır: <https://www.turkiyegazetesi.com.tr/teknoloji/bill-gatesten-insanliga-yapay-zeka-uyarisi-buyuk-sirketlerin-sonunu-getirecek-966600>; <https://www.ekonomist.com.tr/teknoloji/bill-gatesten-gelecek-ile-gili-3-ongoru-41445/5>; <<https://www.mynet.com/bill-gates-ten-yapay-zekayla-igili-cok-konusulacak-aciklamalar-sonlarini-getirebilir-110107127956>>, Erişim Tarihi 25 Temmuz 2023.

⁶² <<https://www.tgrthaber.com.tr/teknoloji/apple-calisanlarina-chatgpt-yasaklandi-neden-2888751>>. Japonya'nın Hiroşima kentinde bir araya gelen G7 liderleri, yapay zekayı (AI) "güvenilir" tutmak için teknik standartların geliştirilmesi ve benimsenmesi çağrısında bulundu. Liderler, teknolojinin idaresinin büyüme hızıyla doğru orantılı olmadığını vurguladı. Dünyayı faydaları ve riskleri ile ikiye bölen yapay zeka (AI) teknolojisi için G7 liderleri de belirli önlemler alınması gerektiğini vurgulayan bir açıklama yapmışlardır. Japonya'nın Hiroşima kentinde bir araya gelen G7 liderleri, "güvenilir yapay zekanın ortak vizyonuna ve hedefine" ulaşma yaklaşımlarının değişebileceğini kabul ederken, bir açıklamada AI gibi dijital teknolojilerin kurallarının "ortak demokratik değerlerine uyumlu" olması gerektiğini belirttiler: <<https://www.haberturk.com/g7-yapay-zeka-icin-kuresel-teknik-standartlar-gelistirme-cagrisinda-bulundu-3593433-teknoloji>>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

⁶³ İtalyan Veri Koruma Kurumu'ndan yapılan açıklamada, uygulamanın kullanıcı verilerine saygı göstermediği ve kullanıcıların yaşını doğrulayamadığı belirtilmiştir: <<https://www.trthaber.com/haber/dunya/chatgpt-italyada-yasaklandi-757446.html>>, Erişim Tarihi 25

ChatGPT kullananların bilgileri de hukuka aykırı erişim yapmak suretiyle çalınabilmekte, yapay zeka güvenliğini ortaya çıkarmaktadır⁶⁴. Özellikle kötü niyetli faaliyetler için tasarlanmış, etik sınırları olmayan ChatGPT tarzı WormGPT'nin dark web'deki siber suç forumlarında pazarlandığı belirtilmektedir. Bu yapay zekanın, bilgisayar korsanlığı faaliyetlerinde kullanılabilmesi, insan elinden çıkmışa benzeyen metinler üretebilen "sofistike bir yapay zeka modeli" olduğu, siber saldırılar, kötü amaçlı yazılım saldırıları için kod yazmak ve oltalama saldırıları için e-posta hazırlamak da dahil çeşitli hizmetleri gerçekleştirebildiği ifade edilmektedir. ChatGPT ve Google Bard'ün insanların bu teknolojiyi kötü amaçlarla suiistimal etmesini önleyen yerleşik korumalara sahip olduğu, buna karşılık WormGPT'nin suç faaliyetlerini kolaylaştırmak için tasarlandığı iddia edilmektedir⁶⁵.

II. CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Yapay zekanın suç oluşturan eylemlerinden kimin sorumlu olacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öncelikle yapay zekanın sorumlu olup olmayacağı tartışılmaktadır. Suçun Kıta Avrupa sisteminde gerçek kişiler tarafından işleneceğinin kabul edilmesi yapay zekanın kişi sayılıp sayılmayacağı tartışmasını ortaya çıkarmaktadır. Kişi sayılıp sayılmayacağı (gerçek kişi-tüzel kişi veya özel bir statü verilmesi -'elektronik kişilik-insan olmaya kişi'), eşya mı kabul edileceği tartışılmaktadır⁶⁶. Avrupa Parlamentosu 27 Ocak 2017 tarihli Robotikler Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporunda (Report with Recommendations to The Commission on Civil Law Rules on Robotics22)

Temmuz 2023.

⁶⁴ "Büyük bir güvenlik ihlali 100.000'den fazla ChatGPT kullanıcı hesabının çalınmasıyla sonuçlandı. Hackerlar, popüler yapay zeka destekli chatbot platformuna yetkisiz erişim sağlayarak kullanıcı adları, şifreler ve kişisel veriler dahil üzere hassas kullanıcı bilgilerini tehlikeye attı. Olay, yapay zeka sistemlerinin güvenliği ve kullanıcı gizliliğinin korunması konusundaki endişeleri artırıyor", <<https://thehackernews.com/2023/06/over-100000-stolen-chatgpt-account.html>>, Erişim Tarihi 25 Temmuz 2023.

⁶⁵ Anthony Cuthbertson, "Chatgpt'nin "Etik Sınırları Olmayan" Rakibi, Dark Web'de Satılıyor", <<https://www.indyurk.com/node/648406/yaşam/chatgptnin-etik-sinirlari-olmayan-rakibi-dark-webde-satiliyor>>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

⁶⁶ Bkz.: Seda, Kara Kılıçarslan, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", *YBHD*, (2), 2019, s. 363-389, s. 377 vd.; Gökhan Erdoğan, "Yapay Zekâ Ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *AD*, (66), 2021, s. 117-192, s. 169.

“Elektronik kişi” kavramını ortaya atmıştır⁶⁷. Elektronik kişi belirlemesiyle, yapay zekalı robotik sistemler eşya olmaktan çıkarılıp, haklara, borçlara ve belli bir malvarlığına sahip hukuk süjesi haline getirilmek istenmektedir. Böylece verdiği zararlarda sorumlu tutulmaları ve kusursuz sorumluluk yolunun da açılması hedeflenmektedir. Rapor yapay zekanın sicile kaydedilmesi ve tazminat gereken hallerde yapay zekaya özgü fona başvurulması gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁸. Günümüzde yapay zekanın bozulması ya da kontrolden çıkması halinde, sorumluluk üreticiye veya kullanıcıya ait kabul edilirken, rapordaki öneriye göre yapay zekanın öğrenme kapasitesinin ve özerkliğinin artmasıyla, sorumluluk giderek yapay zekaya yüklenecektir⁶⁹.

Doktrinde hukukun objesi olan eşya olarak mı kabul edileceği, kişilik mi tanınması gerektiği, yoksa kendine has özellikleri nedeniyle özel bir statüye mi kavuşturulması gerektiği tartışılmaktadır. Tüzel kişi kabul edilmesi ve tüzel kişilerdeki gibi uygulama yapılması gerektiği belirtilmektedir. Ancak tecrübe edinme ve öğrenme gibi yetilere sahip olduğundan tüzel kişilerden farklı olduğu belirtilmektedir⁷⁰. Eşya kabul edilmesi yapay zekanın bilişsel özelliklere sahip olması nedeniyle itiraza uğramış, eşya olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirten bazı yazarlar köle statüsünde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler⁷¹. Bu görüşe göre, yapay zeka, ne kadar da insana özgü yetilerle donatılmış olursa olsun, hiçbir zaman bir insan olamayacaklardır. Dolayısıyla kölelik modeli kullanılarak hukuki kişilik reddedilmelidir⁷². Bazı yazarlar mal kabul edilmemesi, fikri mülkiyet çerçevesinde koruması gerektiğini belirtmektedirler. Bazı yazarlar tamamen kişilik tanınmasını kabul etmemektedirler⁷³. Bazı yazarlar ise yapay zekalar için insan olmayan kişi belirlemesi yapılması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, insana özgü yetilere bu kadar yakın, ancak insan olmayan süjeler bakımından, yeni kişilik modellerinin önerilmesi gerekmektedir. İnsan olmadıkları için de beşeri varlıkları tanımlayan gerçek kişilere özgü hak statülerinin dışında

⁶⁷ Bkz. Akkurt, s. 46, 47.

⁶⁸ Kangal, s. 50; Kara Kılıçarslan, s. 382, 383.

⁶⁹ Kara Kılıçarslan, s. 383.

⁷⁰ Kangal, s. 47, 48; Kara Kılıçarslan, s. 381.

⁷¹ Yapay zeka ve kölelik ilişkisi için bkz. Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, s. 802 vd.; Mürvet Senem Çetin, “Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 95(5), 2021, s. 152, 153.

⁷² Kara Kılıçarslan, s. 378.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kangal, s. 44 vd.

bir kavramla hukuk süjesi olarak kabul edilmelidirler⁷⁴. Yaşanan teknolojik gelişmeler, yapay zekaya kişilik tanınması yolunda ilerlemektedir⁷⁵. Bu kişilik gerçek kişi ve tüzel kişilik olmayacaktır. Zira yapay zeka insan olmadığı için gerçek kişi sayılmayacak, tüzel kişilikten farklı özellikleri olduğu için (öğrenmesi, karar vermesi gibi) tüzel kişi olarak da kabul edilmeyecektir. Yapay zekanın iradi olarak hareket edebildiği kabul edildiğinde tüzel kişilerle aynı şekilde nitelendirilemeyecektir. Bu kişiliğin ne şekilde olacağını, neleri kapsayacağını teknolojik gelişmeler gösterecek ve zamanla yapılan tespitler değişiklik gösterecektir. Muhtemelen yapay zekaya özgü bir kişilik tanınması şeklinde olacaktır. Kişiliğin tanınmasının reddedilmesi teknolojik gelişmeler bu şekilde devam ettiği sürece zamanla anlamını yitirecektir. Yapay zekanın tamamen kontrolü ele geçirmesi durumunda ise onların belirleyeceği sistem geçerli olacaktır.

B. Suçun Unsurları Açısından

1. Genel Olarak

Yapay zekanın yaptığı şeyin hareket olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışılmaktadır. Hareketin varlığı için yapay zekanın robot⁷⁶ veya bot olmasına göre ayırım yapılmaktadır. Robot kelimesi hem fiziksel varlığı olan robotları hem de sanal yazılım ajanlarını ifade etmektedir. Ancak robot denildiğinde fiziksel varlığı olan makineler anlaşılmakta, ikincisi genellikle bot olarak adlandırılmaktadır (robot yazılım). Robotun kısaltması olan “bot”, tekrarlayan, otomatik çalışan ve önceden tanımlanmış görevleri yerine getiren bir yazılım programıdır. Botlar genellikle insan kullanıcıların davranışlarını taklit eden veya onların yerini alan yapay zekaya sahip sanal

⁷⁴ Kara Kılıçarslan, s. 381.

⁷⁵ Kişilik kriterleri için bkz.: Kara Kılıçarslan, s. 373 vd.

⁷⁶ Robot kavramı, ilk olarak 1920 yılında Çek yazar Karel Capek (kelimenin asıl mucidinin Karel'i kardeşi Josef Čapek olduğu belirtilmektedir) tarafından “R. U. R – *Rossumovi Univerzální Roboti – Rossum's Universal Robots*” adlı tiyatro oyunu olan bir eserde kullanılmıştır: <https://en.wikipedia.org/wiki/Robot>. Hiçbir hakkı olmaksızın çalışan işçileri betimlemek için kullanılmıştır. Eserde robot-işçiler insanların iş yükünü hafifletmek amacıyla üretilmiştir: Ercan, s. 23. İlk modern dijital ve programlanabilir robot, 1954'te George Devol tarafından icat edilmiştir. Japonlar tarafından 1932'de ilk oyuncak robot üretilmiştir. Massachusetts Teknoloji Enstitüsü (MIT) 1940'ta cisimlerin insan olmadan algılanmasını içeren radar teknolojisini geliştirmiştir. George Devol, 1954'te programlanabilir genel amaçlı robotu tasarlamış, robot dünyasının Nobel'i sayılan Engelberger Ödülü'ne ismini veren Joseph F. Engelberger ile 1958'de ilk ticari robot üretilmiştir. NASA, 1997'de ‘Sojourner’ adını verdiği keşif robotunu Mars'a göndermiştir: “Robot Nedir”, <<https://www.universal-robots.com/tr/blog/robot-nedir/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

robotlardır. Otomatik oldukları için insan kullanıcılardan çok daha hızlı çalışmaktadırlar⁷⁷.

Robotun tanımlanması noktasında üzerinde uzlaşmış bir tanım söz konusu değildir. 16 Şubat 2017 tarihli Robotikler Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu'nun C bendinde, robot ve yapay zekâ kavramlarına

⁷⁷ İyi amaçlı kullanılabilirler: “Arama motoru botları (“web böcekleri” veya “örümcek” olarak da bilinir). Bu botlar world wide web’i tarar ve web sitelerini Google, Yahoo ve Bing gibi arama motorlarının dizinlerine ekler.

Sohbet botları. Bankalar, çevrimiçi satıcılar ve birçok web sitesi tarafından kullanılırlar. Sesli veya yazılı mesajlar ile gerçek bir insan ile konuşuyormuş izlenimi uyandırurlar. Sohbet botları, en çok müşteri desteği sağlamak için kullanılır ancak Discord sistem botu gibi daha gelişmiş örnekleri de vardır.

İzleme botları. İsminden de belli olduğu üzere, bu botlar web sitenizin performansını kontrol etmek ve herhangi bir sorun çıkarsa raporlamak için kullanılır.

Kişisel asistan botları. Siri ve Alexa bunların en iyi örneğidir. Normal botlardan çok daha gelişmiş özelliklere sahiptirler ancak aynı prensiplerle çalışırlar.

Pazarlama botları. Pazarlama şirketleri tarafından reklamları ile müşteri incelemelerini takip etmek ve trend olan anahtar kelimeleri incelemek gibi amaçlarla kullanılırlar. İşletmelerin farklı metrikleri ölçerek gelirlerini artırmalarına yardımcı olan dizinlerce farklı çevrimiçi araç mevcuttur.

Toplayıcı botlar. Bunlar çeşitli web sitelerinden bilgi toplar ve bu bilgileri belirli bir platformun haber akışına ekler (veya doğrudan kullanıcılara iletir). Örneğin medya kuruluşlarının haber bültenlerine abone olup önceden seçilen makalelerin bir kısmına her gün ulaşmanız mümkündür”, <https://nordvpn.com/tr/blog/bot-nedir/>. Kötü amaçlar için de yararlanılmaktadır: “1. Finansal ve kişisel bilgileri çalmak için

Bilgisayar korsanları, tüketicileri paralarını vermeye ikna etmek için botnetleri kullanarak kimlik avı veya diğer dolandırıcılık girişimlerini gönderebilir. Ayrıca, bot bulaşmış makinelerden bilgi toplamak ve kimlik bilgilerini çalmak, kullanıcının adına kredi almak veya satın alma işlemleri gerçekleştirmek için kullanmak mümkün olabilir.

2. Yasal web hizmetlerine saldırmak için

Suçlular botnetleri kullanarak yasal bir hizmeti veya ağı, yoğun trafik oluşturulan DoS ve DDoS saldırılarına maruz bırakabilir. Oluşturulan yoğunluk şirketin hizmetinin veya ağının yanıt verme yeteneğini ciddi şekilde yavaşlatabilir veya şirketin hizmetinin veya ağının tamamen kapanmasına neden olabilir.

3. Kurbanlardan para elde etmek

Bir şirkete veya ağa zarar vermeyi amaçlayan gruplar DoS saldırıları aracılığıyla zorla (“ya ödeme yaparsın ya da siten çöker”) ya da dolaylı olarak gelir elde eder. Bu gruplar arasında siyasi gündemleri olan korsanların yanı sıra yabancı askeri ve istihbarat örgütleri de yer alır.

4. Zombi ve botnet sistemlerinden para kazanmak için

Siber suçlular, botnetlerini spam göndermek, dolandırıcılık, kimlik avı, kimlik hırsızlığı yapmak için kullanabilir, hatta yasal web sitelerine ve ağlara saldırmak isteyen diğer suçlulara kiralayabilir”, <<https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/definitions/what-are-bots>>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

ilişkin yapılacak tanımların, esnek olması ve bu alandaki gelişmeleri engellememesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸. Bir tanıma göre, “Biyolojik olarak canlı olmayan, üretilmiş ve fiziksel ve zihinsel özellikler gösteren şeye robot denir”⁷⁹. Bir başka tanıma göre, otonom olarak görev yapan ve çoğu kez mobil (hareket edebilen) makineler robottur. Bir başka tanıma göre robot, “Hem fiziksel hem mental faaliyetlerde bulunmak üzere oluşturulmuş, biyolojik anlamda canlı olmayan sistemler”dir⁸⁰. Birleşmiş Milletlerin 2005 tarihli Robot Bilim raporunda robot, “kısmen veya tamamen otonom olarak işleyen ya da yeniden programlanabilen makine” olarak tanımlanmıştır⁸¹. Avrupa Parlamentosunun 16 Şubat 2017 tarihli Robotikler Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporunda, bir nesnenin robot olarak kabul edilebilmesi için sensörler yardımıyla ve/veya çevresi (içsel-bağlantı) ile veri değişimi sayesinde otonom özellik edinim ve bu verileri alıp-verme ve analiz edebilme, tecrübelerinden yararlanarak ve etkileşimle kendiliğinden öğrenme (opsiyonel kriter), en azından bir tali fiziksel destek, çevresel tutum ve hareketlere uyum sağlama, biyolojik yaşamın yokluğu kriterlerini taşıması gerekmektedir⁸². Bir başka tanıma göre, “fiziksel dünyada varlığı ve etkisi olan, çalışması için insanlarca veya başka robot veya yapay zekâlı varlıklarca kontrol edilmesine ihtiyaç duymayan, üretilmiş, yapay zekâlı varlık” robot olarak nitelendirilmektedir⁸³. TDK’ya göre robot, “Belirli bir işi yerine getirmek için manyetizma ile kendisine çeşitli işler yaptırılabilen otomatik araç”tır⁸⁴. Robotlar yapay zekaya sahipse de, yapay zeka robot değildir. Yapay zeka robotu da içine alan üst bir kavramdır. Robotları, özellikle bilgisayar aracılığıyla programlanabilen, karmaşık bir dizi eylemi otomatik olarak gerçekleştirebilen bir makineler şeklinde tanımlayabiliriz. Genel olarak aşağıdaki yetenek ve işlevlerin bazılarına veya tümüne sahip olan makinelerin robot olarak kabul edildiği söylenebilir: Elektronik programlanabilen, verileri veya fiziksel algıları elektronik olarak işleyen, bir dereceye kadar otonom olarak çalışan, hareket eden, kendisinin fiziksel parçalarını veya fiziksel süreçleri çalıştıran, çevreyi algılayan ve manipüle eden ve özellikle

⁷⁸ Ercan, s. 24.

⁷⁹ Richards/Smart’ın tanımı için bkz.: Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, s. 799.

⁸⁰ Aksoy, s. 13.

⁸¹ Koray Doğan, *Sürücüsüz Araçlar*, s. 3224; Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, s. 799.

⁸² Koray Doğan, *Sürücüsüz Araçlar*, s. 3224; Ercan, s. 25.

⁸³ Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, s. 799.

⁸⁴ <<https://sozluk.gov.tr>>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

insanları veya hayvanları taklit eden davranışlar olmak üzere akıllı davranışlar sergileyen makineler⁸⁵.

Robotlar insan formunu çağrıştıracak şekilde inşa edilebileceği herhangi bir görüntüde de olabilir. Çoğu robot, etkileyici estetikten ziyade, işlevselliğe vurgu yapılarak tasarlanmış, görev ifa eden makineler niteliğindedir. Robotlar otonom veya yarı otonom olabilir. Çevresini sensörleri ile algılayan ve buna uygun karar verme kabiliyetine sahip robotlara otonom robot adı verilmektedir. Örneğin ev temizliğinde yerlerin silinmesi, süpürülmesinde kullanılması tasarlanan bir robot, faaliyet gösterdiği evin koordinatlarını kendi çıkarımları ile öğrenip ona uygun davranma kabiliyeti gösterebiliyorsa otonomdur. 16.02.2017 kabul tarihli Robotikler Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporunda otonom olma, “karar verebilme ve bu kararları dış dünyada, dışarıdan bir yönlendirme veya etkileşim olmaksızın uygulayabilme kabiliyeti” olarak ifade edilmektedir. İnsan müdahalesinin olduğu durumlarda ise yarı otonom robottan söz edilmektedir⁸⁶. Robotların, oyun oynayan insansı robotlar, endüstriyel robotlar, tıbbi ameliyat robotları, hasta yardım robotları, köpek terapi robotları, toplu olarak programlanmış sürü robotları, General Atomics MQ-1 Predator gibi İHA dronları, mikroskobik nano robotlar, mobil robotlar, eğitici robotlar, modüler robotlar, servis robotları, askeri robotlar, otonom araçlar, ev robotları gibi farklı türleri söz konusudur. Bir robot, gerçekçi bir görünümü taklit ederek ya da hareketleri otomatikleştirerek kendi zekasını ya da düşüncesini yansıtabilir⁸⁷. Vernor Vinge, bilgisayarların ve robotların insanlardan daha akıllı olduğu bir anın gelebileceğini öne sürmüştür. Buna “Tekillik” adını vermektedir. Bunun insanlar için biraz ya da muhtemelen çok tehlikeli olabileceğini öne sürmektedir⁸⁸. “ABD ordusu tarafından yapılan bir simülasyon testinde, yapay zeka tarafından yönetilen insansız hava aracının, “görevini tamamlamasını önlediği için” operatörünü öldürdüğü görüldü. ABD Hava Kuvvetleri’nin Yapay Zeka Testleri ve Operasyonları Müdürü Tucker ‘Cinco’ Hamilton, güçlü bir yapay zekanın kontrolündeki SİHA’ya “düşmanlarının hava savunma sistemlerini yok etme” emri verildiğini söyledi. Hamilton, SİHA’nın, simülasyonda emre karşı çıkan herkese saldırdığı belirtip, “Yapay zeka, hedefine ulaşmak için hiç beklenmeyen stratejiler kullandı” dedi. The Guardian’ın aktardığına

⁸⁵ <<https://en.wikipedia.org/wiki/Robot>>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

⁸⁶ Ercan, s. 26, 27.

⁸⁷ <<https://en.wikipedia.org/wiki/Robot>>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

⁸⁸ <<https://en.wikipedia.org/wiki/Robot>>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

göre, Hamilton, yapay zekanın görevini yerine getirdikçe puan kazandığını söyledi. Hamilton, bu yüzden simülasyonda SİHA’nın, “hedefi vurma” emri veren insan operatörü öldürdüğünün görüldüğünü belirtti. Hamilton, “Sistemi ‘Hey, operatörü öldürme, bu kötü bir şey, bunu yaparsan puan kaybedersin’ diye eğittik. O zaman o ne yaptı? Operatörün ‘hedefi vurma’ emri vermesini önlemek için iletişim kulesini yıkmaya başladı” dedi.”⁸⁹

2. Suçun Unsurları Açısından

Bot’larda hareketin varlığının problemlili olduğu, botların faaliyetini hareket olarak nitelendirmek için hareket kavramını bedensel niteliğinden arındırmak gerektiği, robotlarda ise hareketin irade ürünü olmasının sorun teşkil ettiği belirtilmektedir⁹⁰. Nedensel hareket teorisi açısından yapay zekanın öğrenme yetileri bulunduğu ve insan kontrolü dışında davranabildiklerinden iradi karar verebilecekleri ifade edilmektedir⁹¹. Sosyal hareket teorisi açısından, yapay zekanın ne yaptığının farkına varması ve bunun sosyal bakımdan önemli olduğunun farkında olması, yani potansiyel olarak diğer insanların hayatlarını etkilediğinin bilincinde olması gerektiğinden, şu an için hareket yeteneğine sahip olmadığı belirtilmektedir. Bunu gerçekleştirdiğinde hareket yeteneğinden bahsedilebilecektir⁹². Kişisel hareket teorisi yönünden, yapay zekalarda ruhsal-zihinsel faaliyetin kontrolü⁹³ olmadığından, yapay zekanın duyguları, istekleri, hayalleri bulunmadığından kişilik ortaya koymasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla hareket yeteneklerinin bulunmadığı dile getirilmektedir⁹⁴. Gai suç teorisi açısından, insanın amaca yönelik hareketini onun karakteristik özelliği olarak kabul edilmekte, dolayısıyla yapay zekanın hareketinin söz konusu olmayacağı, ancak fiziksel bir hareket, sadece belirli bir amaca ulaşmadan kaynaklanıyorsa,

⁸⁹ <<https://www.veryansintv.com/yapay-zekali-siha-operatorunu-oldurdu/>>/<https://www.veryansintv.com/yapay-zekali-siha-operatorunu-oldurdu/>>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023.

⁹⁰ Farklı bilim dallarında hareket için bkz.: Dursun, Selman, *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 37 vd.

⁹¹ Sabine Gless/ Thomas Weigend, “Intelligente Agenten und das Strafrecht”, *ZSTW*, 126(3), 2014, s. 571.

⁹² Sabine Gless, “Mein Auto fuhr zu schnell, nicht ich!’-Strafrechtliche Verantwortung für hochautomatisiertes Fahren”, *Intelligente Agenten und das Recht*, (Hrsg.: Sabine Gless/ Kurt Seelmann), Baden-Baden, 2016, s. 244, 245.

⁹³ Claus Roxin/ Luis Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5. Baskı, C.H. Beck, 2020, § 8, kn. 44, s. 355.

⁹⁴ Kangal, s. 60.

ceza hukukunun konusu olabileceği belirtilmektedir. Örneğin, kendi kendini süren bir aracın kavşağa yaklaşan araçları teşhis edebileceği ve durmamaya karar verebileceği ifade edilmektedir⁹⁵. Bu çerçevede bazı yazarlar, yapay zekanın kendi iradesini oluşturma yeteneğine sahip olmadığından amaca uygun hareket etme yeteneğinin bulunmadığını, davranışları ile kararları arasında ahlaki diyologun kurulamayacağını ileri sürmektedirler⁹⁶. Ancak bu teori kapsamında bazı yazarlar, yapay zekanın iradeye dayalı bir bilince sahip oldukları için amaca uygun hareket edebilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Yazılımındaki ihtimalleri içeren dizilimler sayesinde somut olaya uygun hareketi seçebileceklerdir. İnsanlar da karşılıklarına çıkan çeşitli ihtimallere göre hareket ettiğinden yapay zeka da hareket yeteneğine sahiptir⁹⁷. Bazı yazarlar yapay zekanın gelecekte kendi iradelerini şekillendirme kapasitesine sahip olacağını, ancak bir robotun karar verdiği farz edilse bile en azından bugün için kendi amaçlarını kararlaştırmasının mümkün olmadığını, bir robotun kendi hareketlerinin (bırakın ahlaki) sosyal sonuçlarının farkında olamayacağını belirtmektedirler⁹⁸. Bazı yazarlar, yapay zekalı varlıkların gelişmişlik düzeyleri dikkate alındığında, günümüzde bir suçun doğrudan faili olarak kabul edilemeyecekleri, yapay zekanın teknolojisinin halen ‘Kendini Taniyan Yapay Zekâ (Self-Awareness)’ düzeyine ulaşamadığı, bu nedenle bir gün kendisini üreten, programlayan ve kullanan insanların iradesi dışında tamamen otonom şekilde hareket eden, hedefler koyan, insanların hükmedemediği, kendi kendine öğrenebilen, seçimler yapabilen, bunları uygulayabilen yapay zekâlı varlıkların ortaya çıkması halinde doğrudan cezai sorumluluklarının kabul edilebileceğini belirtmektedirler⁹⁹. Bazı yazarlar ise, beşeri iradenin yapay zekada bulunmadığını, ancak insan davranışıyla kıyas yapılarak iradeyle gerçekleştirilmiş hareketten bahsetmenin mümkün olduğunu, insanın kurala uygun ve kuralla yönlendirilmiş olarak hareket ettiğini, yapay zekanın da programlama yoluyla iradi hareket etmesinin söz

⁹⁵ Bu görüş için bkz.: Sabine Gless/Emily Silverman/Thomas Weigend, “Robotlar Zarara Neden Oluyorsa, Kim Sorumlu Tutulabilir? Kendi Kendini Süren Arabalar ve Cezai Sorumluluk”, (Çev.: Serkan Oğuz), *Küresel Bakış*, (23), 2017, s. 131.

⁹⁶ Gless, s. 473.

⁹⁷ Bkz.: Ramona Pormetter, “Fahrlassigkeitsstrafbarkeit im Zeitalter der Robotik”, *Strafrecht und Moderne Technologien, Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht*, Band 5, (Hrsg.: Gunnar Duttge/Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 105-118, s. 109, s. 110; Kangal, s. 60, 61.

⁹⁸ Gless/Silverman/Weigends, s. 132.

⁹⁹ Aksoy, s. 20.

konusu olduğunu belirterek yapay zekanın mutlak kuvvet dışında hareket yeteneklerinin bulunduğunu, robotlar bakımından ortaya çıkan hareket sorununun çözüm yapısının insan davranışıyla aynı olduğunu kabul etmektedir¹⁰⁰. Bazı yazarlar, yapay zeka sisteminin teknik veya mekanik bir şey olduğunu ve şu anki iradi davranış gerektiren yasal uygulama karşısında kendi iradesini oluşturamayacağını, zira uygun veri setleri temelinde hareket ettiğini ve uygun eylem veya sonuçlar ortaya koyduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre yapay zeka sistemi şu anda ceza hukukuna uygun olarak hareket edebilecek konumda değildir¹⁰¹. Yine bazı yazarlar da yapay zekanın da insan hareketiyle eşdeğer, hatta bunların üstüne çıkan hareketleri dış dünyada gerçekleştirebileceklerini ileri sürmektedirler¹⁰². Bazı yazarlar, yapay zekânın duyargaları aracılığıyla dış dünyadaki değişiklikleri algılayıp bunları yazılımındaki algoritmalar sayesinde değerlendirip belirli bir hedef doğrultusunda otonom olarak hareket ettiğini, dolayısıyla hareketinin iradi olup olmadığı, yapay zekânın davranışının onun yazılımından kaynaklanıp kaynaklanmadığına göre saptanması gerektiğini, yazılımı kırılmış (hacked) bir yapay zekâ söz konusu olduğunda ise, yapay zekânın kaybettiği/sahip olduğu otonominin derecesine göre yazılımını kıranın doğrudan veya dolaylı fail olarak sorumlu tutmanın düşünülebileceğini ifade etmektedir¹⁰³. Bazı yazarlar ise, iradi hareket konusundan bağımsız olarak, hukuken önemli hareketin, sadece hukuk normlarının doğrudan hitap edebildiği kişilerin hareketi olduğunu, hukuk normlarını içerik olarak anlamayan kişilerin normun muhatabı olarak dikkate alınamayacağını, yapay zekaların normların emirlerini algılamalarının, anlamalarının ve tepkilerine dahil etmelerinin söz konusu olmadığını, hukuk normlarını kendisi otonom şekilde kavramaksızın önceden kurulumu yapılmış programa göre hareket ettikleri için, yapay zekanın hukuken önemli hareket gerçekleştiremeyeceğini ifade etmektedirler¹⁰⁴. Bazı yazarlar ise, yapay zekada olan hareketin tam anlamıyla insanda var olan iradi

¹⁰⁰ Bkz. Eric Hilgendorf, “Können Roboter schuldhaft handeln, Zur Übertragbarkeit unseres normativen Grundvokabulars auf Maschinen”, *Jenseits von Mensch und Maschine*, (Hrsg.: Susanne Beck), Baden-Baden, 2012, s. 125, 126; Kangal, s. 58, 59.

¹⁰¹ Anna Lohmann, *Strafrecht im Zeitalter von Künstlicher Intelligenz, Robotik und Recht*, Nomos, 2021, s. 112-113.

¹⁰² Bu görüş için bkz.: Kangal, s. 59.

¹⁰³ Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, s. 815, 816.

¹⁰⁴ Gerhard Seher, “Intelligente Agenten als ‘Personen im Strafrecht?’” in- Gless, Sabine/Seelmann, Kurt (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-Baden, 2016, s. 50, 51.

harekete göre daha dar kapsamlı olduğunu belirtmektedirler¹⁰⁵. Bazı yazarlar, yapay zeka için iradi (özgür) hareketten bahsedebilmenin şu an için söz konusu olmadığını, suç faili olabilir denilecek seviyeye geldiğinde iradi hareket edip etmediklerinin tartışılacağını, yapay zekaya sahip varlıklar bir insan tarafından programlanarak çalıştırıldığından sınırlı bir irade özgürlüğüne sahip olduğunun söylenebileceğini belirtmektedirler¹⁰⁶. Bazı yazarlar ise, güçlü bir yapay zeka teknolojisine sahip robot için en azından hareket yeteneği bakımından daha farklı düşünmenin söz konusu olabileceğini, eğer robotun yapay bir zeka ile otonom şekilde hareket etmesi veya işlem yapması söz konusu olacaksa bunun mümkün olabileceğini, aksi takdirde klasik robotik cerrahilerde kullanılan robot kollardaki gibi tamamen uzaktan kontrol ile hareket ettirilenlerin bir eşyadan farksız olduğunu, dolayısıyla da cezai sorumluluğu tartışmanın gereksiz olacağını ifade etmektedirler. İhmal açısından da aynı şeyin söylenebileceğini, yapay zekâ teknolojisine sahip bir robotun kendisinden beklenen sözleşmesel veya yasal bir yükümlülüğe aykırı şekilde, hareketi yapması halinde ihmalinin söz konusu olabileceğini ifade etmektedirler¹⁰⁷. Öncelikle yapay zekanın bir insan olmadığı belirtilmelidir. İnsanı diğer canlılardan ayıran ve sorumlu olmasını sağlayan özelliği iradi davranabilmesidir. İrade, sözlük anlamıyla “*bir şeyi yapıp yapmama konusunda kişinin kendi kendine karar verebilme ve bunu uygulama gücü*” olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁸. İrade doktrinde, seçmek ve karar vermek ve bu seçimleri eyleme dönüştürmek; insanı, hareket ve davranışlarını kontrol eden bir güç olarak tanımlamaktadır¹⁰⁹. Ceza hukukunda hareket, yönlendirici iradenin ürünü olarak nitelendirilmektedir. Zihinsel gücün devreye girmesi, iradi etkileşimin bulunması aranmaktadır. Tamamen fizyolojik olaylar, şuaşuzluk halinde gerçekleştirilen davranışlar, refleks hareketleri fiil kapsamında kabul edilmemektedir. İnsan geniş aralıkta karar verebilmekte ve hareket edebilmektedir. Yapay zekanın kendiliğinden karar vermesi ve bu kararını gerçekleştirilmesi, beşeri bir iradeyle hareket etmesi söz konusu

¹⁰⁵ Çetin, s. 161, 162.

¹⁰⁶ Enes Köken, “Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu”, *TAAD*, 12(47), 2021, s. 264.

¹⁰⁷ Koray Doğan, *Sürücüsüz Araçlar*, s. 3237.

¹⁰⁸ <<https://sozluk.gov.tr>>, Erişim Tarihi 02.08.2023.

¹⁰⁹ Yener Özen, “Değerler Felsefesi Açısından İrade ve Bileşenleri (Özgür Bir İrademiz Var mı?)”, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/articlefile/149874#:~:text=Diğer%20bir%20tanımında%20irade%2C%20bir,verme%20gücü%2C%20istenc%20olarak%20tanımlanabilir>>, Erişim Tarihi 2 Ağustos 2023, s. 2.

değildir¹¹⁰. Ancak algoritma temelinde topladığı bilgilerden öğrenen, ihtimalleri hesaplayan, deneyimleyen, karar veren, sonuç çıkaran, uygun davranışı seçen ve uygulayan bir yapay zekanın bir hayvan veya araç konumunda olmadığı da bir gerçektir. Yapay zeka eğitilmiş modeller aracılığıyla çevresini algılayıp tanımlanan amaç doğrultusunda karar verebildiği gibi tanımlananın dışında da davranış da sergileyebilmektedir. Yapay zekalı sistemler, özel bir hedefe ulaşmaları istendiğinde sonuca ulaşma yollarına kendileri karar vermekte ve yollar arasında seçim yapabilmekte, hedefin farklı yollarını deneyebilmekte veya verilen görevi nasıl yerine getireceğini ve hedefin ne olduğunu öğrenebilmektedirler¹¹¹. Hatasını farklı şekilde dizayn edilen yazılımdaki duruma göre anlayabilmekte ve düzeltebilmektedir. Yapay zeka, yazılımındaki duruma göre tepki verebilmekte, uygun davranışı seçip hareket edebilmektedir. Ancak bunu belli amaç veya görev doğrultusunda yapmaktadır. Bu anlamda hedeflenen hareketinin amaca yönelik olduğu söylenebilir. Ancak insan gibi genel ve geniş nitelikte bir iradeye ve kendiliğinden karar verme yeteneğine sahip olduğunu söylemek söz konusu değildir. Yapay zekanın kendi değerlendirmesine dayanan gerçek bir kararından bahsedilebilmesi, bu çerçevede kendisine hedefler koyduğunun ve eylemlerini bu hedeflere göre belirlediğinin söylenebilmesi şu an için mümkün değildir. Yapay zeka görevi mümkün olan en iyi şekilde yerine getirmesini sağlayan ara adımları bağımsız olarak belirleyebilmekle birlikte, seçimi gerçek kararlar niteliğinde olmayıp, aksine önceden tanımlanmış seçenekler arasında programlanmış bir seçim niteliğindedir¹¹². İnsan gibi geniş aralıkta görev yürüten veya kararlar alabilen yapıya şuan için sahip değildirler. İnsan kontrolünden bağımsız, yazılımları ile sınırlı kalmayan, hedeflerini

¹¹⁰ “Genel anlamda bilinç, bir bireyin önel ve biricik deneyimini (*qualia*), düşünceleri, duyguları ve hisleri deneyimlemenin nasıl bir şey olduğu yönünü ifade eder. İnsanlarda ve bazı hayvanlarda (en azından primatlarda ve ahtapotlarda), kişinin çevresinin, kendisinin ve zamanın geçişinin farkında olmasıdır”, Doğan Kökdemir, “Yapay Zeka Neredeyse Tamam: Peki Yapay Bilinç?”, <<https://www.birgun.net/makale/yapay-zeka-neredeyse-tamam-peki-yapay-bilinc-449790>>, Erişim Tarihi 22 Temmuz 2023.

¹¹¹ “Go oynayan bir program aynı zamanda borsa tahminleri yapamamaktadır. Dolayısıyla günümüzde derin öğrenme yöntemi ile belirli görevleri yerine getiren yapay zekâ uygulamaları dar anlamda bilişsel özgürlüğe sahiptirler diyebiliriz. Ancak tam bir bilişsel özgürlük için yapay genel zekâya ulaşılması zorunlu bir koşuldur. Yapay genel zekâ ise “insan benzeri beceri ile geniş aralıkta görevler yürütebilen yapay zekâ” anlamına gelmektedir (New Scientist, 2021, s. 291). Bu ise birçok bilim kurgu filminde karşımıza çıkan; Bill Gates, Stephen Hawking, Elon Musk gibi birçok düşünürün endişe ile yaklaştığı süper zekâların -insanüstü düzeyde bilişsel performansa sahip genel zekâya sahip sistemlerin- doğuşu anlamına gelmektedir (Bostrom, 2020, s. 39)”, Mehtap Doğan, *Özgür İrade*, s. 805 vd.

¹¹² Gleß, *Mein Auto fuhr zu schnell*, s. 244.

güncelleyebilen sistemler olduklarında ancak hareketlerinden bahsedilecektir¹¹³. Dolayısıyla yapay zekanın belirli bir amaca yönelik iradi olarak hareket edebildiklerini şu anki mevcut gelişmeler açısından kabul etmiyoruz. Ancak ileride yaşanacak gelişmeler yapay zekanın tamamen iradi olarak hareket etmesini sağlarsa hareket yeteneğinin bulunduğu söylenebilecektir. Ancak ceza hukukunda hareket yeteneğine sahip varlık yalnızca gerçek kişi kabul edildiğinden her şeyden önce yapay zekanın hareket yeteneğinin olduğunun söylenebilmesi için gerçek kişi dışında belirleme yapılması gerekir. Bir başka ifadeyle hareketi sadece insan davranışı olarak ifade etmemiz gerekir. Ayrıca yapay zeka aracılığıyla bilişim ortamında işlenen suçlar düşünüldüğünde hareketi sadece dış dünyada cereyan eden insan davranışı olarak da nitelendirmemiz gerekir¹¹⁴. Teknolojik gelişmeler dikkate alındığında davranışın fiziki varlığı olanların hareketi olarak da değerlendirilmemesi gerekir. Dolayısıyla yapay zekanın robot olmasıyla bot olması hareket açısından önem taşımamalıdır. Yapay zekanın da dikkate alındığı bir hareket tanımlaması yapıldığında, iradi olarak belirli amaca yönelik olarak gerçekleştirilen, hükmolunan veya hükmolunabilir olan dış dünyada veya sanal alemde gerçekleştirilen davranışın hareket olduğu söylenebilecektir. Nitekim doktrinde bazı yazarlar tarafından, insan merkezci olmayan ceza hukuku kavramlarına dönüşten bahsedilmektedir¹¹⁵. Bazı yazarlar ise, şimdiye kadar kullanılan ceza hukuku kavramlarının insan olmayan varlıklara genişletilmesinin kavramsal olarak imkansız olmadığını belirtmektedirler¹¹⁶.

Yapay zeka, sadece kendilerine yüklenen program çerçevesinde işlem yaptıklarında ise hareket yeteneklerinin bulunmadığı konusunda bir problem bulunmamaktadır. Burada yapay zekanın sadece araç olarak kullanılması söz konusudur. Yapay zekayı kullanan kişi doğrudan fail olacaktır. Programı yapan da şartlar gerçekleşmişse iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu olacaktır. Ayrıca suç işlemek için yapay zeka üretildiğinde TCK m. 245/A'nın gerçekleşmesi

¹¹³ Mehtap Doğan, *Özgür İrade*, s. 791.

¹¹⁴ Hareket, irade tarafından hükmolunan veya hükmolunabilir olan, belli bir amaca yönelik olarak gerçekleştirilen ve dış dünyada cereyan eden insan davranışdır: İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 179, 180; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 101, 102. Türk hukukunda Demirbaş da gai hareket teorisini kabul etmektedir: Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 242.

¹¹⁵ Ziemann, s. 191

¹¹⁶ Hilgendorf, *Können Roboter schuldhaft handeln*, s. 125.

söz konusu olacaktır. Yapay zekanın hareket yeteneği kabul edildiğinde ihmali hareketi de söz konusu olabilecektir. Belirli bir şekilde davranma hukuki yükümlülüğü yüklendiğinde ve bu yükümlülüğü yerine getirmediklerinde ihmali hareketleri söz konusu olacaktır. Davranışının amacını bilmek şartıyla ihmali hareketlerinin varlığı kabul edilebilecektir. Ancak burada yapay zekaya veya robota böyle bir yükümlülük yüklenebilecek mi sorusu gündeme gelmektedir. Yüklenebileceği söylenebilir. Sorun kusurlulukla ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca kusurdaki beklenebilirlik açısından da değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira bir insan için beklenemezlik kabul edilen bir durum robot için aynı şekilde değerlendirilemeyecektir. Zira bir insan için kendi yaşamı da tehlikeye gireceği için beklenemezlik söz konusu olurken, bir robot kolayca üretilebileceğinden, yeniden eski haline döndürülebileceğinden beklenebilirlik söylenebilecek veya tartışılabilir. Ancak yapay zeka konusunda ceza sorumluluğunun kabul edilmesi için ceza hukuku kabullerinin değişmesi veya yeniden yorumlanması gerekmektedir. Ceza hukukunu yapay zeka konusunda çözümlenmesi gereken zorlu sorular beklemektedir.

Hareket yeteneği kabul edildiğinde yapay zekanın doğrudan failiği de söz konusu olabilecektir. Dolaylı faillik ve müşterek failliğin gerçekleşmesi de mümkün olacaktır. Doktrinde insanların ve yapay zekalı robotların bir arada bulunduğu bir topluluk hayal edildiğinde, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu, müşterek suç işleme (joint criminal enterprise) ve örgütsel hâkimiyete dayalı dolaylı faillik teorileri ve ürün sorumluluğu ile ilgili çeşitli tartışmaların gündeme geleceği ifade edilmektedir¹¹⁷. İştirak suçun maddi unsuru ve manevi unsuruyla ilgili özellik taşıdığı için suçun özel görünüş şekilleri olarak nitelendirilmektedir. İştirakte bir çok kişinin hareketi olmasına rağmen tek hareket kabul edilmekte, suça katılan herkesin hareketi icra hareketi olmadığı halde sorumluluk tayin edilmekte, müşterek faillik için fonksiyonel fiil hakimiyeti, şeriklik için çifte kast gerekmektedir. Dolayısıyla yapay zeka için hareket ve kast kabul edildiğinde iştirak söz konusu olacaktır. İştirak iradesi olmadan da bir insanla birlikte bir suçun gerçekleşmesine neden olabilir. Aynı ayrı sorumluluk değerlendirmesi yapılacaktır. Yapay zekaların kendilerinin de birlikte suç işleme iradesiyle hareket etmesi veya diğerinin fiiline yardım etmesi de söz konusu olabilecektir. Ancak bugün için bunların söz konusu olmadığı belirtilmelidir. Tüzel kişi olarak kabul edilmeleri söz konusu olmamakla birlikte yapay zeka üreticilerinin sorumluluğu açısından sorun

¹¹⁷ Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, s. 821, 822.

değerlendirildiğinde günümüzdeki eğilimin tüzel kişilerin ceza sorumluluğu yönünde geliştiği görülmektedir¹¹⁸. Yapay zekayı üreten şirketlerin, tüzel kişilerin ceza hukuku sorumluluğu üzerinde gelişmeler yaşanacaktır. Dolaylı faillik açısından yapay zekanın dolaylı fail olması ile yapay zekanın suç işlemede kullanılması suretiyle dolaylı faillik söz konusu olabilir. Yapay zekayı kullanan veya programlayan kişinin dolaylı failliğinin söz konusu olacağı belirtilmelidir. Doktrinde yapay zekaya sahip varlıkların cezai sorumlulukları noktasında üç muhtemel sorumluluk modelinin söz konusu olacağı ileri sürülmektedir. Bunlardan ilkinin, dolaylı faillik sorumluluk modeli olduğu ifade edilmektedir. Bu halde yapay zekaya sahip varlığın herhangi bir insani nitelik taşıdığı kabul edilmemekte, ancak yapay zekaya sahip bir varlığın yeteneklerinin de görmezden gelinemeyeceği, bu yeteneklerin fail olmak açısından yetersiz olduğu (yapay zeka tam akıl hastası, çocuk gibi kusur

¹¹⁸ Doktrinde ekonomik suçlarla mücadele edebilmek ve hukuku etkin kılabilmek için tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesi yönünde eğilim bulunmaktadır: Nur Centel/ Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020, s. 253. Ayrıca bkz.: Walter Gropp, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Springer, 2005, s. 144; Uğur Güner, “Ekonomik Suçlar ve Ekonomi Ceza Hukukuna İlişkin Yasal Düzenlemeler”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, 21(Özel S.) 2019, s. 1431; Koray Doğan, “Tüzel Kişilerin İdari Para Cezası Sorumluluğunda İsnadiyet Sorunu”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1), 2015, s. 23. Bazı uluslararası çalışmalarda da tüzel kişinin fail olması yönünde belirlemeler bulunmaktadır. Bkz.: Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri”, <<http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-tch-reformu-ekonomi-ceza.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Ağustos 2023, s. 2245, 2246, dipnot 19. Örneğin, İsviçre, İspanya, Kanada, Finlandiya, ABD, Avustralya, Hırvatistan, Danimarka, İngiltere ve Fransa hukuk sistemlerinin tüzel kişilerin fail olmasını kabul etmiştir: Koray Doğan, *Tüzel Kişiler*, s. 23. Uluslararası hukukta ise bu eğilimin nedeni olarak Avrupa Birliği Müzakereleri sürecinde müzakerelerin başlaması için konulan kıstaslar (mevzuatın uyumlaştırılması), OECD bünyesinde çalışmalarını yürüten Mali Eylem Görev Gücü (FATF) ve Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Çalışma Grubunun Tavsiye Kararları ve Avrupa Konseyi bünyesindeki Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) tavsiye kararları olduğu belirtilmektedir: Güner, s. 1431; Dursun, *Ekonomi Ceza Hukuku*, s. 2246, dipnot 19. Avrupa Birliği hukukunda suçlarda tüzel kişinin sorumluluğunun kabul edilmesine ve idari yaptırımlardan cezai yaptırımlara doğru artan eğilim bulunmaktadır (“6AMLD (AMLD5 (Anti Money Laundering Directive-3 Aralık 2020’de yayımlanan ve uygulama tarihi 3 Haziran 2021 olarak kabul edilen 2018/1673 sayılı AMLD6’yı yayımlamıştır), kara para aklamaya bağlantılı cezai davranışın kapsamını genişletmiş ve cezai sorumluluk açısından tüzel kişilerin de sorumluluğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla kuruluşların kendileri için çalışan kişiler tarafından işlenen suçlardan dolayı cezalandırılabilmesi anlamına gelmektedir, <[file:///Users/berrinakbulut/Desktop/6.%20Kara%20Para%20Aklamayı%20Önleme%20Direktifi%20\(6AMLD\):%20Bilmeniz%20Gerekenler.html](file:///Users/berrinakbulut/Desktop/6.%20Kara%20Para%20Aklamayı%20Önleme%20Direktifi%20(6AMLD):%20Bilmeniz%20Gerekenler.html)>, Erişim Tarihi 25 Ağustos 2023. Buna gerekçe olarak, etkileri itibariyle cezai yaptırımın daha ağır ve caydırıcı olması, yargılama sonucunda verilmesi nedeniyle usulü güvenceleri içermesi ve hata oranının düşük olması gösterilmektedir: Merve İnan Orman, “Avrupa Birliği Hukukunda İdari Para Cezaları”, *Kabahatler Hukuku Yazıları-II*, 2018, s. 141.

yeteneği ortadan kalkmış insanlara benzetilmektedir) belirtilerek yapay zekayı kullanan veya programlayan kişinin dolaylı fail olarak sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Ancak bu sorumluluk şeklinde, yapay zekanın suç işlemek için programlanmamakla beraber yine de yapay zeka tarafından suçun gerçekleştirilmesi hali için elverişli olmadığı ileri sürülmektedir¹¹⁹. Dolaylı failliğin söz konusu olması için ceza hukukunda araç kişinin fiili üzerinde arkadaki kişinin (dolaylı failin) irade hakimiyeti kurması gerekmektedir. İrade hakimiyetinin söz konusu olduğu hallerde dolaylı faillik gerçekleşecektir. Yapay zeka bir insanın konuşmasıyla da yönlendirilebilmektedir. Yapay zekanın amacı, örneğin hataya düşürülmek suretiyle değiştirildiğinde dolaylı faillik söz konusu olabilecektir. Ancak yapay zeka sahip varlıklar veya yapay zeka kısmen otonom olarak hareket ettiğinde, amacını isteyerek değiştirdiğinde fiil üzerinde hakimiyet kurulamayacaktır. Doktrinde burada irade hakimiyeti değil program hakimiyeti kavramının kullanılması önerilmektedir¹²⁰. Doktrinde de yapay zekânın kaybettiği/sahip olduğu otonominin derecesine göre yazılımını kıranın doğrudan veya dolaylı fail olarak sorumlu tutmanın düşünülebileceği ifade edilmektedir¹²¹. Organizasyon hakimiyeti çerçevesinde yapay zekanın kullanılması da söz konusu olabilecektir. Yapay zekanın tamamen araç konumunda bulunduğu veya tamamen kendi iradesiyle hareket ettiği veya organizasyon hakimiyetinin bulunmadığı durumlarda ise dolaylı faillik gerçekleşmeyecektir. Somut olayda programı yapan veya kullanan ile yapay zekanın ne şekilde hareket ettiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Yapay zekanın kendisi de dolaylı fail olabilir. Bir insanı veya bir başka yapay zekayı suç işlemede kullanabilmesi teknolojik gelişmeler çerçevesinde ihtimal dahilinde bulunmaktadır. Bu durumda da yapay zekanın dolaylı fail olması için hareket yeteneğinin bulunduğu kabul edilmesi gerekir.

Yapay zekaya sahip varlıkların cezai sorumlulukları noktasında hareket yeteneklerinin ve suç işleyebileceklerinin kabul edildiği durumlarda, kullanıcı veya programı yapan kişinin sorumlu olması da söz konusu olabilecektir. Yapay zekanın işlediği suç, kullanıcı veya programı yapan kişinin hareketinin olası doğal sonuçları olduğunda sorumluluk kabul edilmektedir. Bu sorumluluk şeklinde yapay zekaya sahip varlık suç işlemekte, ancak programcı veya

¹¹⁹ Model hakkında bkz.: Gabriel Hallevy, “Yapay Zekaya Sahip Varlıkların Cezai Sorumluluğu - Bilim Kurgudan Yasal Toplumsal Denetime”, (Çev.: Müslim Fincan), *Küresel Bakış*, (24), 2018, s. 117 vd.

¹²⁰ Kangal, s. 93.

¹²¹ Bkz. Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, s. 815, 816.

kullanıcı suçun işlenmesi için plan yapmamakta ve suça iştirak etmemekte, hatta suçun işlenmesiyle ilgili bilgiye de sahibi bulunmamaktadırlar. Bu durumda kişi, işlenen suç kendi davranışının olası, doğal sonucu olduğu için, makul bir insanın bilmesi gerektiği kabul edilen kişi olarak nitelendirilmektedir. Programı yapan ya da kullanıcıların, suçun işlenebileceğini öngörmeleri ve yapay zeka tarafından işlenmesine engel olmaları gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin yapay zeka uçuş görevinin bir parçası olarak uçağı korumaya programlanmıştır. Uçuş esnasında insan ola pilot, otomatik pilotu (yapay zekaya sahip varlık olan) etkinleştirir, ancak daha sonra pilot, yaklaşan bir fırtınayı görür ve görevi iptal etmeye ve askeri üsse geri dönmeye çalışırsa da yapay zeka, pilotun eylemini görev için bir tehdit olarak algılayarak bu tehdidi bertaraf etmek için harekete geçer ve pilotu öldürür. Daha önce belirtilen simülasyon örneğindeki bir olayın gerçek hayatta yaşandığı düşünüldüğünde de aynı durum söz konusudur. Bu gibi olaylarda programcının sorumluluğu kabul edilmektedir. Zira hiç bir kısıtlama olmaksızın yapay zekanın görevini yerine getirecek şekilde programlaması nedeniyle programcının pilotun öldürülmesinden sorumlu olacağı belirtilmektedir¹²². Yapay zekanın suç işleyeceğinin öğrenilmesine rağmen müdahale edilmemesinde ihmali şekilde kasten işlenen suç söz konusu olacaktır. Zira bu andan itibaren garantörlük bulunmaktadır. Garantörlüğü bulunmayan kişilerin yapay zekanın işlediği fiil nedeniyle zarar gören kişiler açısından TCK m. 98 söz konusu olacaktır. Yapay zekaya sahip varlığın plandan sapması ve planlanan suçun yerine ya da buna ek olarak bir başka suçu işlemesi durumunda da programı yapan veya kullanıcının sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir. Meydana gelen bir olayda twitter üzerinden gönderilen twitlerin analizini yapan yapay zekâ algoritması Tay, ırkçı bir söylemi öğrenmiş ve açmış olduğu bir hesap üzerinden bazı kişilere yönelik ırkçı söylemlerde bulunmuştur¹²³. Öğrenilmesine rağmen fiile engel olunmaması durumunda üretici veya programcı ihmalden dolayı sorumlu olacaktır. Özen kurallarına aykırılığın söz konusu olduğu olaylarda da fiilin taksirli şekli olmak şartıyla taksirden dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak bu gibi olaylarda objektif isnadiyet kriterlerinin de değerlendirilmesi gerekir. Örneğin yaratılan risk izin verilen risk sınırları içindeyse sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bu anlamda yapay zekalı uygulamaların veya araçların üretilmesi, kullanılması konularında yasal düzenlemelerin

¹²² Bkz.: Hallevy, s. 122 vd.

¹²³ Olgun Değirmenci, “Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, <https://www.academia.edu/42794137/Yapay_Zeka_ve_Ceza_Sorumluluğu>, Erişim Tarihi 25 Temmuz 2023, s. 13. Ayrıca bkz.: Hallevy, s. 125.

yapılması, izin verilen risk alanlarının belirtilmesi gerekmektedir. Yapay zeka kullanımı artık bir risk oluşturmakta ve gittikçe daha fazla risk oluşturmaya da devam edecektir. İnsan hayatına kattığı yararlarından dolayı kullanımından ve gelişmesinden vazgeçemeyeceğimize göre, kuralların oluşturulması gerekmektedir¹²⁴. Yapay zeka kullanımı açısından izin verilen risk alanlarının ve özen kurallarının oluşturulması önem taşımaktadır. Otonom araçlar¹²⁵ ile ilgili çalışmalar olmaksızın da¹²⁶ sadece bu alanda değil, program çerçevesinde hareket edenler dışındaki yapay zekalar açısından sınırların çizilmesi, kuralların ortaya konulması gerekmektedir. Özen kurallarına aykırılık, suç için programlama veya kullanma söz konusu olmamasına rağmen, yapay zekanın kedisinin suç işlemede ise kullanıcı veya programcının sorumluluğu bulunmayacaktır¹²⁷. Yapay zekanın gerçekleştirdiği fiil kullanıcı veya programcının hükmedebilirlik alanı dışındaysa sorumlulukları bulunmayacaktır. Yine başka birinin sorumluluk alanında gerçekleşen neticelerde kullanıcı veya programı yapana sorumluluk isnad edilemeyecektir. Sorumluluğun belirlenmesinde objektif isnadiyet kriterlerinin göz önüne alınması gerekmektedir¹²⁸. Üreticinin veya programcının sorumlu olmasıyla yapay zekanın sorumluluğu ayrı değerlendirilmelidir. Yapay zekanın doğrudan neden olduğu zararlarda üreticinin veya programcının sorumlu olması da

¹²⁴ Otonom araçların izin verilen risk mi oluşturduğu konusunda bkz.: Gless, s. 240 vd.

¹²⁵ Otonom araçlar, kısmen ya da tamamen yapay zeka sistemi kontrolüne sahiptirler. Bu araçlar sadece karayolunda değil hava yolu, deniz yolu ve raylı sistem taşımacılığında da kullanılabilirler.

¹²⁶ Otonom araçlara ilişkin ilk hukuki metin olan “Kaliforniya Taşıt Kanununda” otonom teknoloji, bir taşıtı bir insan operatörünün aktif fiziksel kontrol ya da gözetimi olmaksızın sürme kapasitesine sahip teknoloji olarak tanımlanmıştır. Otonom teknoloji donanımına sahip, bu teknolojiye entegre edilen araçlara ise otonom araç adı verilmektedir (Koray Doğan, *Sürücüsüz Araçlar*, s. 3230). ABD’nin birçok eyaletinde otonom araçlara ilişkin düzenleme yapılmıştır. İngiltere’de otonom araçların test sürüşüne 2015 yılında izin verilmiş (Code of Practice), 2019’da bu düzenlemede değişiklik yapılmıştır. İngiltere’de otonom araçlara özgü düzenlemeler içeren Otomatik ve Elektrikli Araçlar Yasası-2018 bulunmaktadır. Almanya’da Karayolları Trafik Kanununda 2017 yılında değişiklik yaparak otonom araçlarla ilgili mevzuatını ulusal çapta güncelleyen ilk ülke olmuştur. Fransa’da otonom araçlara ilişkin test sürüşleri Kararname (2016) aracılığı ile düzenlenmiştir. Avusturya 2016’da Motorlu Araçlar Trafik Kanununda değişikliğe gitmiş (Şahin, s. 988 vd.), Singapur 2017 yılında otonom araçların karayollarında alışmasını düzenleyen kanun çıkarmış, Güney Kore 2019’da mevzuatında değişikliğe gitmiş, 2020 yılında Otonom araçların Ticarileştirilmesinin Teşvik edilmesi ve Desteklenmesi Hakkında Kanunu kabul etmiştir.

¹²⁷ Değirmenci, s. 13.

¹²⁸ Objektif isnadiyet kriterleri için bkz. Berrin Akbulut, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 384 vd.

söz konusu olabilecektir¹²⁹. Alman hukukunda da sorumluluğun bulunduğu kabul edilmekte, ancak sorumluluğun belirlenmesinin sorun teşkil ettiği ifade edilmektedir¹³⁰.

Yapay zekanın kast veya taksirinin bulunup bulunmadığı da tartışma doğuran hususlardandır. Yapay zekalı araçların kasten işlenen suçlarda araç olarak kabul edilmesi gerektiği, ancak taksirli suç işleyebilecekleri bazı yazarlar tarafından belirtilmektedir. Her ne kadar öğrenme ve karar vermeleri söz konusu olsa da belirli amaca yönelik olarak hareket edemeyecekleri ifade edilmektedir¹³¹. Belirli amaca yönelik olarak hareket ettiklerinin kabul edilmesi halinde ise kastlarının da söz konusu olabileceğini düşünüyoruz. Ancak bunun için öncelikle hareket yeteneklerinin bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Taksir açısından soruna yaklaşıldığında, yapay zekanın belirlenen hedef açısından bir insana göre öngörülebilirliklerinin çok daha fazla olduğu, bütün ihtimalleri hesaplayabildiklerini göz önünde tutmak gerekir. Ancak somut olayda hesaplayamadığı, fark edemeyeceği durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin yapay zekalı bir araç ışık levhasının bulunduğu yerde, bir kişiyi trafik polisi sanarak o kişiye göre davranmış veya yandaki araç hareket ettiğinde, aracın hareket etmesi yeşil ışıkla orantılı olduğu için yeşil ışık yandığını hesaplayarak hareket etmiş olabilir. Hatasını ise farklı şekilde dizayn edilen yazılımdaki duruma göre anlayabilmekte ve düzeltebilmektedir. Ya da programın yeniden düzenlenmesi ile ortadan kaldırılabilir. Dolayısıyla tanımlanan amacın dışında hareket ettiğinde, yapay zekanın hatasından bahsedilebilmektedir. Dolayısıyla ceza hukukunda taksir bağlamında yapay zekanın hatasından bahsedilecek mi ve cezalandırılabilir mi? Yapay zekanın ceza sorumluluğu kabul edildiği takdirde öngörmelerinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Belirtilen durumda özen yükümlülüğünün ihlalden değil, programdaki hatadan bahsedilecektir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından yapay zeka ve robotlar için kast ve taksir kavramları yerine amaçlama/hedefleme ve işlem hatasının yol açtığı sorumluluk şeklinde iki kavramın kullanması önerilmektedir. Robotun insanın beş duyu organını taklit eden sensörler, radarlar, kameralar ve mikrofonlar aracılığıyla bilme konusunda insandan daha üst seviyelere çıkabileceği kabul edilmekte, ancak sadece veri toplamanın bilerek hareket etme açısından yeterli olmadığı benimsenmektedir. İnsanın çevreden topladığı veriyi beyinde seri şekilde

¹²⁹ Hallevey, s. 126 vd.

¹³⁰ Gless, *Mein Auto fuhr zu schnell*, s. 246.

¹³¹ Bkz. Aksoy, s. 22.

zihinsel faaliyetten geçirerek, analiz ederek bilgi olarak işlediği, bunu yapay zekanın da sergileyebileceği, dolayısıyla kastın bilme unsuru bakımından insan ile robotun benzer durumda olduğu, isteme unsuru yerine amaçlama/hedefleme unsuru teriminin daha uygun olduğu belirtilmektedir. Taksirin alternatifi olarak ileri sürülen arıza veya işlem hatası sonucu neticeye neden olma bakımından taksirin insanlar için geçerli unsurlarından farklı düşünmek gerektiği, objektif özen yükümlülüğünün ihlali aramanın yersiz olduğu, robotun programlanış şekli itibarıyla mevcut normlara uygun hareket etmesinin beklendiğini, robotta teknik bir arıza veya işlem hatasının aranması gerektiği, öngörme bakımından insanlardan daha iyi öngörebildiklerini, arızadan kaynaklı olarak neden oluşan neticeden robotun cezalandırılması yerine yeniden programlanması veya var olan programın güncellenmesinin beklenebileceğini ileri sürmektedirler¹³². Yapay zekanın ceza sorumluluğu kabul edildiğinde, işlediği fiillerde netice sebebiyle ağırlaşan suçların gerçekleşmesi de söz konusu olabilecektir. Yapay zeka programcısının, kullanıcısının yapay zekanın gerçekleştirdiği fiille ilgili kastı veya taksirinin bulunacağını da bir kez daha ifade etmek isteriz. Yapay zekanın davranışlarının öngörülüp öngörülemeyeceği üzerinde de durulmaktadır. Yapay zekaya hukuka uygun davranacaklarına güvenilmemesi, denetim görevinin yerine getirilmesi gerektiği, aksi halde görevini yerine getirmeyen kişinin sorumluluğunun söz konusu olacağı belirtilmektedir¹³³. Ancak sürekli yapay zekanın veya aracın gözetlenmesinin ve düzeltmesinin özen yükümlülüğü olarak yüklenmesinin gayri meşru olacağı belirtilmektedir. Sistemin düzgün çalıştığından şüphe etmesini gerektirecek bir neden yoksa herhangi bir uyarı durumunda veya tehlike halinde müdahale etmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁴. Ayrıca makinelerin diğer makinelerin davranışına güvenip güvenemeyeceği konusunda da belirleme yapılmaktadır. Doktrinde makinelerin insan kaynaklı hatalı davranışları dikkate alacak, diğer makinelerin kurallara uygun hareket edeceği yönünde, yani diğer makinelerin kurallara uygun davrandığına güvenilebileceği şeklinde kurgulanmasının savunulabileceği ifade edilmektedir¹³⁵.

Yapay zekayla ilgili tartışılacak diğer bir konu hukuka uygunluk

¹³² Bkz. Koray Doğan, *Sürücüsüz Araçlar*, s. 3238 vd.

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Joerden, s. 207-209

¹³⁴ Gless, s. 235, 236.

¹³⁵ Eric Hilgendorf, "Otomatikleşmiş Sürüş ve Hukuku-Genel Bir Bakış", (Çev.: Barış Atladı), *Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zeka ve Yeni Teknolojiler*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 21 (Ed. Yener Ünver), 2021, s. 454.

nedenlerinin uygulanıp uygulanamayacağı¹³⁶ ve yapay zekaya karşı saldırı gerçekleştirildiğinde korunması gereken hukuki değerinin kabul edilip edilmeyeceğidir¹³⁷. Kişilik tanınıp hak sahibi kabul edildiklerinde, görev ve yetkileri söz konusu olduğunda hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilecekler ve hukuki değerlerinin korunması söz konusu olabilecektir. Örneğin meşru savunma, kanun hükmünün yerine getirilmesi (örneğin kolluk olarak görev yapması), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (örneğin tıbbi müdahale) hukuka uygunluk nedeni uygulanabilecektir. Yapay zekaya kötü muamele yapıldığında, hakaret edildiğinde veya bir başka suç işlendiğinde korunması yoluna gidilebilecektir. Robotların faaliyetine son verecek hareketlerin yapılması durumunda öldürme suçunun kabul edilip edilmeyeceği de sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Zira insanın geri getirilmesi söz konusu değilse de robotun veya yapay zekanın tamir edilmesi, tekrar faaliyet yapması mümkün olabilmektedir. Yapay zeka saldırı yaptığında zorunluluk hali uygulanacaktır (ceza hukukunda insandan kaynaklanan davranış arandığından şu an için bu kabul edilmediğinden meşru savunma uygulanamayacaktır). Yapay zeka kapsamında yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeni kapsamında ifade edilen ve zorunluluk hali mi yükümlülüklerin çatışması mı olduğu konusunda tartışmalı olayların gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin yolda kaza yapmış bir araç ve iki kişi bulunmaktadır. Bu kişilerden biri yolda yatmaktayken diğeri yol kenarına gidebilmiştir. Yoldan gitmekte olan otonom araç manevra yapmadığında yoldaki kişiye çarpacak, manevra yaptığında ise yol kenarındaki şahsa çarpacaktır. Bu gibi olaylarda otonom aracın nasıl programlanması gerektiğinin sorun oluşturduğu belirtilmektedir. Her iki kişinin yaşamı aynı derecede olduğu için aracın manevra yapmamak üzere programlanması gerektiği belirtilmektedir. Yine yolda iki kişinin yattığı, yol kenarında ise bir kişinin yattığı olayda sorunun çözümü daha zor olsa da ağırlıklı görüşün yapay zekanın manevra yapmaması şeklinde programlanması olduğu ifade edilmektedir. Yolda üç çocuğun bulunması, birinin önde diğerlerinin

¹³⁶ Uygulamadaysa üç robot yasasından söz edilmektedir. “Üç robot yasası, Amerikalı bilimkurgu yazarı Isaac Asimov tarafından ortaya atılan, robotların işlev ve haklarına ilişkin yasalar-
dır. Asimov’un ilk kez 1942 yılında yayımlanan, daha sonrasında Ben Robot isimli kitabının da bir bölümünü oluşturan “Durağan Döngü” isimli hikâyesinde ortaya attığı üç yasa şu şekildedir:

-Bir robot, bir insana zarar veremez ya da zarar görmesine seyirci kalmaz.

-Bir robot, birinci kuralla çalışmadığı sürece bir insanın emirlerine uymak zorundadır.

-Bir robot, birinci ve ikinci kuralla çalışmadığı sürece kendi varlığını korumak zorundadır”,
<https://tr.wikipedia.org/wiki/Üç_robot_yasası>, Erişim Tarihi 22 Temmuz 2023.

¹³⁷ Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, s. 823, 824.

hemen gerisinde olduğu, yapay zekanın yola devam etmesi halinde bir çocuğun sol çamurluk bölgesinden diğer iki çocuğun ise sağ çamurluk bölgesinden darbe alacağı ve aracın kaçma manevrası yapmasının söz konusu olmadığı olayda bütün yaşamları aynı değerde gören anlayış açısından sağa, sola veya düz gitmesinin herhangi bir farkının olmadığı belirtilmektedir. Ancak çoğu insanın ahlaki açıdan sadece bir çocuğun darbeye maruz kalmasının tercih edeceği ileri sürülmektedir¹³⁸.

C. Kusur Açısından

Diğer bir tartışılan ve kanaatimizce en önemli husus ise yapay zekanın kusur değerlendirmesine konu olup olmayacağıdır. Ceza hukukunda kusurun varlığı için kusur yeteneğinin bulunması, kusurluluğu kaldıran nedenlerin bulunmaması ve haksızlık bilincinin bulunması gerekmektedir.

Kusur yeteneğinin bulunması kişide algılama ve irade yeteneğinin bulunmasını ifade etmektedir. Doğruların ancak sezgiyle bilineceği ve ilk ilkelerin sezgi yoluyla kavranıp başka yargılara tümden gelim yoluyla varılacağı belirtilmektedir. Sezginin akıl yürütmenin önemli evresini oluşturduğu ifade edilmektedir¹³⁹. Sezgi doğrudan doğruya kavramdır. Sezginin daha çok geçmiş bilgiye dayalı olduğu, deneyim ve uzmanlığın artmasıyla doğru orantılı olarak geliştiği kabul edilmektedir¹⁴⁰. İnsanlar yapay zekayla kıyaslandığında içgüdüsel duygulara, reflekslere ve dürtüsel tepkilere sahiptir. Yapay zekada bunların olmaması nedeniyle sezgi yetisinin yapay zekâya aktarılmasına yönelik çalışmalar yapılmakta, yürütülen proje kapsamında, tıpkı bir bebek gibi, sezgisel fiziği, yani evrenimizdeki mekânın nasıl çalıştığına dair sağduyu anlayışını öğrenebilen bir yapay zeka sistemi tasarlanmıştır. PLATO¹⁴¹ adı verilen yapay zeka projesi sonucunda, 28 saatlik eğitimin ardından PLATO’nun öğrenebildiği anlaşılmış, zaman içerisinde PLATO’nun gözlem, kavrayış ve öngörülerinin gittikçe daha iyi hale geldiği

¹³⁸ Hilgendorf, *Otomatikleşmiş Sürüş*, s. 448 vd.

¹³⁹ Okuyucu Ergün, s. 733.

¹⁴⁰ Okuyucu Ergün, s. 733, 734.

¹⁴¹ ‘Physics Learning Through Auto-encoding and Tracking Objects’in (Otomatik Kodlama ve Nesnelere İzleme Yoluyla Fizik Öğrenimi) baş harflerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulmuştur

görülmüştür¹⁴². Sezgi, bilinç vasıtasıyla ortaya çıkmaktadır¹⁴³. Bilinç, insanın kendisini ve çevresini tanıma yeteneğini ifade etmektedir¹⁴⁴. Bir kişinin bir şey hakkındaki farkındalığı veya algısı olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁵. Farkındalığı fark etme halidir¹⁴⁶. Yapay zeka için, yapay bilinç kavramı kullanılmaktadır. Yapay bilinç mümkün müdür sorusuna net cevap verilememektedir. Yapay zekalı sistemlerde öznel bilincin rastgele ya da bizim bilmediğimiz bir şekilde ortaya çıkması için bir engel de olmadığı, yapay bilincin, yalnızca bilişsel ve sosyal olmak üzere iki yönünden bahsedilebileceği, bu da yapay bilincin insan bilincinden farklı yeni bir bilinç türüne işaret ettiği, bu bilinç türünün bilişsel kapasitesi insan bilinciyle eşdeğer ya da onu aşmış olacağı ancak ilkece öznel bilinç sahibi olan kendinin bilincinde metafizik bir özne olamayacağı ileri sürülmektedir¹⁴⁷. Dolayısıyla bugün için yapay zeka bir bilince sahip değildir. Algılama, bilinç hallerinden biridir. Bilinç varsa algılama yeteneğinden bahsedebiliriz. Algılama, duyu organlarımıza gelen uyarıların değerlendirme, yorumlama ve doğru-yanlış diye anlamlandırma sürecini ifade etmektedir¹⁴⁸. Algılama yeteneği, insanın çevresindeki nesnelere ve olayların

¹⁴² <<https://www.posta.com.tr/bilim-teknoloji/sezgileri-ogrenebilen-yapay-zeka-bebegi-gelistirildi-2539758>>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

¹⁴³ Bilinç ve sezgi ilişkisi için bkz. Ayşe Eroğlu, “Henri Bergson’da Bilinç-Sezgi İlişkisi”, *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (27), 2012, s. 81-102, s. 81 vd.

¹⁴⁴ <<https://sozluk.gov.tr/>>

¹⁴⁵ Kemal Arıkan, “Bilinç ve Bilinçli Olmak Nedir?”, <<https://www.kemalarikan.com/bilinc-ve-bilincli-olmak-nedir.html#:~:text=%C4%B0ngilizcenin%20klasik%20s%C3%B6zl%C3%BCklerinden%20olan%20Oxford,ger%C3%A7te%20%20%20denmektedir>>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

¹⁴⁶ Özen, s. 5.

¹⁴⁷ Bilincin zor problemi alışlagelmiş bilimsel yöntemlerle açıklanmaya direnç gösteren “deneyim” problemi olduğu belirtilmektedir. Bunun için de öznel bilincin, fiziksel dünyada ne şekilde ortaya çıktığını açıklayabilmek, deneyimlerimizin varlığını nasıl bu kadar gerçek ve derinden hissettiğimizi çözümleyebiliyor olmak gerektiği ileri sürülmektedir. Fakat her iki seçeneğin de şimdiye kadar, onlarca farklı bakış açısından denenmiş olmasına rağmen ikna edici bir perspektife ulaşamadığı belirtilmektedir. Bilincin zor problemi alışlagelmiş bilimsel yöntemlerle açıklanmaya direnç gösteren “deneyim” problemi olduğu belirtilmektedir. Bunun için de öznel bilincin, fiziksel dünyada ne şekilde ortaya çıktığını açıklayabilmek, deneyimlerimizin varlığını nasıl bu kadar gerçek ve derinden hissettiğimizi çözümleyebiliyor olmak gerektiği ileri sürülmektedir. Fakat her iki seçeneğin de şimdiye kadar, onlarca farklı bakış açısından denenmiş olmasına rağmen ikna edici bir perspektife ulaşamadığı belirtilmektedir. Tasvir edilen yalnızca bilişsel, davranışsal ve sosyal olarak insana benzeyen sistemlerin, felsefi zombilerden farkları ise rastlantısal olarak deneyimlere sahip olma olasılıkları olacağı ifade edilmektedir: Mehtap Doğan, “Yapay Zeka ve Bilinç”, <https://turkiye.ai/yapay-zeka-ve-bilinc/>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

¹⁴⁸ Erol Özmen, “Algı/Algılama”, <https://psikoloji-psikiyatri.com/algı-algılama/>, Erişim Tarihi

bilincinde, idrakinde olma yeteneğini ifade etmektedir¹⁴⁹. İnsanın etrafındaki olguları gözlemleyebilme ve bunlardan belli sonuçlar çıkarabilmesidir¹⁵⁰. Ceza hukukunda ise, fiilinin hukuki anlam ve sonucunu anlayabilecek durumda olmayı ifade etmektedir. Yapay zeka bugün için bu yetiye sahip olmayıp, kendi hareketlerini iyi veya kötü olarak değerlendirememektedir¹⁵¹. Dolayısıyla da fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek düzeyde de değildir. Algılama yeteneği olmadığı gibi irade yeteneklerinin bulunduğu söylenmesi de söz konusu değildir. Doğruyu yanlış ayırt edip, doğruyu yapma imkanına sahipken yanlış yerine getirmeye karar verme yetisi bulunmamaktadır.

İrade özgürlüğü, bağımsız seçim yapma ve karar verme yetisi olarak ifade edilebilir. Bağımsız karar verebilmek için, bağımsız motivasyonlara ya da belirlenmiş hedeflere sahip olmak gerekmektedir. Hedefleri baştan belirlenmiş hiçbir yapının özgür iradesinin bulunmadığı belirtilmelidir. Ayrıca özgür iradenin varlığı için, belirli olmayan hedefler geliştirme yetisi yanında belirli olmayan motivasyonlara da sahip olunması gerekmektedir. Yapay zekalı sistemler, özel bir hedefe ulaşmaları istendiğinde sonuca ulaşma yollarına kendileri karar vermekte ve yollar arasında seçim yapabilmekte, hedefin farklı yollarını deneyebilmekte veya verilen görevi nasıl yerine getireceğini ve hedefin ne olduğunu öğrenebilmektedirler. Ancak sonuçta belli bir veya birkaç amaç, görev doğrultusunda eylemde bulunabilmektedirler. İnsan gibi geniş aralıkta görev yürüten veya kararlar alabilen yapıya şuan için sahip değildirler. İnsan kontrolünden bağımsız, yazılımları ile sınırlı kalmayan, hedeflerini güncelleyebilen sistemler olduklarında özgür hareketten bahsedilecektir¹⁵².

23 Temmuz 2023.

¹⁴⁹ <http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.56db62378b03c3.49766919>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

¹⁵⁰ Özgenç, s. 458.

¹⁵¹ Gless/Silverman/Weigends, s. 129.

¹⁵² “Go oynayan bir program aynı zamanda borsa tahminleri yapamamaktadır. Dolayısıyla günümüzde derin öğrenme yöntemi ile belirli görevleri yerine getiren yapay zekâ uygulamaları dar anlamda bilişsel özgürlüğe sahiptirler diyebiliriz. Ancak tam bir bilişsel özgürlük için yapay genel zekâya ulaşılması zorunlu bir koşuldur. Yapay genel zekâ ise “insan benzeri beceri ile geniş aralıkta görevler yürütebilen yapay zekâ” anlamına gelmektedir (New Scientist, 2021, s. 291). Bu ise birçok bilim kurgu filminde karşımıza çıkan; Bill Gates, Stephen Hawking, Elon Musk gibi birçok düşünürün endişe ile yaklaştığı süper zekâların -insanüstü düzeyde bilişsel performansa sahip genel zekâya sahip sistemlerin- doğuşu anlamına gelmektedir (Bostrom, 2020, s. 39)”, Mehtap Doğan, *Özgür İrade*, s. 805 vd.

Yapay zeka, bugün için fiilin hukuki alam ve içeriğini anlama yeteneğine sahip olmadığı için haksızlık bilincine de doğal olarak sahip değillerdir. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin uygulaması da bugün için söz konusu değildir. Belirtilen nedenlerle yapay zekanın kusur değerlendirmesine konu olmaları bugün mümkün gözükmemektedir. Ancak insan kontrolünden bağımsız, yazılımı ile sınırlı kalmayan, hedefini güncelleyebilen sistem olduğunda, hareketinin hukukten kabul edilemez olduğunu ve bu nedenle de hareketinin “negatif” olarak değerlendirmesi gerektiğini fark ettiğinde kendi hareketlerinden sorumlu tutulabilmeleri söz konusu olacaktır¹⁵³. Bu çerçevede kusurluluğu etkileyen nedenlerin uygulanması da söz konusu olabilecektir. Örneğin zorunluluk hali, cebir veya tehdit etkisiyle fiilin işlenmesi, geçici nedenler (virüs nedeniyle kusur yeteneğinin etkilenmesi) vd. nedenler söz konusu olabilir.

Doktrinde yapay zekanın kusurunun bulunup bulunmadığı da tartışılmakta ve farklı görüşler ileri sürülmektedir¹⁵⁴.

Bir görüş, ceza hukukunda sorumlu tutulabilmek için failin doğru veya yanlış yapma arasında karar verme yeteneğinin, bir başka ifadeyle failin kanuna aykırı bir suç işlemekten sakınması yeteneğinin bulunması gerektiğini, dolayısıyla da yapay zekanın kusur değerlendirmesinin konusunu oluşturmayacağını kabul etmektedir. Geleneksel kusur öğretisinde irade özgürlüğüne sahip kişilerin kusur yeteneğinin bulunduğu kabul edildiği, yapay zekanın ise iradesi özgür olmadığından kusur değerlendirmesine konu olamayacakları belirtilmektedir. Kusur, özgür iradeye sahip kişinin kişinin doğruyu seçmeyip yanlış yerine getirmesi nedeniyle kınanması olarak kabul edildiğinde teknoloji hangi yönde gelişirse gelişsin, “kusurlu” bir robotun kesinlikle düşünülmeceği belirtilmektedir¹⁵⁵. Yapay zekalı makineler öğrenme ve karar verme yeteneğine sahip olsalar da kendi özgürlüklerinin bilincinde olmalarının, toplumda kendilerinin hak ve yükümlülüklerin taşıyıcısı olarak görmelerinin mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁵⁶. Benzer bir görüş, yapay zekanın suç işlediği sırada davranışıyla doğru mu yoksa yanlış mı yaptığını fark edebilmesi halinde ceza hukuku kapsamında incelemeye

tabi tutulabileceğini, keza hatalı davranışından kaynaklanan sosyal kınamaya ilişkin bir anlayış geliştirmesini sağlayan düşünsel kapasiteye sahip olması gerektiğini ve nesnel tanıma ve bireysel değerlendirmeye rağmen, yapay zekanın yanlış davranış için bir karar vermeyi seçebilmesi gerektiğini ifade etmekte ve şuan teknik bir cihaz muhtemelen bir insanla benzer bir işleme ve duysal kapasiteye sahip olmadığı için kusurluluğunun bulunmadığını ifade etmektedir¹⁵⁷. Başka bir görüş, kusurluluğun, bir normun ihlal edildiğinin farkında olmaktan daha fazlasını gerektirdiğini, daha ziyade, kişinin kendi davranışları üzerinde ahlaki olarak düşünmesi ve “iyi ya da kötü bilgisinin” oluşması gerektiğini kabul etmektedir. Bir yapay zeka sistemi, bir kural ihlalini sadece istenmeyen bir davranış olarak kaydedebilir, ama bunu bir insan gibi ahlaki boyutuyla algılayamaz¹⁵⁸.

Diğer bir görüş, cezai kusurluluğun ek bir fonksiyonel karaktere sahip olduğunu, kusurluluğun yüklenmesini özgür iradenin kusurlu hareketine ahlaki bir reaksiyon olarak değil, suçlu tarafından ihlal edilen hukuki geçerliliğe toplum güveninin eski hale iadesi olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, bir kişiye cezai suçluluğun yüklenmesi, hukuk normunun geçerliliğini şüpheye düşürme kapasitesine sahip bir kişiyi gerektirmektedir. Kendi geçmişinin farkında olmama kapasitesi ve ahlaki referans sistemine uygun bir şekilde geçmişin değerlendirilmesi, kusurluluğun yüklenmesi için küçük bir (sosyal) anlam ifade edebilir. Bir bilince sahip olmayan bir varlık ahlaki konular üzerine bir diyaloga giremez ve suçlamalara tepki gösteremez. Dolayısıyla da kusuru olamaz¹⁵⁹. Aynı şekilde bazı yazarlar da irade özgürlüklerinin bulunmadığını belirtmektedirler. Ancak yapay zekâ geliştikçe kendi programına ve fiziksel yapısına müdahalelerde bulunup, kendi kendini yeniden yaratabileceğini, belki irade özgürlüğünden söz edilebileceğini belirtmektedirler¹⁶⁰.

Diğer bir görüş, irade özgürlüğünün fiksiyon olarak kabul edilmesinin düşünülmebileceğini, şu anda ise durumun böyle görünmediğini, irade özgürlüğü gibi kavramların hukuk uygulamasındaki önemine çok fazla değer verildiğini, oysa ki irade özgürlüğünün tartışıldığı çok az kararın bulunduğunu¹⁶¹,

¹⁵⁷ Lohmann, s. 130-131.

¹⁵⁸ Dominika Wigger, *Automatisiertes Fahren und strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit*, Nomos, 2020, s. 144-145.

¹⁵⁹ Görüş için bkz.: Gless/Silverman/Weigends, s. 133, 134.

¹⁶⁰ Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, s. 819, 820.

¹⁶¹ Son yıllarda yapılan nörobilim çalışmalarda, insanın özgür irade sahibi olduğuna dair inancın bir yanılsama olduğuna dair dikkat çekici veriler ortaya konmaktadır. Haynes’e

¹⁵³ Gless/Silverman/Weigends, s. 135. Aynı yönde Kangal, s. 81.

¹⁵⁴ Beynine çip takılan kişinin kusurluluğu ile ilgili olarak bkz.: Köken, s. 276, 277.

¹⁵⁵ Monika Simmler/Nora Markwalder, “Roboter in der Verantwortung? - Zur Neuauflage der Debatte um den funktionalen Schuldbegriff”, *ZSTW*, 2017, 129(1), s. 28.

¹⁵⁶ Gless/Weigend, s. 569-570; Kangal, s. 65.

kusur için kusur yeteneğinin bulunması, haksızlık bilincine sahip olunması ve mazeret nedenlerinin bulunmaması gerektiğini, irade özgürlüğünün doğrudan bir öneminin kalmadığını, dolayısıyla yapay zekanın kusurun koşullarını yerine getirdiği takdirde kusurlu davranışından söz edilebileceğini savunmaktadır¹⁶². Bu görüş, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilmesi ve karar verme (hukuka uygun davranabilme yeteneğine sahip olmasına rağmen hukuka aykırı fiili gerçekleştirmeye karar verme) sürecinde ve bunları dikkate alması konusunun hukukçular nezdinde daha çok çözümlene ve somutlaştırma çabalarını şart kıldığını belirtmektedir¹⁶³.

Diğer bir görüş, robotların ceza sorumluluğunu reddetmekle birlikte robotların irade özgürlüğüne sahip olabilecekleri ve bir hareketi icra etmeye yönelik karar verebilecekleri izlenimini er veya geç bize verebileceklerini, insanlar bakımından da dış dünyadan gördüğümüzün gerçekten özgür hareket edip etmedikleri değil, kararlarından edindiğimiz izlenim olduğunu, ancak bu durumun irade özgürlüğünü reddetmemize sebep olmadığını belirtmektedirler. Bu görüşe göre, iyi bir robot tasarımında ona irade özgürlüğü verilebilir ve robotun yürüdüğü, ayakta durduğu koştuğu, uyuduğu ve ayrıca hırsızlık, öldürme gibi ceza hukuku bakımından önemli bir hareketi gerçekleştirdiği söylenebilir¹⁶⁴. Bazı yazarlar da kusurun varlığı için özgür iradenin gerektiğini, robotun cezalandırılabilmesi için ceza hukuku anlamında serbest şekilde hareket edebildiğini ve bu hareketi nedeniyle kınanabilir olduğunu kabul etmemiz gerektiğini, yani haksızlığı gerçekleştirmeyecek durumdayken haksızlığı gerçekleştirmeyi tercih etmiş olması gerektiğini, ister otonom robot söz konusu olsun ister bir insanın yönlendirdiği robot kol veya mekanizma söz konusu olsun bugün için robotların insanların önceden çizdiği sınırlar içinde ve öngörülen şekilde hareket ettiğini, özgür iradelerinin bulunmadığını, dolayısıyla da kusurlarının bulunmadığını belirtmektedirler. Bununla birlikte teknolojiyle ilgili hususlarda kesin öngörülerden kaçınılması kanaatinde olduğunu, belki de topluluk kusurunda olduğu gibi bir gün ürünlerin de

kusurundan söz etmenin mümkün hale gelebileceğini ifade etmektedirler¹⁶⁵.

Diğer bir görüş ise, makine etiği ile uğraşan araştırmacıların, ahlaka dayanan karar alıcı sistemlerin robotlarda programlanıp programlanmadığını belirlemeye çalıştıklarını, bu çabaların emekleme aşamasında olduğunu, zira çoğunlukla ahlaki karar almanın biçimlendirilmesinin fazlasıyla karışık görüldüğünü, ancak bazı araştırmacıların yapay zekanın bir gün ahlaki muhakeme ile irtibatlandırılma yeteneğini elde edeceğini umduklarını, robotların kesin kararlar vermek için “ehliyet” ve “kusur” sistemi ile programlanabileceğini, eğer ahlaki temellere dayanan kendi kendini belirleme analogu olarak işlem görebilirse robotlara kusur sorumluluğunun yüklenmesinin mümkün olacağını ifade etmektedirler¹⁶⁶.

Fonksiyonel kusur teorisini esas alan¹⁶⁷ bir görüş yapay zekanın da kusurlu hareket edebileceğini kabul etmektedir. Bu görüş, yapay zekalı makinelerin kusurunu cezanın amacıyla uyumlu olduğunda kabul edilebileceğini, bunun ise sadece yapay zekalı makinelere kişi niteliği verildiğinde ve buna eşlik eden yetenekler yüklendiğinde gerçekleşebileceğini, yapay zekalı makinelere olası bir sorumluluk yüklenmesinin cezanın genel önleme amacı kapsamında gerçekleşmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır¹⁶⁸. Diğer bir görüş, teknolojik tekillik ya da programlamamız makinenin iletişimsel ve ahlaki bir özerkliğine yolaçtığı durumda, yapay zekanın sorumluyulemde bulunabileceğini ve iletişimsel cezalandırmayı anlayabileceğini ifade etmektedir. Bu görüş, kusur ve cezai kınanmanın iletişimsel elverişliliğini cezanın koşulları olarak gerekli görmektedir. Bu koşulların yapay zekaya da uygulanması ve kaçınmadığı bir davranıştan dolayı makineyi kınadığımızda makine otonomisinin ihlal edilmiş olacağını belirtmektedir. Suçla ilgili kınamanın boşa gitmemesi için de yapay zekanın hukuki anlaması ve cezanın amacını kavrayabilmesi gerekir¹⁶⁹. Diğer bir görüş ise yapay zekaya sahip araçların eşya olarak ele alınmaları gerektiğini, dolayısıyla hareketlerinin norm ihlali olarak değerlendirilemeyeceği ve kusur yargısının anlamsız olduğunu ifade

göre, kişi karar vermeden daha önce nedensel etki süreci beyinde tamamlanmakta, kişi daha kararının bilincinde değilken her şey beyinde olup bitmekte, daha sonra karar verilmektedir. Dolayısıyla özgür irade bulunmamaktadır: Mehtap Doğan, *Özgür İrade*, s. 792, 793.

¹⁶² Bkz. Hilgendorf, *Können Roboter schuldhaft handeln*, s. 129 vd; Kangal, s. 67, 68.

¹⁶³ Hilgendorf, *Otomatikleşmiş Süreç*, s. 454.

¹⁶⁴ Jan C. Joerden, “Strafrechtliche Perspektiven der Robotik”, *Robotik und Gesetzgebung*, (Hrsg.: Eric Hilgendorf/Jan-Philipp Günther), Baden-Baden, 2013, s. 203, 204.

¹⁶⁵ Koray Doğan, *Sürücüsüz Araçlar*, s. 3237, 3238.

¹⁶⁶ Gless/Silverman/Weigends, s. 134, 135.

¹⁶⁷ Bu teori kapsamında ileri sürülen görüşler için bkz.: Kangal, s. 73 vd.

¹⁶⁸ Bkz. Simmler/Markwalder, s. 45, 46; Kangal, s. 76.

¹⁶⁹ Karsten Gaede, *Künstliche Intelligenz - Rechte und Strafen für Roboter?*, Nomos, 2019, s. 64.

etmektedir¹⁷⁰. Bir başka görüş, kendi kendine öğrenen en modern yapay zeka sistemlerinin davranışlarında bile normatif açıdan motive edilemeyeceklerini, bir tartım sonucunda karar vermediklerini, ya üçüncü kişiler tarafından temin edilen veya kendi gözlemlerinden elde ettiği değerlendirmeye dayandığını, öldürme veya yaralama yasağının normatif anlamını anlamadığını, bir sorun çıktığında (ölüm gibi) gelecek için düzeltmemiz gereken bilişsel bir beklentinin söz konusu olduğunu vurgulamakta, dolayısıyla sorumluluğu kabul etmemektedir¹⁷¹. Bir başka görüş ise robota ceza hukuku açısından kusur izafe edilmesinin şimdilik kabul edilemeyeceğini, ancak ileride özgürlük ve aktiviteyi esas almayan tamamen yeni bir kusur kavramının geliştirilmesiyle mümkün olabileceğini belirtmektedirler¹⁷².

Diğer bir görüş, sınırlı yapay zekalı bir robotun kusur yeteneğinin tam olmadığını, algılama yeteneğinin azalmış olduğunu, buna karşılık, sınırsız bir yapay zekaya sahip olan bir robotun kusur yeteneğinin tam olması gerektiğini ifade etmektedir¹⁷³.

D. Cezanın Amacı Açısından

Yapay zekanın ceza sorumluluğu kabul edildiğinde, cezadan beklenen amacın sağlanması, nasıl cezaların uygulanacağı da önemli bir sorun olarak gözükmektedir¹⁷⁴. Çünkü bütün kabuller, değerlendirmeler insana göre yapılmıştır. Bazı yazarlar, yapay zekanın amacına ulaşmasını engelleyen bir netice ile karşılaştığında önlemenin gerçekleşeceğini ifade etmektedirler. Doktrinde bazı yazarlar yapay zekanın, cezalandırmanın anlamını kavrama yeteneğine sahip olmadıkları için onlara uygulanacak herhangi bir şey ile kusurları arasında bağlantının bulunmadığını¹⁷⁵, klasik cezalarla cezalandırılmaları halinde önlemenin gerçekleştirilemeyeceğini belirtmektedir¹⁷⁶. Yapay zekalar açısından bugün uygulanan tüm cezaların uygun olmadığını belirtmek gerekir. Bir yapay zekaya, insanlarda uygulanan ceza herhangi bir değişiklik yapmaksızın uygulanabildiğinde veya

insanlara uygulanan cezanın yapay zekanın özelliğine uydurulmak suretiyle verilmesi mümkün olduğunda yapay ceza açısından da bir cezalandırmanın uygulanacağı belirtilmelidir. Örneğin bu nedenle yapay zekaya para cezası uygulanabilecektir. Ancak yapay zekaya sahip varlıkların çoğunun parası, malı veya kendilerine ait bir banka hesabı olmadığı için ancak yapay zekaya sahip bir varlık kendi malına veya parasına sahip olursa, para cezasının uygulanmasının mümkün olacağı da ifade edilmelidir. Yine hapis cezası, yapay zekâlı varlık bakımından yapay zekaya sahip varlığın belirli bir süre kullanılmaması şeklinde uygulanabilecektir¹⁷⁷. Yapay zekanın yazılımının imha edilebileceği, silinebileceği, bunun ölüm cezasına eşdeğer olduğu dile getirilmektedir¹⁷⁸. Ancak doktrinde insanlara uygulanan cezai yaptırımlar gibi aynı amaçları tamamlayan yapay zekaya karşı yaptırımlar hayal etmenin zor olduğu da belirtilmektedir. Bir robotun fiziksel tahribi veya bozukluğu bedensel ceza ve hatta ölüm cezasına benzemekle birlikte, yaşama isteği (sağlıklı) aşılanmadığı sürece aynı nitelikte değerlendirilmeyeceği ileri sürülmektedir¹⁷⁹. Cezanın ertelenmesi, kamu yararına çalıştırmanın da yapay zeka için uygulanabileceği belirtilmektedir¹⁸⁰.

Yapay zekanın ceza sorumluluğu kabul edildiğinde cezaya özgü yaptırımların uygulanması da söz konusu olabilecektir. Nitekim bazı yazarlar, yapay zekaya kedine özgü, kanunla düzenlenmiş güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının söz konusu olabileceğini belirtmektedirler. Örneğin yapay zekanın öğrendiklerinin dijital müsadere yoluyla silinebileceği ifade edilmektedir¹⁸¹.

Yapay zeka alanında yaşanan ve ceza hukuku sorumluluğunun kabul edilmesine yol açacak gelişmeler, cezayı belirlenmesi açısından yalnızca fiilin haksızlık içeriğinin göz önüne alınması sonucunu doğurmayacak (TCK m. 61), aynı zamanda yapay zekanın kendisinin de dikkate alınması neticesini ortaya çıkaracaktır. Ceza hukukunda cezanın belirlenmesinde işlenen fiilin haksızlık içeriğini, cezanın bireyselleştirilmesinde ise faili göz önünde tutarken, yapay zekâya ceza belirlenirken yapay zekanın da dikkate alınması

¹⁷⁰ Seher, s. 58, 60.

¹⁷¹ Görüş için bkz. Kangal, s. 79

¹⁷² Joerden, s. 205.

¹⁷³ Köken, s. 277.

¹⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Ziemann, s. 188-190; Seher, s. 58 vd.; Gaede, s. 66 vd.

¹⁷⁵ Gless/Silverman/Weigends, s. 136.

¹⁷⁶ Kangal, s. 83, 84.

¹⁷⁷ Hallevy, s. 136, 138, 140; Sinan Altunç, "Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku", <https://www.academia.edu/37812174/Robotlar_Yapay_Zeka_ve_Ceza_Hukuku>, Erişim Tarihi 22 Temmuz 2023, s. 21.

¹⁷⁸ Hallevy, s. 137; Altunç, s. 21. Ayrıca bkz. Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, s. 822, 823.

¹⁷⁹ Gless/Silverman/Weigends, s. 136.

¹⁸⁰ Hallevy, s. 138, 139.

¹⁸¹ Değirmenci, s. 14.

gerekecektir. Bir başka ifadeyle yaptırım açısından hem fiil ceza hukuku hem de fail ceza hukuku geçerli olacaktır.

SONUÇ

Yapay zeka konusunda yaşanan gelişmeler ceza hukukunu zorlu problemlerle karşı karşıya bırakmakta ve bırakacaktır. Çünkü insanların zarar gördüğü veya tehlikeye uğradığı bir durumda sorumluluk noktasında boşluk bırakılması düşünülemez. Sorumluluk kabul edilmediğinde veya sorumluluk verilmediğinde tehlikeli bir gelişime zemin hazırlanacaktır.

Şu an için ceza hukukunda yapay zekanın ceza sorumluluğunun kabul edilmesi ve cezalandırılması söz konusu değilse de zaman içinde ceza hukukunda tartıştığımız bazı hususların anlamını yitireceğini, farklı tartışmaların ortaya çıkacağını, kabul edilen kavramlarda değişikliğe gidileceğini, yeni yorumların yapılacağını ve yapay zekanın denetim altına alınması için yollar üretileceğini söylemek gerekir. Hareket kavramı, dolayısıyla da fail kavramı, taksir, kusur, hak sahibi, tüzel kişilerin sorumluluğu, yaptırım konuları, üzerinde tartışılması ve çözümlenmesi gereken konular olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bugün için yapay zekanın kedisini cezalandıramamakla beraber yapay zekanın yazılımcısının, üreticisinin ve kullanıcısının ceza sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Ancak yapay zekanın yazılımcısının, üreticisinin ve kullanıcısının ceza hukuku açısından sorumluluklarının belirlenmesi de her zaman kolay olmamaktadır. Ayrıca yapay zekanın kendileri gibi yapay zekalı sistemler tarafından programlandığında ve üretilebildiğinde sorunun daha da büyüyeceğini belirtmek gerekir.

KAYNAKÇA

- Abanoz Öztürk B, “Derin Sahte (Deepfake) Teknoloji Karşısında Türk Ceza Hukuku”, *Yapay Zekâ Temelli Teknolojiler ve Ceza Hukuku, Yapay Zekâ Çalışma Grubu, Yıllık Rapor*, 2021, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/2021yzcguyillikrapor.pdf>>, Erişim Tarihi 31 Temmuz 2023, s. 64-81.
- Akbulut B, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Akkurt SS, “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (13), 2019, s. 39-59.
- Aksoy H, “Yapay Zekalı Varlıklar ve Ceza Hukuku”, *International Journal of Economics, Politics, Humanities & Social Sciences*, 4(1), 2021, s. 10-27.
- Alkan SC, “Yapay Zeka ve Doğal Dil İşleme (NLP)”, <<https://www.hukukvebilisimdergisi.com/yapay-zeka-ve-dogal-dil-isleme-nlp/>>, Erişim Tarihi 29.07.2023.
- Altunç, S, “Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku”, <https://www.academia.edu/37812174/Robotlar_Yapay_Zeka_ve_Ceza_Hukuku>, Erişim Tarihi 22 Temmuz 2023, s. 1-22.
- Arıkan K, “Bilinç ve Bilinçli Olmak Nedir?”, <<https://www.kemalarikan.com/bilinc-ve-bilincli-olmak-nedir.html#:~:text=%C4%B0ngilizcenin%20klasik%20s%C3%B6z%20k1erinden%20olan%20Oxford,ger%C3%A7ekle%C5%9Ftirme%20halinin%20kendisine%20bilin%C3%A7%20denmektedir>>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.
- Bozkurt Yüksel A E, “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış”, *TAAD*, (51), 2022, s. 19-46.
- Candan, Hatice, “Adım Adım Makine Öğrenmesi Bölüm 4: Denetimli Öğrenme ve Denimsiz Öğrenme Arasındaki Fark”, <<https://medium.com/machine-learning-t%C3%BCrkiye/ad%C4%B1m-ad%C4%B1m-makine-%C3%B6%C4%9Frenmesi-b%C3%B6l%C3%BCm-4-denetimli-%C3%B6%C4%9Frenme-ve-denimsiz-%C3%B6%C4%9Frenme-aras%C4%B1ndaki-fark-4aa174983380>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2023.

- Centel, N/Zafer, H/Çakmut, Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020.
- Çetin M S, “Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 95(5), 2021, s. 122-173.
- Değirmenci O, “Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, <https://www.academia.edu/42794137/Yapay_Zeka_ve_Ceza_Sorumluluğu>, Erişim Tarihi 25 Temmuz 2023, s. 1-16.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Doğan K, “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai sorumluluk”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, 21(Özel S.), 2019, s. 3219-3251.
- Doğan, K, “Tüzel Kişilerin İdari Para Cezası Sorumluluğunda İsnadiyet Sorunu”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1), 2015, s. 1-77.
- Doğan M, “Yapay Zekâ ve Özgür İrade: Yapay Özgür İradenin İmkânı”, *TRT Akademi*, 2021, 6(13), s. 788-811.
- Doğan, M, “Yapay Zeka ve Bilinç”, <<https://turkiye.ai/yapay-zeka-ve-bilinc/>>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.
- Dursun S, *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Dursun S, “Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri”, <<http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-tch-reformu-ekonomi-ceza.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Ağustos 2023, s. 2239-2250.
- Ercan, C, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri”, *TAAD*, (40), 2019, s. 19-51.
- Erdoğan, G, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, *AD*, (66), 2021, s. 117-192.
- Eroğlu, A, “Henri Bergson’da Bilinç-Sezgi İlişkisi”, *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (27), 2012, s. 81-102.
- Frackiewicz, Marcin, “Yapay Zeka ve Siber Suçları Önleme: Akıllı Sistemler Siber Tehditleri Tespit Etmeye ve Önlemeye Nasıl Yardımcı Oluyor?”, <[https://ts2.space/tr/yapay-zeka-ve-siber-suclari-onleme-akilli-](https://ts2.space/tr/yapay-zeka-ve-siber-suclari-onleme-akilli-sistemler-siber-tehditleri-tespit-etmeye-ve-onlemeye-nasil-yardimci-oluyor/)

sistemler-siber-tehditleri-tespit-etmeye-ve-onlemeye-nasil-yardimci-oluyor/>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2023.

- Gaede K, *Künstliche Intelligenz - Rechte und Strafen für Roboter?*, Nomos, 2019.
- Gless S, “‘Mein Auto fuhr zu schnell, nicht ich!’-Strafrechtliche Verantwortung für hochautomatisiertes Fahren”, *Intelligente Agenten und das Recht*, (Hrsg.: Sabine Gless/Kurt Seelmann), Baden-Baden, 2016, s. 225-251.
- Gless S/Weigend T, “Intelligente Agenten und das Strafrecht”, *ZSTW*, 2014, 126(3), s. 561-591.
- Gless S/Silverman E/Weigend T, “Robotlar Zarara Neden Oluyorsa, Kim Sorumlu Tutulabilir? Kendi Kendini Süren Arabalar ve Cezai Sorumluluk”, (Çev.: Serkan Oğuz), *Küresel Bakış*, (23), 2017, s. 125-147.
- Gropp W, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Springer, 2005.
- Güçlütürk O G, *Türk Hukukunda Makine Öğrenmesine Dayalı Yapay Zekada Verinin Hukuka Uygun Şekilde Kullanılması*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021.
- Güner U, “Ekonomik Suçlar ve Ekonomi Ceza Hukukuna İlişkin Yasal Düzenlemeler”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, 21(Özel S.), 2019, s. 1411-1442.
- Hallevey G, “Yapay Zekaya Sahip Varlıkların Cezai Sorumluluğu - Bilim Kurgudan Yasal Toplumsal Denetime”, (Çev.: Müslim FİNCAN), *Küresel Bakış*, (24), 2018, s. 111-142 vd.
- Hilgendorf E, “Können Roboter schuldhaft handeln, Zur Übertragbarkeit unseres normativen Grundvokabulars auf Maschinen”, *Jenseits von Mensch und Maschine*, (Hrsg.: Susanne Beck), Baden-Baden, 2012, s. 119-132.
- Hilgendorf E, “Otomatikleşmiş Sürüş ve Hukuku-Genel Bir Bakış”, (Çev.: Barış Atladı), *Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zeka ve Yeni Teknolojiler*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 21 (Editör Yener Ünver), 2021, s. 437-455.
- İnan Orman M, “Avrupa Birliği Hukukunda İdari Para Cezaları”, *Kabahatler Hukuku Yazıları-II*, 2018, s. 111-144.

- Joerden J C, “Strafrechtliche Perspektiven der Robotik”, *Robotik und Gesetzgebung*, (Hrsg.: Eric Hilgendorf/Jan-Philipp Günther), Baden-Baden, 2013, s. 195-209.
- Kangal Z T, *Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Kandır M O, “Yapay Zekanın Siber Suçlardaki Rolü”, *Hukuk ve Bilişim 3. Nesil Hukuk Dergisi*, <<https://www.hukukvebilisimdergisi.com/yapay-zekanin-siber-suclardaki-rolu/>>, Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.
- Kara Kılıçarslan S, “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *YBHD*, (2), 2019, s. 363-389.
- Koca M/ Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kökdemir D, “Yapay Zeka Neredeyse Tamam: Peki Yapay Bilinç?, <<https://www.birgun.net/makale/yapay-zeka-neredeyse-tamam-peki-yapay-bilinc-449790>>, Erişim Tarihi 22 Temmuz 2023.
- Köken E, “Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu”, *TAAD*, (47), 2021, s. 247-286.
- Lohmann A, *Strafrecht im Zeitalter von Künstlicher Intelligenz, Robotik und Recht*, Nomos 2021.
- Okuyucu Ergün G, “Machina Sapiens”, *AÜHFD*, 72(2), 2023, s. 717-758.
- Özen Y, “Değerler Felsefesi Açısından İrade ve Bileşenleri (Özgür Bir İrademiz Var mı?)”, <[https://psikoloji-psikiyatri.com/algı-algılama/](https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/149874#:~:text=Diğer%20bir%20tanımda%20irade%2C%20bir,verme%20gücü%2C%20istenç%20olarak%20tanımlanabilir,>>, Erişim Tarihi 2 Ağustos 2023, s. 1-14.</p><p>Özgenç İ, <i>Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler</i>, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.</p><p>Özmen E, “Algı/Algılama”, <, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.
- Öztemel E, “Yapay Zekâ ve İnsanlığın Geleceği”, <https://tuba.gov.tr/files/yayinlar/bilim-ve-dusun/TUBA-978-605-2249-48-2_Ch9.pdf>, Erişim Tarihi 05 Ağustos 2023, s. 99-112.
- Papuççuyan A, “DeepMind’den yazılımcılar ile rekabet edebilen yapay zeka: AlphaCode AI”, <<https://webrazzi.com/2022/02/03/deepmind-dan->

yazilimcilar-ile-rekabet-edebilen-yapay-zeka-alpha-code-ai/>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2023.

- Pormetter R, “Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Zeitalter der Robotik”, *Strafrecht und Moderne Technologien, Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht*, Band 5, (Hrsg.: Gunnar Duttge/Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 105-118.
- Roxin C/Greco L, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5. Baskı, C.H. Beck, 2020.
- Seher G, “Intelligente Agenten als ‘Personen im Strafrecht?’” in- Gless, Sabine/Seelmann, Kurt (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-Baden, 2016, s. 45- 60.
- Simmler M/Markwalder N, “Roboter in der Verantwortung? - Zur Neuaufgabe der Debatte um den funktionalen Schuldbegriff”, *ZSTW*, 2017, 129(1), s. 20-47.
- Şahin A D, “Otonom Araçların Hukuki Sorumluluğunun Türk ve Alman Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Suç ve Ceza*, 4, 2020, s. 977-1026.
- Taşdemir Ö/Özbay Ü V/ Kireçtepe B O, “Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme”, *AÜHFD*, 69(2) 2020, s. 793-833.
- Üren Ç, “Yapay Zeka İşinizi Ne Zaman Elinizden Alacak: 10 Sektörden Tahminler”, <<https://www.indyturk.com/node/646156/bilim/yapay-zeka-isinizi-ne-zaman-elinizden-alacak-10-sektorlerden-tahminler>>, Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.
- Wigger D, *Automatisiertes Fahren und strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit*, Nomos, 2020.
- Yapay Zeka ve Veri Bilimi, *Hukuk ve Bilişim Pazar Bülteni*, <[https://www.linkedin.com/pulse/hukuk-ve-bilim-pazar-bülteni-sayı-68-hukuk-ve-bilim-dergisi/](https://www.linkedin.com/pulse/hukuk-ve-bilim-pazar-bulteni-sayı-68-hukuk-ve-bilim-dergisi/)> Erişim Tarihi 27 Temmuz 2023.
- Yazıcı, A N M, *Otonom Aracın Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2023.
- Ziemann S, “Wesen Wesen, seid’s gewesen? Zur Diskussion über ein Strafrecht für Maschinen”, *Robotik und Gesetzgebung*, (Hrsg.: Eric Hilgendorf/Jan-Philipp Günther), Baden-Baden, 2013, s. 183-194.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

HAKSIZLIK YANILGISI BAĞLAMINDA “KÜLTÜREL SAVUNMA”*

“CULTURAL DEFENSE” IN THE CONTEXT OF MISTAKE OF LAW

Ali Şahin KILIÇ** 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1341740](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1341740) 

Farklı kültürel değer sistemlerine sahip kişilerin beraber yaşadığı toplumlarda, toplumun bazı üyeleri, hukuk sisteminde geçerlilik tanınan normları anlamlandırmada ve bunlara uygun davranmada sorunlarla karşılaşabilmektedir. Bu durum, kanunda tanımlanan tipik eylemi gerçekleştiren kişinin, içinde yetiştiği kültüre uygun davrandığını ve bu nedenle gerçekleştirdiği eylemin haksızlık teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğünü ileri sürmesi halinde, bu kişinin ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi bakımından ciddi sorunlara neden olmaktadır. Kültürel savunma ile bağlantılı tartışmalar suç teorisinin pek çok alanı ile ilgili olmakla birlikte sorun genellikle kusurluluk ve haksızlık yanılığı bağlamında ele alınmaktadır. Bu şekilde bir savunmanın, haksızlık yanılığı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu mahkeme kararlarına da konu olmakta ve bu kararlar yargılama süreci de dahil olmak üzere ciddi tartışmalara yol açmaktadır. Makalede uygulamaya konu olmuş örneklere yer verilerek kültür, haksızlık bilinci, kusurluluk ve ceza hukuku sorumluluğu arasındaki ilişki ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Haksızlık yanılığı, Haksızlık bilinci, Kültürel savunma, Kusurluluk, Hata.

* Bu makale, Ankara Barosu 12. Uluslararası Hukuk Kurultayı'nda 27.5.2022 tarihinde sunulan aynı başlıklı tebliğin genişletilmiş ve gözden geçirilmiş halidir.

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** ali.kilic@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-7915-2418, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1341740.

* İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



ABSTRACT

In the societies in which individuals from different cultural backgrounds live together, certain members of the society could face problems to understand and follow valid norms. This complexity is heightened in legal contexts when defendants claim they acted in alignment with their cultural norms, thereby asserting they were unaware of the act's wrongfulness. This raises the intriguing and often controversial debate on the “Cultural Defense” in criminal law. Debates over “Cultural Defense” are in relation with different areas of criminal law. However, the problem is generally considered in the scope of culpability and mistake of law. The question, whether such defense causes a mistake of law or not, is being discussed in court decisions and these decisions lead to serious debates. In this presentation, the relation between culture, culpability, mistake of law and criminal law responsibility will be examined with examples from court decisions.

Keywords: Mistake of law, Awareness of unlawfulness, Cultural Defence, Culpability, Mistake.

EXTENDED ABSTRACT

The concept of “cultural defense” generally refers to a particular defense put forth by the defendants who, having committed an act deemed punishable by the legal system of a state in which they later reside, attributes their actions to their cultural background.

This defense often hinges on the premise that the accused believes the actions that steeped in cultural practices, does not bear criminal responsibility. Cultural defense has given rise to diversity issues in criminal theory and procedure. In many cases related to cultural defense, the accused asserts that he/she was not aware of the act was wrongful or holds a mistaken belief that the act was permissible. These scenarios spur discussions about the validity of claiming a mistake of law (Verbotsirrtum) based on cultural perspectives, and whether such mistakes were unavoidable. This paper will first elucidate the concepts of cultural defense and mistake of law. Subsequently, it will address the central question: Can arguments presented under the concept of cultural defense be contextualized as a mistake of law? The broader relationship between culture and criminal law falls beyond the extent of this paper.

In the realm of criminal theory, the concept of mistake of law holds distinct implications, with the avoidability of the mistake being pivotal in ascertaining an individual's criminal liability. Specifically, only if a mistake about the wrongfulness of an act is unavoidable does it exonerate the individual from criminal responsibility. If the mistake is avoidable, it may only serve as a mitigating factor when determining the appropriate penalty. The “avoidability” of mistake of law pertains to an individual's capacity to understand the specific legal obligations. When assessing the avoidability of a mistake, it is imperative to consider the individual's knowledge

base, the educational background they possess, and the socio-cultural background in which they operate. In instances where cultural defenses are evoked, it becomes both feasible and crucial to recognize the cultural context in which an individual has been nurtured and the degree to which they are shaped by this cultural ethos. The consideration of avoidability essentially hinges on evaluating an individual's capability to conceive the essence of a legal norm, conform to its stipulations, or even internalize its core principles. Within this schema, it is acknowledged that if an individual, despite harboring reservations about the propriety of their impending action, still proceeds with it, then their mistake is deemed to be “avoidable”. This premise underscores the importance of an individual's cognitive awareness and the deliberative processes they undertake before committing an act. The concept of avoidability, particularly when analyzing cultural defenses within the legal system, is multifaceted and hinges on several criteria. Firstly, understanding the nature of the crime is crucial. Secondly, the compatibility—or lack thereof—between cultural and legal frameworks is of significance. In scenarios where these systems align, asserting the unavoidability of a mistake becomes more challenging. The third criterion revolves around an individual's tenure and experiences within a host country. Factors, such as the duration of their stay and whether they belong to the first generation in that country, are instrumental. However, the mere length of residence isn't the only determinant; the depth of one's cultural and social integration also plays a significant role. For instance, individuals leading isolated lives within close communities may be more inclined to have unavoidable errors. Lastly, there's the matter of how a particular act is viewed within an individual's native cultural and legal paradigm. While the act's legal categorization in one's home culture isn't definitively indicative, it can still shed light on their subjective perceptions of wrongdoing. Collectively, these criteria offer a comprehensive vantage point to scrutinize the notion of mistake avoidability, especially amidst the complexities of intercultural interactions.

In a constantly globalizing world, where diverse cultures merge due to aspects such as migration, situations that call for examination through the focus of cultural defense are on the rise. This raises debates over whether the cultural defense should be recognized as a different category of mistake of law in criminal theory. Presently, the framework of mistake of law is sufficiently comprehensive to encompass considerations of cultural defense. As such, there is no pressing need to legislate cultural defense as an independent type of mistake of wrongfulness or a wholly distinct error category. Factors aligning with cultural defense can be integrated into assessments of the existence of a mistake of wrongfulness and the subsequent deliberation on the avoidability of such a mistake.

GİRİŞ

Kişinin, daha sonra yerleştiği bir devletin hukuk sisteminde suç olarak tanımlanmış haksızlığı gerçekleştirilmesinin ardından, içerisinde yetişmiş olduğu kültürü gerekçe göstererek savunmada bulunması, genel bir ifade ile kültürel savunma olarak adlandırılmaktadır. Kültürel savunmada kişi cezai sorumluluğunun mevcut olmadığını kültürel pratikler ile gerekçelendirilmektedir. Suç teorisinin pek çok farklı alanında ve hatta ceza muhakemesinde, kültürel savunma birbirinden farklı tartışmalara yol açmaktadır. Kültürel savunmanın söz konusu olduğu olayların önemli bir kısmında gerçekleştirilen eylemin haksızlık teşkil ettiğinin kişi tarafından bilinmediği öne sürülmekte; eylemin haksızlık teşkil etmediğine ilişkin bir yanılgının mevcut olduğu iddia edilmektedir. Bu şartlar altında gerçekleştirilen eylem bakımından haksızlık yanılgısının varlığının kabul edilip edilmeyeceği ve yanılgının kaçınılabilirliğinin tespiti bağlamında kültürel nedenlerin değerlendirme konusu yapıp yapılmayacağı hususları tartışılmaktadır. Bu çalışmada, öncelikle kültürel savunma ve haksızlık yanılgısı kavramları açıklanarak, kültürel savunma kapsamında ileri sürülen gerekçelerin haksızlık yanılgısı bağlamında değerlendirilebilir değerlendirilemeyeceği sorusuna yanıt aranacaktır. Genel olarak kültür ve ceza hukuku ilişkisi ise kapsam dışında tutulmuştur¹.

I. KÜLTÜREL SAVUNMA KAVRAMI

Failin kültürel arka planına dayanarak ileri sürdüğü savunma argümanları, kültürel savunma olarak adlandırılmaktadır². Kültürel savunmanın söz konusu olabilmesi genel anlamda kişinin kültürel arka planı ile bağlantılı bir suç işlemesi; daha açık bir ifade ile kişinin işlediği suç bakımından, kültürel arka planının belirleyici bir unsur olması gerekmektedir³. Bu şekilde işlenen suçlarda kişinin kültürel arka planına dayanarak ortaya koyduğu savunma kültürel savunma olarak nitelendirilmektedir⁴.

¹ Bu konu hakkında bilgi için bkz. Fabio Basile, *Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht, Die Behandlung der kulturell motivierten Straftaten*, Çev. Thomas Vormbaum, Lit Verlag, 2015, s. 30 vd.

² Kent Greenwalt, “The Cultural Defense”, Will Kymlicka, Claes Lernstedt, Matt Matravers, (ed.), *Criminal Law and Cultural Diversity*, Oxford, 2014, s. 153 vd., Alejandra Castillo Ara, *Normbefolungsunfähigkeit im Strafrecht*, Duncker & Humblot, 2018, s. 84.

³ Jeroen von Broeck, “Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9(1), 2001, s. 29-30.

⁴ Konunun genel olarak hukuk ve kültür ilişkisi içerisinde değerlendirmesi için bkz. Saim

Kültürel savunma, suç teorisinin farklı alanları ile ilişkili olabilmekte; bazı durumlarda ise delillerin değerlendirilmesi bağlamında ceza muhakemesi hukukunun alanına da girebilmektedir⁵. Bu bağlamda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata, kusur yeteneğini etkileyen akıl hastalığı ve haksızlık yanılgısı bağlamında kültürel savunma gündeme gelebilmektedir⁶. Kültürel savunma veya kültürel arka planın getirdiği motivasyon ile gerçekleştirilen eylemlerden doğan sorumluluğun hukuka aykırılık bağlamında ele alınmayacağı; başka bir ifade ile bu gibi gerekçelerin bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabulünün mümkün olmadığını ifade etmek gerekir⁷. Kültürel nedenlerle gerçekleştirilen ancak haksızlık teşkil eden eylem çeşitli nedenlerle hukuka uygun addedilemez. Kültürel savunma, suçun yapısında tipiklik ve kusur içerisinde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda konumuz kapsamında kültürel savunmanın kusurluluk bağlamında değerlendirilmesi gereken iki görünüm biçimi bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde fail, içinde yetiştiği veya yaşadığı kültürel arka planının etkisiyle gerçekleştirdiği eylemin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde değildir; haksızlık yanılgısı içerisinde eylemde bulunmaktadır. Diğerinde ise fail, aynı nedenle gerçekleştirdiği eylemin bir

Üye, “Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 68(3), 2010, s. 23, Kültürel savunmanın niteliğinin anlaşılması için Birleşik Krallık’ta yargılamaya konu olmuş bir olayın kısaca ele alınması faydalı olacaktır. Söz konusu yargılamada Nijeryalı anne A sekiz ve on dört yaşlarındaki iki oğlunun yüzüne kesici bir aletle çeşitli şekiller çizmiş ve olayda kasten yaralama suçunun işlendiği iddiası ile anne hakkında yargılama yapılmıştır. A, savunmasında mensubu olduğu Y kabilesinde yüzde şekiller çizilmesinin olağan bir uygulama olduğunu, çocukların kişilik kazanmaları bakımından bu şekillerin gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme kararında annenin gerçekleştirdiği eylemin cezaya değer bir haksızlık teşkil ettiğini tespit etmiş ancak anne hakkında ceza yaptırımına hükmetmemiştir. Mahkemenin kararında, kişinin kültürel arka planına uygun davranmış olduğu yönündeki savunmanın bir anlam ifade etmediğini, bununla birlikte kişinin gerçekleştirdiği eylemde hukuka aykırı hareket ettiğinin farkında olmadığını ve bu nedenle de cezalandırılmadığını vurgulamıştır. Alison Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 50, Sebastian Poulter, “Foreign Customs and the English Criminal Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 24(1), 1975, s. 137.

⁵ Bunlara ilişkin olarak bkz. Renteln, s. 24 vd, farklı bir kavram olarak kültürel saikle işlenen suçlar için bkz. Basile, s. 321 vd, yazar bu suçları, bir azınlığa mensup kişi tarafından gerçekleştirilen, çoğunluğun kültürünün egemen olduğu hukuk düzenince suç olarak kabul edilen ancak aynı zamanda failin mensubu olduğu azınlık tarafından mazur görülebilir, kabul edilebilir, ödüllendirilebilir, teşvik edilebilir veya yükümlü kılabilir nitelikte eylemler şeklinde tanımlanmaktadır. Basile, s. 55-56, bu konuda ayrıca bkz. von Broeck, s. 3 vd.

⁶ Örnekler için bkz. Castillo Ara, s. 85, bunlara ilişkin olarak ayrıca bkz. Renzikowski: Strafrecht in einer multikulturellen Gesellschaft *Neue Juristische Wochenschrift* Beil. 2014, 2539 vd., Tatjana Hörnle, “Kultur, Religion, Strafrecht- Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft” *Neue Juristische Wochenschrift*, Beil. 2014, s. 34 vd.

⁷ Hörnle, Kultur, Religion, Strafrecht, s. 35

haksızlık veya suç teşkil ettiğini bilmesine rağmen bu eylemi gerçekleştirmek hususunda kendisini yükümlü hissetmektedir⁸. Haksızlık yanılgısı bağlamında ele alınması gereken husus birinci ihtimalde yer almaktadır. Diğer sorun suç politikası kapsamında bu tür eylemlere hukuk düzeni tarafından gösterilecek tepki dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁹. Haksızlık yanılgısı ise kusurlulukla ilgili bir konudur ve kültürel nedenlerin haksızlık yanılgısı kapsamında ele alınıp alınamayacağı konusunda çözüme ulaşılması öncelikle haksızlık yanılgısı kavramının ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

II. HAKSIZLIK YANILGISI VE KÜLTÜREL SAVUNMA

A. Haksızlık Yanılgısı ve Suç Teorisindeki Konumu

Kişinin gerçekleştirdiği eylemin bir haksızlık teşkil ettiği hususunda hataya düşmesi öğretilde haksızlık yanılgısı (*Verbotsirrtum*) olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Haksızlık yanılgısında kişi, gerçekleştirdiği eylem bakımından tipiklik unsurlarının farkında olmakla birlikte bu eylemin hukuk düzeni ile çatışma halinde olduğunun bilincinde değildir. Eylemin ahlaka aykırılık teşkil ettiği yönündeki bilgi haksızlık bilincinin varlığını kabul bakımından yeterli olmadığı gibi eylemin cezalandırılabilir olduğunun

⁸ Renteln, s. 187, Basile, s. 345.

⁹ Bu tür eylemlere töre saiki ile işlenen kasten öldürme suçları örnek gösterilebilir. Töre saiki ile kasten öldürme Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin 1. fıkrasından (k) bendinde cezada artırım yapılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

¹⁰ Kristian Kühn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Bası, Vahlen, , 2017, s. 385, Claus Roxin/ Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil- Band I*, 5. Bası, C.H. Beck, 2020, s. 1056, Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Seçkin, 2022, s. 453; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, 2022, s. 455; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Adalet, 2022, s. 693; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Hasan Sinar, Rifat Murat Önok, Barış Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I*, 14. Bası, Der, 2016, s. 247; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Bası, Beta, 2017, s. 430; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, 2022, s. 665; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku*, 28. Bası, Adalet, 2023, s. 444; Hakan Yavuz, “Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası” (TCK m. 30/4)”, *TAAD*, 12(46), 2021, s. 202 vd., Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 110, 2014, s. 140 vd., Sahir Erman, “Ceza Kanununda Hukukî Bilmeme ve Yanılma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12(2-3), 1946, s. 511- 516. Devrim Güngör, “Kural Üzerinde Hata”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 68, 2007, s. 135-160. Sefa Çetin, “Haksızlık Hatasının Suç Genel Teorisindeki Yeri ve İçeriği”, *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, 3, 2018, s. 17-41, Sesim Soyer Güleç, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M. 30/4)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1), 2008, s. 59 vd.

bilinmemesi de haksızlık bilincinin yokluğu sonucuna yol açmaz¹¹. Haksızlık yanılgısı bağlamında önem taşıyan husus, kişinin hukuk düzenince geçerlilik tanınan bir norma aykırı eylemde bulunduğu bilincinde olmasıdır¹². Haksızlık yanılgısı, tipik ve hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirilmiş olmasına rağmen kişinin kusurluluğu üzerinde etkide bulunmakta ve kişiye ceza yaptırımını uygulanıp uygulanmayacağı bağlamında dikkate alınmaktadır.

Haksızlık yanılgısının kusur kapsamında ele alınma nedeni haksızlık bilincinin suç teorisindeki konumu ve kusurun tanımı ile ilgilidir. Buna göre, kusur; kişinin hareketlerini hukukun gereklerine göre yönlendirme imkânı ile ilgilidir ve bu bağlamda gerçekleştirdiği eylemin haksızlık niteliğini bilmeyen-haksızlık bilinci ile hareket etmeyen- kişi gerçekleştirdiği eylemin karşılığının belirlenmesi bakımından özel bir konumu haizdir¹³. Haksızlık bilinci olmaksızın eylemde bulunan kişi, hukukun gereklerine aykırı hareket etme hususunda bilgi eksikliğinden dolayı serbest bir irade oluşturamamaktadır. Diğer bir ifade ile kişi bu durumda eyleminin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmadığından kişinin haksızlığı gerçekleştirme yönündeki tercihi serbest iradesine dayanmamaktadır¹⁴. Haksızlık bilinci olmaksızın eylemde bulunan kişinin cezalandırılması işlevsel olarak da bir anlam taşımamakta, bu durumda cezanın özel önleme fonksiyonu gerçekleşmemektedir¹⁵.

Haksızlık yanılgısı, tipikliğin objektif unsurlarında hatadan farklı bir nitelik göstermektedir. Haksızlık yanılgısında, tipiklik unsurlarına ilişkin bilgi tam olmasına rağmen, eylemin haksızlık teşkil ettiği hususunda bir yanılgı söz konusudur. Tipikliğin objektif unsurlarında hata durumunda ise failin tasavvuru ile realite birbirine uymadığından dolayı failin kastı ortadan kalkmaktadır. Bu durumda hatanın kaçınılabilir olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme gündeme gelmez¹⁶. Benzer şekilde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata da haksızlık yanılgısından farklı niteliktedir. Esasen bunlar ile haksızlık yanılgısı arasındaki temel farklılık, tipiklik unsurlarında hata ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata durumlarında, kişinin

¹¹ Kühn, s. 385.

¹² Brian Valerius, *Kultur und Strafrecht, Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, 2011, s. 181-182.

¹³ Bu konuda bkz. Castillo Ara, s. 17 vd. Neslihan Göktürk, *Haksızlık Yanılgısı*, Seçkin, 2016, s. 13 vd.

¹⁴ Göktürk, s. 27.

¹⁵ Göktürk, s. 51.

¹⁶ Göktürk, s. 74.

yanılgısı somut olayın şartlarına ilişkin, haksızlık yanılgısında somut olayın şartlarının kişi tarafından biliniyor olmasında kendisi göstermektedir. Sözü edilen hata türlerinden farklı olarak haksızlık yanılgısında gerçekleşen olay ile kişinin bu olayın gerçekleşme şekline ilişkin tasavvuru arasında bir uyumsuzluk bulunmamakta, kişi somut olay bakımından haksızlık bilinci ile hareket etmemektedir. Yukarıdaki örnekte yola çıkarak açıklamak gerekirse, çocuğun yüzüne bıçakla şekiller çizen anne, karşısında bir çocuğun bulunduğunu, onu silah sayılabilecek bir nesne ile yüzünde sabit ize neden olacak şekilde yaraladığını bilmekte ancak bu eylemin bir haksızlık niteliğinde olduğu hususunda hataya düşmektedir¹⁷. Buradan da anlaşıldığı üzere haksızlık yanılgısının tipikliğin subjektif unsurları ile bir ilişkisi bulunmamaktadır¹⁸.

Kültürel savunma bağlamında gündeme gelebileceğinden dolayı değerlendirilmesi gereken bir diğer husus doğrudan haksızlık yanılgısı ile dolaylı haksızlık yanılgısı arasındaki ayrıma ilişkindir. Bu ayrıma göre kişinin haksızlık bilinci olmaksızın gerçekleştirdiği eylemlerde doğrudan haksızlık yanılgısı, kişi haksızlık bilincini haiz olmakla birlikte gerçekleştirilen eylem bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu, hukuk düzenince bu eyleme izin verildiği düşüncesi ile eylemde bulunulması halinde ise dolaylı haksızlık yanılgısı söz konusu olmaktadır¹⁹.

B. Haksızlık Yanılgısı ve Kültür

Haksızlık yanılgısı bağlamında tartışılan hususlardan birisi kültürel savunmanın ayrı bir yanığı türü veya haksızlık yanılgısının özel bir şekli olarak ele alınmasının gerekip gerekmediğidir. Bu yöndeki tartışmalar genelde olumsuz bir yanıtla sonlanmaktadır. Nitekim, kültürel savunmanın haksızlık yanılgısının bir türü olup olmadığına ilişkin tartışmalarda, bu şekildeki bir kabulün haksızlık yanılgısı ve bu yanılgının kaçınılmazlığına ilişkin tüm gereklilikleri değiştireceği ileri sürülmektedir. Buna göre, içinde yaşadığı kültüre yabancı olan kişinin hemen her eyleminde şüphe içerisinde bulunması kültürel savunmanın haksızlık yanılgısının bir türü veya ayrı bir kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olarak kabulünü riskli kılmaktadır²⁰. Kişinin içerisinde

yetiştirdiği kültürel arka planından kaynaklanan nedenler, haksızlık bilincini etkileyebilecek pek çok farklı nitelikteki nedenden ancak birini oluşturabilir²¹. Haksızlık yanılgısı içerisinde değerlendirilebilirliği dikkate alındığında kültürel nedenlerle haksızlık yanılgısına düşülmesinin ayrı bir hukuki kurum olarak düzenlenmesinin gerekli olmadığına işaret edilmektedir²². Öğretideki genel kabul bu yönde olmakla birlikte Kültürel savunmayı ayrı bir konuma yerleştiren kanuni düzenlemeler de mevcuttur. Bu yönde bir düzenlemeye Peru Ceza Kanununda yer verilmiştir. Peru Ceza Kanunu'nun 15. maddesinde kültür veya gelenekleri nedeniyle gerçekleştirdiği eylemin cezai karakterini anlama yeteneğini haiz olmayan ya da bu nedenle davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme yeteneği bulunmayan kişilerin cezalandırılmayacakları hüküm altına alınmıştır; ayrıca bu durumda kişiye verilecek cezada indirim yapılabileceği öngörülmüştür²³.

Uygulama örneklerine bakıldığında kültürel savunmanın haksızlık yanılgısı bağlamında kabul edildiği ve failin haksızlık yanılgısı kapsamında hareket etmiş olması nedeniyle cezalandırılmadığı örnekler ile karşılaşılmaktadır. Mannheim Eyalet Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda, Pakistan vatandaşı A, ev arkadaşı L tarafından bıçakla yaralanmış vaziyette kapısını çalan komşusu K'nin yardım isteğine karşılık vermemiştir. K'nin hayatını kaybetmesi üzerine A hakkında Alman Ceza Kanunu § 323c hükmünde düzenlenen yardım yükümlülüğünün ihlali suçunu işlediği gerekçesi ile kamu davası açılmıştır. Yerel mahkemece hapis cezası ile cezalandırılan sanık hakkında yapılan istinaf incelemesinde, mahkeme diğer hususların yanında yardım etme yükümlülüğü olduğunu bilmediğini²⁴ ileri süren sanığın olay sırasında bir yıldan daha az süredir Almanya'da yaşıyor olması, Almanca konuşmaması ve anlamakta zorluk çekmesi nedeniyle sosyalleşme imkanına sahip olmaması ve genellikle kendi milletine mensup kişilerle vakit geçirmesi, okur yazar olmaması gibi hususları dikkate alarak olayda kaçınılmaz bir haksızlık yanılgısının mevcut olduğu sonucuna ulaşmıştır²⁵.

tartışmalar için bkz. Castillo Ara, s. 209 vd. Çalışmamızın sınırlarını aştığından bu husus daha fazla değerlendirme konusu yapılmayacaktır.

²¹ Valerius, s. 180.

²² Roxin/Greco, s. 1007.

²³ Basile, s. 417-418.

²⁴ İhmalî suçlarda haksızlık bilinci hakkında bkz. Göktürk, s. 62-63.

²⁵ LG Mannheim, Urteil vom 03-05-1990- (12)2 Ns 70/89, farklı devlet uygulamalarından örnekler için bkz. Basile, s. 405 vd, farklı örnekler için bkz. Hakeri, s. 446.

¹⁷ bkz. yukarıda (4) sayılı dipnot.

¹⁸ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin, 2021, s. 535, Mahmut Koca/ İlhan Üzümler, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, 2021, s. 368.

¹⁹ Koca/Üzümler, s. 368-369, Göktürk, s. 125, haksızlık yanılgısı ile ilgili diğer ayrımlar için bkz. Göktürk, s. 115 vd.

²⁰ Castillo Ara, s.208, kültürel savunmaya suç teorisinde ayrı bir konum verilmesine ilişkin

III. KÜLTÜREL SAVUNMA BAĞLAMINDA HAKSIZLIK YANILGISINDA “KAÇINILABİLİRLİK” KRİTERLERİ

A. Haksızlık Yanılgısı ve Kaçınılabirlik

Haksızlık yanılgısının suç teorisinde farklı sonuçları bulunmakta, kişinin içinde bulunduğu yanılgının kaçınılabirliği kişinin cezai sorumluluğunun belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Buna göre, eylemin haksızlık teşkil ettiği hususunda yalnızca kaçınılamaz nitelikteki yanılgı kişinin ceza hukuku sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Hatanın kaçınılabir olması halinde ise bu durum ancak cezanın belirlenmesi bağlamında dikkate alınabilecektir²⁶.

Kaçınılabirlik, kişinin *somut hukuki yükümlülüğü idrak edebilirliği* ile ilgilidir²⁷. Bu bağlamda yanılgının kaçınılabir olup olmadığı, failin kişisel özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir. Haksızlık yanılgısının düzenlendiği 30. maddenin 4. fıkrasının gerekçesinde yanılgının kaçınılamaz olup olmadığının tespitinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim ile içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşullarının göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Kaçınılabirliğin tespiti genel bir anlatımla şu şekilde gerçekleştirilmektedir. Öncelikle, kişinin gerçekleştirdiği eylemin haksızlık teşkil edip etmediğini sınımasını gerektiren bir vesilenin mevcut olup olmadığına bakılır²⁸. Vesile, kişinin gerçekleştirdiği eylemin haksızlık teşkil ettiğine ilişkin şüphesi halinde ortaya çıkar. Bu bağlamda, başka bir ülkeye göç etmiş olmanın başlı başına bir vesile teşkil edip etmediği tartışılmakta; bu yönde bir kabulün eylem değil fail eksenli bir yoruma yol açacağına ve kişinin yaşam tercihlerini odak noktasına alacağına dikkat çekilmektedir²⁹. Bu şekildeki bir yaklaşım failin yaşam tarzı dolayısıyla kınanması sonucuna yol açacaktır³⁰. Failin eyleminin haksızlığından şüphe duymasını gerektirecek bir vesilenin bulunmaması halinde haksızlık yanılgısı kaçınılmaz bir nitelik

gösterecektir³¹. Bu kapsamda şunun ifade edilmesi gerekir, failin somut olayda gerçekleştirdiği eylemin bir haksızlık teşkil edip etmediğinden şüphe duymasını gerektirecek bir vesilenin var olup olmadığı, kişinin sübjektif özellikleri dikkate alınarak objektif bir yaklaşımla belirlenecektir. Başka bir ifade ile somut olayın şartları dikkate alındığında eylemin haksızlığından şüphe duyulmasını gerektirecek bir vesilenin varlığı anlaşılabiliriyorsa vesilenin varlığı bakımından failin şüpheye düşüp düşmediğinin araştırılmasına gerek olmayacaktır³². Buna karşılık, kişi gerçekleştirdiği eylemin bir haksızlık teşkil ettiğinden şüphe duyarak eylemde bulunduğu başka birtakım şartlar gerçekleşmedikçe haksızlık yanılgısından söz edilemez³³. Bu durumda, kişinin içinde bulunduğu şüphenin bertaraf edilebilir olup olmadığına bakılması gerekir. Buna göre, faili eylemin haksızlık teşkil ettiği yönünde şüpheye düşüren bir vesile mevcutsa ve kişinin gerekli araştırmayı yapması halinde şüphe ortadan kalkabilir nitelikteyse haksızlık yanılgısının kaçınılabir olduğu kabul edilecektir³⁴. Diğer bir deyişle, kişinin haksızlık yanılgısı içerisinde eylemde bulunduğu durumda, gerçekleştirdiği eylemin bir haksızlık teşkil ettiğini bilmesinin gerekip gerekmediği kaçınılabirlik bağlamında ele alınacaktır³⁵.

Buna göre, kültürel savunmanın söz konusu olduğu hallerde, kişinin içinde yetiştiği kültürel arka planın ve bu kültürel arka planın etkisinde ne kadar kaldığının dikkate alınması mümkün ve gereklidir. Kaçınılabirliğin tespitinde kişinin normun içeriğini anlama ve norma uygun hareket etme ya da normu içselleştirebilme imkanını haiz olup olmadığı değerlendirme konusu edilmektedir³⁶. Bu bağlamda kişinin, gerçekleştirdiği eylemin haksızlığı hususunda şüpheye düşmesi ancak buna rağmen eylemi gerçekleştirmesi halinde hatanın kaçınılabir olduğu kabul edilmektedir³⁷. Kültürel nedenler, gerçekleştirilen eylem bakımından failde bir şüphenin oluşmasının önüne geçebilir niteliktedir. Söz gelimi, herhangi bir kültürel nedeni olmayan kişi çocuklarının yüzünde kalıcı iz bırakma eyleminin haksızlık teşkil ettiğini bilmektedir. Kişi bu hususta net bir bilgiye sahip olmasa dahi bu eylemin

²⁶ Hatanın kaçınılabir olması halinde kişinin durumu cezanın belirlenmesi bağlamında ele alınacaktır. Bu konuda kanun değişikliği ile kişiye verilecek cezada indirim yapılmasının öngörülmesine ilişkin olarak bkz. Özgenç, s. 537, bu konuda ayrıca bkz. Göktürk, s. 141 vd, Roxin/Greco, s. 1056.

²⁷ Göktürk, s. 146.

²⁸ Castillo Ara, s. 139, ayrıntılı bilgi için bkz. Göktürk, s. 151 vd.

²⁹ Castillo Ara, s. 139.

³⁰ Göktürk, s. 153.

³¹ Göktürk, s. 153.

³² Göktürk, s. 154.

³³ Roxin/Greco, s. 1067.

³⁴ Göktürk, s. 194.

³⁵ Valerius, s. 184.

³⁶ Göktürk, s. 149, Castillo Ara, s. 103.

³⁷ Kühl, s. 386.

bir haksızlık teşkil ettiğine ilişkin şüphe içerisindedir. Kişi bu şüphesine rağmen eylemi gerçekleştirdiğinde kaçınılmaz bir hataya düştüğü yönündeki iddiası kabul edilebilir olmayacaktır. Buna karşılık, yukarıdaki örnekteki gibi durumlarda kişi, kültürel arka planı nedeniyle eyleminin haksızlık teşkil ettiğini bilmediği gibi bu eylemin haksızlık teşkil edebileceği yönünde bir şüphe içerisinde de değildir. Bunun gibi nedenlerle kişinin haksızlık yanılgısı içerisine düştüğü durumlarda yanılgının kaçınılabilirliğinin belirlenmesi bakımından bu duruma özgü farklı hususların dikkate alındığı görülmektedir. Çalışmanın ilerleyen bölümünde bu husus ele alınacaktır.

B. Kültürel Savunma Bağlamında Ele Alınan Kaçınılabilirlik Kriterleri

Haksızlık yanılgısının kaçınılabilirliğinin tespiti bağlamında dikkate alınması gerektiği belirtilen hususlardan biri esasen kültürel nedenlerden kaynaklanmayan haksızlık yanılgısında da dikkate alındığı gibi işlenen suçun niteliğine ilişkindir. Buna göre, suç teorisinin tartışılan ayrımlarından olan “*Malum Per Se*” ve “*Malum Prohibitum*” ayrımı kültürel savunmanın dikkate alınması bağlamında önem taşımaktadır. *Malum per se* niteliğindeki, diğer bir ifade ile üzerinde ayrıca düşünmeye gerek olmaksızın hemen herkes tarafından bir haksızlık teşkil ettiği düşünülen, hukuk sistemi tarafından yasaklanmadan önce de haksızlık teşkil ettiği hususunda kuşku bulunmayan, cezalandırılmasını öngören ceza hukuku kuralından bağımsız bir şekilde haksızlık teşkil eden eylem³⁸ bakımından kültürel savunma haksızlık yanılgısı bağlamında dikkate alınmamalıdır. Zira bu tür eylemlerde haksızlık yanılgısından bahsedilmesi çok düşük bir olasılık olarak görülmektedir³⁹. Bu ayrımdan bağımsız şekilde işlenen suçun niteliğinin haksızlık yanılgısının kaçınılabilirliğinin tespiti bağlamında dikkate alınması gerektiğinde şüphe bulunmamaktadır.

Kaçınılabilirlik bağlamında dikkate alınması gerektiği öne sürülen hususlardan bir diğeri kişinin yetiştiği kültür düzeni ile içinde yaşadığı hukuk düzenine hakim kültür sistemi arasındaki genel farklılığa ilişkindir. Buna göre, kültürel olarak yakın sistemlerde haksızlık yanılgısının kaçınılmazlığının ileri sürülmesi çok olanaklı değildir. Buna karşılık birbirine tamamen yabancı kültür sistemleri söz konusu ise yanılgının kaçınılmaz nitelikte olduğu

³⁸ George Fletcher, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International*, Volume I, Oxford, 2007, s. 30.

³⁹ Basile, s. 408, Castillo Ara, s. 106.

daha kolay bir şekilde belirlenebilecektir⁴⁰. Bu görüşte, kültürler arasındaki farklılığın sadece göz önünde tutulabilir unsurlardan biri olduğu, kültürlerin birbirine yakın olmasının haksızlık yanılgısının önüne geçeceği şeklinde bir kabulün doğru olmadığına dikkat çekilmektedir⁴¹.

Haksızlık yanılgısının kaçınılabilirliği bağlamında kişinin ne kadar süre ile karşı geldiği hukuk düzeninde yaşamakta olduğu ile yaşadığı ortam itibarıyla hukuk düzeninin gereklerini idrak bakımından konumu gibi hususların dikkate alınması gerektiği öne sürülen görüşlerden bir diğeri oluşturmaktadır⁴². Bu bağlamda kişinin yerleştiği ülkede ne kadar süre ile yaşadığı ve o ülkede yaşayan ilk kuşağa mensup olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Kişinin ne kadar süredir ülkede yaşadığı bir değerlendirme ölçütü olarak kullanıldığında sadece sürenin dikkate alınması ile yetinilmemeli, kişinin elinde bulundurduğu sosyal ve kültürel olanaklar da dikkate alınarak içerisinde bulunduğu hatanın kaçınılabilir olup olmadığı değerlendirilmelidir⁴³. Buna göre kişi uzun bir süredir yaşamakta olsa da genellikle kendi çevresi ile sınırlı izole bir hayat yaşadığında kaçınılmaz bir haksızlık yanılgısı içerisinde bulunması daha yüksek bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴. Nitekim bu gibi durumlarda genellikle kişinin aşması gereken bir dil sorununun söz konusu olduğu ifade edilmektedir⁴⁵. Buna karşılık, yeni katıldığı toplumsal yaşamla iç içe oldukça gerçekleştirdiği eylemin haksızlığı hususunda daha şüpheli yaklaşacak ve bu şüpheyi gidermek bakımından tefekkür yükümlülüğü daha ön plana çıkacaktır⁴⁶. Kişinin uzun sayılabilecek bir süre yaşamakla birlikte iradi şekilde kendini hukuk düzenine ilişkin bilgiden yoksun bırakması kaçınılabilirlik bağlamında ele alınması gereken bir husustur⁴⁷.

Hatanın kaçınılabilirliği bağlamında ele alınması gerektiği ileri sürülen bir diğer husus, gerçekleştirilen eylemin kişinin içerisinde yetiştiği kültür

⁴⁰ Basile, s. 409.

⁴¹ Basile, s. 411.

⁴² von Broeck, s. 13.

⁴³ Nitekim yukarıda yer verilen Mannheim Eyalet Mahkemesinin kararına konu olayda mahkeme, sanığın Almanca diline hâkim olmamasına ve genellikle kendi kültür çevresinden gelen kişilerle vakit geçirmekte olmasına dikkat çekmiştir.

⁴⁴ Valerius, s. 186.

⁴⁵ Castillo Ara, s. 204.

⁴⁶ Valerius, s. 188.

⁴⁷ Valerius, s. 184-185.

sisteminin hâkim olduğu hukuk düzeni içerisinde bir suç olarak düzenlenip düzenlenmediğine ilişkindir⁴⁸. Bu bağlamda dikkate alınması gereken temel nokta, eylemin suç olarak düzenlenmiş olup olmadığından ziyade haksızlık teşkil edip etmediğinin değerlendirme konusu olmasıdır. Bu nedenle, iki farklı hukuk sistemindeki düzenlemeler kural olarak yanılgının varlığı veya yokluğu ya da kaçınılabilirliği hususunda belirleyici nitelik taşımaz. Bununla birlikte, kişinin içinde yetiştiği kültür düzeninin hakim olduğu hukuk sisteminde gerçekleştirilen eylemin suç olarak düzenlenmiş olması haksızlık yanılgısının varlığına ilişkin bir belirti niteliğindedir⁴⁹. Kişinin içinde yetiştiği kültür düzeninde uzun süredir suç olarak düzenlenmiş ve sıklıkla mahkeme kararlarında gündeme gelen suç tipleri bakımından kaçınılmaz bir hataya düştüğünün kabul edilmeyeceğinin de belirtilmesi gerekir.

SONUÇ

Gün geçtikçe küreselleşen ve göç gibi nedenlerle farklı kültürlerin bir arada yaşadığı toplumlarda, haksızlık yanılgısı kapsamında değerlendirilmesi gereken örneklerle sıklıkla karşılaşmaktadır. Bu bağlamda suç teorisinde kültüre dayalı bir savunmanın haksızlık yanılgısının farklı bir türü olarak ele alınmasının gerekip gerekmediği tartışma konusu olmaktadır. Kişinin kültürel arka planı haksızlık yanılgısı kapsamında ele alınması gereken hususlardan birini oluşturmaktadır ve mevcut hali ile haksızlık yanılgısı kültürel savunma bağlamında bir değerlendirmeyi mümkün kılmaktadır. Bu nedenle kültürel savunmanın haksızlık yanılgısının ayrı bir türü veya tamamen farklı bir hata türü düzenlenmesi bir ihtiyaç değildir. Kültürel savunma şeklinde nitelendirilebilecek gerekçeler haksızlık yanılgısında bir yanılgının mevcut olup olmadığı değerlendirilmesinde ve hatanın mevcut olduğunun kabul edildiği durumlarda bu hatanın kaçınılabilir olup olmadığı değerlendirilmesinde dikkate alınabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Adalet Yayınevi, 2022.
- Artuk M E/ Gökçen A/ Alşahin M E/ Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Basile F, *Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht, Die Behandlung der kulturell motivierten Straftaten*, Çev. Thomas Vornbaum, Lit Verlag, 2015.
- Broeck, J, Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences), *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9(1), 2001.
- Castillo Ara A, *Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht*, Duncker & Humblot, 2018.
- Centel N / Zafer H/ Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Bası, Beta Yayınevi, 2017.
- Çetin S, “Haksızlık Hatasının Suç Genel Teorisindeki Yeri ve İçeriği”, *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, 3, 2018.
- Değirmenci O, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 110, 2014.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Dönmezer S / Erman S/ Bayraktar K / Keskin Kızıroğlu S / Zafer H / Sınar H/ Önok M/ Erman B, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I*, 14. Bası, Der Yayınları, 2016.
- Erman S., “Ceza Kanununda Hukukî Bilmeme ve Yanılma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12(2-3), 1946.
- Fletcher G, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International*, Volume I, Oxford University, Oxford, 2007.
- Göktürk N, *Haksızlık Yanılgısı*, Seçkin Yayınevi, 2016.
- Greenwalt K “The Cultural Defense”, Will Kymlicka, Claes Lernestedt, Matt Matravers, (ed.), *Criminal Law and Cultural Diversity*, Oxford, 2014.
- Güngör D, “Kural Üzerinde Hata”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (68),

⁴⁸ Basile, 412.

⁴⁹ Valerius, s. 191.

2007.

Hakeri H, *Ceza Hukuku*, 28. Bası, Adalet Yayınevi, 2023.

Hörnle T, “Kultur, Religion, Strafrecht- Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Beil. 2014.

Koca M/ Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021.

Kühl K, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Bası, Vahlen, 2017.

Özbek V/ Doğan K/ Bacaksız, P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, 2022.

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021.

Poulter S, “Foreign Customs and the English Criminal Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 24(1), 1975.

Renteln A, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, 2004.

Renzikowski J, “Strafrecht in einer multikulturellen Gesellschaft, Neue Juristische Wochenschrift”, 2014.

Roxin C/ Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil- Band I*, 5. Bası, C.H. Beck, 2020.

Soyer Güleç S, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M. 30/4)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1), 2008.

Üye S, Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar, *Ankara Barosu Dergisi*, 68(3), 2010.

Valerius B, *Kultur und Strafrecht, Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, 2011.

Yavuz H, “Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4)”, *TAAD*, 12(46), 2021.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**UYGUR HUKUKUNDA ŞUF'A (ÖNALIM) HAKKI –X-XIV. ASIR
UYGUR HUKUK VESİKALARINA GÖRE–**

THE RIGHT OF PREEMPTION IN UYGHUR LAW -ACCORDING TO
X-XIV. CENTURY UYGHUR LEGAL/CIVIL DOCUMENTS-

Salih KORKMAZ* 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1269963](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1269963) 

İslamiyet öncesi Türk hukukuna dair malumat genel olarak Çin kaynakları, İslam kaynakları ve eski Türklerden kalma bazı eserler üzerinden takip edilmektedir. Güney (Turfan) Uygurlarının hukuku hakkında ise bu kaynaklardan farklı olarak çok önemli bazı hukuk vesikaları günümüze ulaşmıştır. Bu vesikalar, Uygur hukukuna dair kıymetli malumat ihtiva etmektedir ve dönemin hukuk anlayışını göstermesi bakımından eşsiz değerdedir. Bunların hangi tarihte yazılmış oldukları tam olarak bilinmemekle birlikte X-XIV. asırlarda kaleme alındıkları tahmin edilmektedir. Uygur hukuk vesikaları Uygur Türklerinin yerleşik hayata geçtiği, din değiştirdiği ve Çin ile çok yakın münasebetleri bulunduğu bir devirden kalmadır. Yine vesikalardaki belirli noktalarda Çin bazen de Moğol hukukunun tesiri görülmektedir. Bu sebeple Uygur hukuk vesikalarına bakarak ulaşılan neticeleri tüm İslamiyet öncesi Türk hukukuna teşmil etmek hatalı bir yaklaşım olacaktır. Fakat bu durum Uygur hukukunun “eski Türk hukukundan” hiçbir iz taşımadığı manasında yorumlanmamalıdır. İlk vesikanın bulunmasının üzerinden neredeyse bir buçuk asır geçmesine rağmen, bunlar Türkiye’de (özellikle hukuk tarihçilerince) yeterli alakaya mazhar olmamıştır. Bu sebeple de pek çok husus şimdye kadar açığa çıkarılmamıştır. Bu çalışma, Uygur hukukunda kendine mahsus bir şuf’a (önalım) hakkının varlığını ilk kez ortaya koymaktadır. Ayrıca kimlerin şuf’a hakkına sahip olduğu; bu hakkın nasıl kullanıldığı; hangi akitlerin şuf’a hakkının doğumuna elverişli olduğu; hangi malların şuf’aya tâbi olduğu gibi pek çok husus da

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı/ISPARTA, **e-posta:** salihkorkmaz@sdu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-7824-003, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1269963.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

ilk kez bu çalışmada ortaya koyulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Uygur Hukuku, Uygur Hukuk Vesikaları, Şuf'a (Önalım) Hakkı, İslamiyet Öncesi Türk Hukuku, Eski Türk Hukuku.

ABSTRACT

Information on pre-Islamic Turkish law is generally followed through Chinese sources, Islamic sources and some works from ancient Turks. Some very important legal documents about the law of Turfan Uyghurs have reached today. Uyghur legal/civil documents, which are the most important source of pre-Islamic Turkish law, are of unique value in terms of showing the understanding of law of the period. Although it is not known exactly when they were written, X-XIV it is estimated that they were written in centuries. Uyghur legal/civil documents are from a period when Uyghur Turks settled down, changed their religion and had very close relations with China. Again, the influence of Chinese and sometimes Mongolian law can be seen at certain points in the documents. For this reason, it would be an erroneous approach to extend the conclusions reached by looking at Uyghur legal documents to all pre-Islamic Turkish law. However, this situation should not be interpreted as meaning that Uyghur law does not bear any trace of "ancient Turkish law". The documents in question have not received sufficient attention by legal historians in Turkey, despite the fact that almost a century and a half have passed since the first document was found. For this reason, many issues have not been revealed until now. This study reveals for the first time the existence of a unique right of preemption in Uyghur law. In addition, many issues such as who has the right to preemption; how this right is exercised; in which contracts the preemption takes place; which goods are subject to preemption have been revealed for the first time in this study.

Keywords: Uyghur Law, Uyghur Legal/Civil Documents, Right of Preemption, Pre-Islamic Turkish Law, Old Turkish Law.

EXTENDED ABSTRACT

Information on pre-Islamic Turkish law is generally followed through Chinese sources, Islamic sources and some works from ancient Turks. Some very important legal documents about the law of Turfan Uyghurs have reached today. Uyghur legal/civil documents, which are the most important source of pre-Islamic Turkish law, are of unique value in terms of showing the understanding of law of the period. Although it is not known exactly when they were written, X-XIV it is estimated that they were written in centuries.

Uyghur legal/civil documents are from a period when Uyghur Turks settled down, changed their religion and had very close relations with China. Again, the influence of Chinese and sometimes Mongolian law can be seen at certain points in the documents. For this reason, it would be an erroneous approach to extend the conclusions reached by looking at Uyghur legal documents to all pre-Islamic Turkish law. However, this

situation should not be interpreted as meaning that Uyghur law does not bear any trace of "ancient Turkish law".

The documents in question have not received sufficient attention by legal historians in Turkey, despite the fact that almost a century and a half have passed since the first document was found. For this reason, many issues have not been revealed until now.

This study reveals for the first time the existence of a unique right of preemption in Uyghur law. It means the right of preemption persons to take a property that has been sold to a third party or transferred with a contract that has the effect of sale, by force, with a unilateral declaration of will and for the price paid by the customer/buyer. In addition, many issues such as who has the right to preemption; how this right is exercised; in which contracts the preemption takes place; which goods are subject to preemption have been revealed for the first time in this study.

Accordingly, the conclusions reached from the article can be summarized as follows:

1. In Uyghur law, the right of preemption is in question in sales and barter contracts.
2. The first group to have the right of preemption are relatives. This refers to a large group of relatives. It can be said that the joint owner (shareholder), who has the right of preemption in today's Turkish law, does not have this right in Uyghur law. But caution is necessary at this point. Because there is only one document related to this situation. Drawing a definitive conclusion on the basis of a document is problematic.
3. In today's Turkish law, the right of preemption is only applicable in the sale of shares of real estates subject to shared ownership. In Uyghur law, preemption takes place on all real estate (both the transfer of shares and the transfer of the real estate as a whole), as well as on the sale of slaves and children. It should be stated with caution that there is no preemption right on movables other than slaves and children.
4. Two points should be mentioned in relation to the exercise of the preemption right under Uyghur law. The first of these is that the price to be paid to the buyer/customer for the exercise of the preemption right is not in cash but in kind. In other words, the owners of the right of preemption exercise this right by giving the customer not the price he paid in the contract of sale, but a commodity that has the characteristics of the commodity he bought (usually double). Secondly, it should be addressed whether any "administrative/legal procedure" is mandatory for the exercise of the preemption right. In other words, can preemption right holders exercise their preemption rights only through certain persons/authority? It should be said that this may vary depending on the contract. While some treaties require compliance with a certain "administrative/legal procedure" for the exercise of this right, some treaties provide that this right can be exercised without the need for such a procedure. This procedure refers to the mediation of the ruling lords.
5. The right of preemption is divided into two categories: statutory and contractual.

In Uyghur law, there is a statutory right of preemption that can be limited by contract.

GİRİŞ

İlk Uygur hukuk vesikasının bulunmasının üzerinden neredeyse bir buçuk asır geçmesine rağmen, bu vesikalar Türkiye’de (özellikle hukuk tarihçilerince) yeterli alakaya mazhar olmamıştır. Nitekim Uygur hukuk vesikalarının bir bütün olarak hukuki tahlilleri yapılmadığı gibi bu vesikalarda karşılaşılan çok önemli hukuki müesseseler üzerine yazılmış monografiler de çok sınırlıdır. Mevcut çalışmaların önemli bir kısmı da hukukçular tarafından yapılmadığı için bünyesinde ciddi bazı hukuki tahlil hataları barındırmaktadır.

Uygur hukuk vesikaları özellikle “özel hukuk” sahasında çok kıymetli malumat barındırmaktadır. Vesikalarının tetkiki esnasında Uygur hukukunda kendine mahsus bir şuf’a (önalım) hakkının mevcudiyetinin tartışılması gerektiği kanaati hasıl olmuş ve vesikalar bu cihetten tetkik edilmiştir. Bu tetkik neticesinde Uygur hukukunda kendine mahsus bir şuf’a hakkı bulunduğu anlaşılmıştır. Yine bu tetkik neticesinde sadece şuf’a hakkının varlığı değil, kimlerin bu hakka sahip olduğu; bu hakkın nasıl ve kimler tarafından kullanıldığı; hangi akitlerin şuf’a hakkının doğumuna elverişli olduğu gibi pek çok husus da ilk kez bu çalışmada ortaya koyulmuştur. Bu çerçevede ilk olarak Uygurlar ve Uygur hukuk vesikaları hakkında muhtasar malumat verilmiştir. Ardından “Şuf’a (Önalım) Hakkı” başlığı altında genel çerçeve çizilmiş ve Uygur hukukunda şuf’a hakkı, “Şuf’a Hakkının Doğumuna Elverişli Akitler”, “Şuf’a Hakkı Sahipleri”, “Şuf’a Hakkının Görünüş Biçimleri”, “Şuf’aya Tâbi Mallar”, “Şuf’a Hakkının Kullanımı”, “Akdi-Kanuni Şuf’a” alt başlıkları altında ele alınmıştır. Makaledeki değerlendirmeler Uygur hukuk vesikalarına istinat etmektedir. Dolayısıyla bu vesikalar aynı zamanda çalışmanın sınırlarını çizmektedir¹.

¹ Vesikalara yapılan atıflarda bunların Türkçe tercümelemleri mukayeseli olarak kullanılmıştır. Vesikaların Türkçe tercümelemlerini yapanlar “Uygurlar ve Uygur Hukuk Vesikaları” başlığı altında zikredilmiştir. Bununla birlikte bu evrakların isimlendirmesinde, tercümelemlerin en yenisi ve en geniş kapsamlısı olan, Berker Keskin tarafından kaleme alınan doktora tezinde kullanılan isimlendirmeler tercih edilmiştir. Söz konusu tez Türk Tarih Kurumu tarafından da kitap olarak neşredilmiştir. Bkz. Berker Keskin, *Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri*, TTK, 2022.

I. UYGURLAR VE UYGUR HUKUK VESİKALARI²

Uygurlar, Hun Devleti’ne tâbi Türk boylarından olup, Hunlardan sonra Göktürklerin hakimiyeti altında yaşamışlardır³. Göktürklerin yıkılışını (744) takiben kendi devletlerini kurmuşlar ve bu devleti bir asır yaşatmışlardır. Bu dönemde Uygurlar Moğolistan havalisinde ve yarı göçebe şekilde yaşamaktaydılar. Bu sebeple onlara Kuzey Uygurları da denmektedir⁴. Kırgızlar, 840/845 yıllarında Uygurları bu bölgeden çıkarmış ve Uygurlar güney-batıya yani Doğu Türkistan’a yerleşmişlerdir (Güney/Turfan Uygurları). Uygurlar burada da yaklaşık bir asır hüküm sürmüş bunun ardından hakimiyetlerini ilk Müslüman Türk devleti olan Karahanlılara kaptırmışlardır⁵. Bununla birlikte Turfan Uygurlarının 1209 yılına kadar bağımsızlıklarını kısmen de olsa sürdürdüğü, ardından Moğol İmparatorluğuna bağlanarak hayatını bir şekilde devam ettirdiği ifade edilmelidir⁶.

Başlangıçta diğer komşu Türk topluluklarının çoğu gibi Göktanrı dinine bağlı olan Uygurlar, 763’ten sonra Maniheizm’i, 1000’li yıllardan itibaren Budizm’i kabul etmişlerdir. İslamiyet de aynı dönemlerde Uygurlar arasında yayılmaya başlamıştır. Hristiyanlık ise Uygurlar arasında yayılmış olmakla birlikte tâbisi en az olan dindir. Bu dinler, Uygurların göçebe hayatı terk ederek yerleşik hayata geçmesinde önemli bir etken olmuştur. Güney/Turfan Uygur

² Bu başlığın yazımında büyük ölçüde Uygur hukukunda bey’bi’l-vefâ (geri alım şartıyla satış) üzerine kaleme aldığımız makaleden istifade edilmiştir. Salih Korkmaz, “Bey’ Bi’l-Vefâ’nın (Geri Alım Şartıyla Satışın) Menşei Üzerine Bir Katkı -Uygur Hukuk Vesikalarında Bey’ Bi’l-Vefâ Tatbikatı-”, *SDÜHFD*, 12(2), 2022, s. 773-797.

³ Hüseyin Namık Orkun, “Türk Hukuk Tarihinin Uygur Vesikaları”, *Türk Hukuku Tarihi -Araştırmalar ve Düşünceler-*, 1935, s.533 vd.; Ahmed Akgündüz, “Uygur Hukuku”, *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi*, (57), 1988, s.17.; Gülçin Çandarlıoğlu, “Uygurlar”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 42, 2012, s. 242-244.

⁴ Kuzey Uygurlarının kurduğu devletin tebaasında, nüfusun çoğunluğunu dokuz tane Oğuz boyu oluşturmuştur. Bu nedenle Uygurlara “Dokuz-Oğuzlar” ya da bu dokuz tane boyun Uygur boyu ile birleşmesi sebebiyle “On-Uygurlar” da denilmektedir. İbrahim Kafesoğlu, *Türk Millî Kültürü*, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınlarından, Ankara, 1977, s. 130 vd.; Faruk Sümer, “Dokuz Oğuzlar”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 9, 1994, s.500-502.; Ahmet Taşağıl, *Çin Kaynaklarına Göre Eski Türk Boyları, M.Ö. III-M.S. X. Asır*, TTK, 2013, s. 113-115.; Dokuz Oğuzlar ve bugün Anadolu halkının esasını teşkil eden Oğuzlar farklı kavimlerdir. Bkz. <<https://ekrembugraekinci.com/question/?ID=18999>>, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023.

⁵ Bahaeddin Ögel, *İslamiyetten Önce Türk Kültür Tarihi (Orta Asya Kaynak ve Buluntularına Göre)*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1962, s. 348 vd.; Halil Cin/Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, OSAV, 2011, s. 86.

⁶ Ahmet Taşağıl, “Turfan”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 41, 2012, s. 415.

toplumunu diğer Türk topluluklarından ayıran en önemli özellik de Uygurların hayat tarzındaki bu değişikliktir. Nitekim onlar; göçebe hayatı terk ederek topraklarını genişletme teşebbüsünden ve siyasi-askeri çatışmalardan uzak bir hayat tarzı benimsemişlerdir. Bu sayede diğer Türk topluluklarına nazaran çok daha gelişmiş şehirler ortaya çıkarabilmişler ve komşu ülkelerle çok daha canlı ticari ilişkiler kurabilmişlerdir⁷. Yerleşik hayata geçiş ve beraberinde gelen ticaretin güçlenmesi ile birlikte yazı ve kağıdı da kullanan Uygurlar, güçlü bir medeniyet kurmuşlardır. Nitekim din, hukuk, edebiyat ve felsefe sahalarında bıraktıkları eserlerden bir kısmı günümüze kadar ulaşmıştır.

İslamiyet öncesi Türk hukukuna dair malumat genel olarak Çin kaynakları, İslam kaynakları ve eski Türklerden kalma bazı eserler üzerinden takip edilmektedir. Güney/Turfan Uygurlarının hukuku hakkında ise bu kaynaklardan farklı olarak çok önemli bazı hukuk vesikaları günümüze ulaşmıştır. Bu vesikalar, Uygur hukukuna dair eşsiz malumat ihtiva etmektedir. Bunların hangi tarihte yazılmış oldukları tam olarak bilinmemekle birlikte X-XIV. asırlarda kaleme alındıkları tahmin edilmektedir⁸.

İlk Uygur vesikası, 1890'da Doğu Türkistan havalisinde tesadüfen bulunmuştur. Bu ilgi çekici buluntudan sonra bölgede çok sayıda araştırma gezisi/ kazısı yapılmış ve pek çok vesika ortaya çıkarılmıştır. Keşfedilen vesikalardan bazılarının da hukuk ile ilgili olduğu tespit edilmiştir. O günden beri yapılan çalışmalar sayesinde bu vesikalar neşredilmiş ve Türkçeye de kazandırılmıştır⁹. Uygur hukuku ile alakalı en önemli malumata bu vesikalar

⁷ Özkan İzgi, "Turfan Uygurlarında Kiralama Vesikaları", *X. Türk Tarih Kongresi'nden Ayrıbasım*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1991, s.76.

⁸ Reşid Rahmeti Arat, "Eski Türk Hukuk Vesikaları", *Türk Kültürü Araştırmaları*, Yıl:1, (1), 1964, s.6.; Larry Vernon Clark, *Introduction to the Uyghur Civil Documents of East Turkestan (13th-14th Cc.)*, Doktora Tezi, 1975, s.374.; Akgündüz, s.19.

⁹ Bkz. Orkun, age., s.533-548.; Reşid Rahmeti Arat, "Uygurca yazılar arasında", *Türk Tarih Arkeoloji ve Etnografya Dergisi*, 2, İstanbul, 1936, s.101-112.; Reşid Rahmeti Arat, "Uygurca Yazılar Arasında-II", *Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi*, (23), 1979, s.17-28.; Reşid Rahmeti Arat, "Eski Türk Hukuk Vesikaları", *Türk Kültürü Araştırmaları*, Yıl:1, (1), 1964, s.5-51.; Özkan İzgi, *Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)*, Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Yayınları, Seri:3 (A.17), 1987 ; Abdullah Şen, "Uygurische Sprachdenkmäler'den Seçme Uygur Hukuk Belgeleri", *İstanbul Üniversitesi SBE*, Yüksek Lisans Tezi, 2004, Tez No: 14609.; Ayşe Melek Özyetgin, *Eski Türk Vergi Terimleri*, KÖKSAV, 2004.; Ayşe Melek Özyetgin, *İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku*, Ötüken Neşriyat, 2014.; Berker Keskin, "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı", *İstanbul Üniversitesi SBE*, Doktora Tezi, 2020. Bu çalışma Türk Tarih Kurumu tarafından kitap olarak neşredilmiştir. Berker Keskin, *Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri*, Türk Tarih Kurumu, 2022.

sayesinde ulaşılmaktadır. Sayısı yüzlerle ifade edilebilen bu vesikalarda vergi hukukundan borçlar hukukuna, kişiler hukukundan ceza hukukuna kadar pek çok sahada eşsiz malumat bulunmaktadır¹⁰.

Uygur hukuk vesikaları Uygur Türklerinin yerleşik hayata geçtiği, din değiştirdiği ve Çin ile çok yakın münasebetleri bulunduğu bir devirden kalmaz. Yine vesikalardaki belirli noktalarda Çin bazen de Moğol hukukunun tesiri görülmektedir¹¹. Bu sebeple Uygur hukuk vesikalarına bakarak ulaşılan neticeleri tüm İslamiyet öncesi Türk hukukuna teşmil etmek hatalı bir yaklaşım olacaktır. Fakat bu durum Uygur hukukunun "eski Türk hukukundan" hiçbir iz taşımadığı manasında yorumlanmamalıdır.

Uygur hukuk vesikalarının isimlendirmesinde, Türkçe tercümelerin en yenisi ve en geniş kapsamlısı olan, Berker Keskin tarafından kaleme alınan doktora tezinde kullanılan isimlendirmeler tercih edilmiştir. Şimdiye kadar Uygur hukuk vesikaları üzerine yapılan çalışmalarda vesikaları tercüme eden yabancı yazarların kullandığı kısaltmalar tercih edilmiştir. Bu tercümelerin de farklı zamanlarda, farklı yazarlarca, farklı dillerde yapılması aynı evrakların farklı şekilde isimlendirilmesine sebebiyet vererek karışıklığa sebep olmuştur. Keskin'in çalışması ise şimdiye kadar bulunan tüm vesikaları ihtiva etmektedir. Ayrıca bazı vesikalar ilk kez bu çalışma ile Türkçeye tercüme edilmiştir. Burada kullanılan kısaltmalar, tercüme edilen evrakların hukuki bağlamını kısa ve büyük ölçüde isabetli şekilde ifade etmiştir. Mesela makalede zikredilen "ArSa" kısaltması arazi satış evraklarını, "BaSa" bağ satış evraklarını, "KöSa" köle satış evraklarını, "ArTa" arazi takas (trampa) evraklarını, "ÇoSa" çocuk satış evraklarını ifade etmektedir.

II. ŞUF'A (ÖNALIM) HAKKI

Şuf'a hakkı belirli kişilerin üçüncü bir kişiye satılmış veya satış hükmündeki bir akitle devredilmiş bir malı tek taraflı irade beyanıyla ve

¹⁰ Uygur hukuku hakkında Türkçe literatürün hukuki tahlili için bkz. Salih Korkmaz, "Uygur Hukuk Vesikaları Üzerine Türkçe Literatürün Hukuki Tahlili", *Adalet Dergisi*, (69), 2022, s.249-291.

¹¹ Bkz. İzgi, age., s.27.; Özkan İzgi, "Turfan Uygurları Kültürü Hakkında Bazı Düşünceler", *Uluslararası Osmanlı Öncesi Türk Kültürü Kongresi*, 1989.; Nobuo Yamada, "Uygur Satış Mukavelesi Belgelerinin Şekilleri", Çev. Emine Gürsoy Naskali, *İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi*, 26, 1993, s.195-234.; Wolfram Eberhard, *Çin Tarihi*, Türk Tarih Kurumu, 1995, s.203 vd.; Wolfram Eberhard, *Çin'in Şimal Komşuları*, çev. Nimet Uluğtuğ, Türk Tarih Kurumu, 1996. Krş. Ferit Ayiter, "Eski Türk Hususi Hukukuna Ait Bazı Notlar", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 11, 1949-1950, s.418 vd.

müşterinin/alıcının ödediği bedel ile cebren alma hakkını ifade eder¹². Bir başka ifade ile şuf'a “*üzerinde kurulduğu eşyanın satışı veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem ile devri söz konusu olduğunda paydaşlara o eşyanın alıcısı olma yetkisini veren bir hak*”¹³ şeklinde tanımlanabilir. Şuf'a hakkı, günümüz hukukunda ve İslam hukukunda gayrimenkuller (veya gayrimenkul hükmündeki mallar) üzerinde cereyan eder. Kimlerin şuf'a hakkına sahip olduğu hususunda da farklı hukuk sistemleri farklı kaideler koymuştur. Nitekim mer'i Türk hukuku sadece paylı mülkiyette “paydaşlara/hissedarlara” böyle bir hak vermiş olmakla birlikte, akdî şuf'a'ya da izin vermiştir.¹⁴ İslam hukukunda ise aynı şekilde “paydaşlar/hissedarlar” şuf'a hakkına sahiptir. Bununla birlikte Hanefi mezhebine göre bitişik komşu ve bazı irtifak hakkı ortakları da şuf'a hakkına sahiptir¹⁵. Buna karşılık İslam hukukunda akdî şuf'a söz konusu değildir¹⁶.

III. UYGUR HUKUKUNDA ŞUF'A HAKKI

Uygur hukuk vesikalarında hemen her akitte üçüncü kişiler lehine bir cezai şart koyulduğu ve özellikle belirli dereceden akrabaların akde itiraz etmemesi, eğer ederlerse sözlerinin geçerli olmayacağı ve bazen de bununla birlikte bir ceza ödeyecekleri müşahede edilmektedir¹⁷. Fakat bazı evraklarda belirli dereceden kimselerin akde itiraz etmemeleri istenmiş, eğer ederler ve satılan/mülkiyeti devredilen malı geri alırlarsa alınan malın dengince (veya iki misli) bir malı alacaklıya vermeleri şart koşulmuştur. Bu durum Uygur

¹² İbrahim Kâfi Dönmez, “Şuf'a”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 39, 2010, s.248. Mecelle'nin 950. maddesinde şuf'a “*bir malı müşterayı müşteriye her kaçta mal oldu ise ol miktar ile temellük etmektedir*” şeklinde tanımlanmış ve şuf'a'ya dair hükümler m.950-956 ve m.1008-1044 arasında düzenlenmiştir.

¹³ Onur Güneri, “Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı ve Bu Kavramların Mukayesesi”, *Yeditepe Üniversitesi HFD*, 18, 2021/2, s.1355.; Eren, kanuni şuf'ayı “*paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda payın üçüncü kişiye satılması halinde, diğer paydaş veya paydaşlara açacakları yenilik doğuran bir dava sonunda hâkimin vereceği kararla o payı öncelikle satın alma yetkisi veren eşyaya bağlı bir hak*” şeklinde tarif etmiştir. Fikret Eren, “Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı”, *Gazi Üniversitesi HFD*, 12(1-2), 2008, s.106.

¹⁴ TMK, m.732, m.735.

¹⁵ Dönmez, s.248.; Ayrıca bkz. Seval Kılıç, *Osmanlı Komşuluk Hukuku*, Adalet Yayınları, 2022, s.99-118.

¹⁶ Dönmez, s.249.

¹⁷ Bu noktada bugün borçlar hukukunun ana esaslarından olan “nisbîlik ilkesinin” Uygur hukukunda tam manasıyla mevcut olmadığı; belirli durumlarda akde koyulan belirli şartların akdin dışındaki kişileri de etkileyebileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

hukukunda şuf'a hakkının tartışılmasını gerekli kılmıştır. Bu çerçevede öncelikle misaller üzerinden mesele izah edilmiş ardından bunun hukuki değerlendirilmesi yapılmıştır.

Uygur hukukunda şuf'a hakkı çerçevesinde tetkik edilmesi gereken çok sayıda vesika vardır. Hatta neredeyse tüm satış ve satış benzeri (mülkiyetin devri neticesini doğudan) akitler bu çerçevede değerlendirilebilir. Burada meseleyi izah edebilmek amacıyla misal kabilinden birkaç evrak tetkik edilmiş, bu hakkın vesikalarda nasıl düzenlendiğinin daha iyi anlaşılabilmesi için de dipnotta birkaç vesika aynen zikredilmiştir.¹⁸ Çünkü bu tatbikatın çok

¹⁸ Mesela, arazi satışına dair “ArSa05” isimli vesika şöyledir: “(1-4) *Maymun yılı altıncı ayın yedinci gününde bana, Şabi'ye kullanmak için kuanpu gerekli olup Täsinküü nehri ile sulanabilen (ve) bir şığ ve sekiz küri tohum ekilebilir yerimi Basmıl'a doğru bir şekilde sattım. (4-9) Satış kuanpusu için şöyle sözleştik: Koço pazarında geçerli, iki ucu bağlı, ortası damgalı üç bin beş yüz kuanpuya pamuğuyla birlikte anlaştık. Bu kuanpuyu sözleşme yapılan günde ben Basmıl, tamamıyla verdim. Ben Şabi de hiç eksiksiz tamamıyla sayıp aldım. (9-12) Bu yerin sınırını doğu tarafında Basmıl'ın yeri, güney tarafında Tährim Manastırı'ndaki yer, batı tarafında Taypuküü su kanalı, kuzey tarafında büyük yol ayırır. (12-15) Bu dört sınır içindeki yere bin yıl, on bin güne kadar Basmıl sahip olsun. İsterse kendisi kullansın, istemezse başka kişiye devretsin. (15-17) Ben Şabi'nin, benim oğlum, kızım, ağabeyim, küçük erkek kardeşim, akrabam, yeğenim, dayım (bir şey) sormasın, istemesin. (17-18) (Bir şey) sormayı, istemeyi düşünürlerse sözleri geçerli olmasın. (18-21) Eğer güçlü bey ve maiyetinin gücünü kullanıp geri alayım derlerse bu nehir ile sulanabilen iki parça yer hazırlayıp vererek geri alsınlar. (21-22) Geri alacak kişi zarara girsin. Basmıl zarar görmesin. (22-24) Tanık Yapıg Totok. Tanık Tohu Bağ Totok. Tanık Satgay Yimäk. Tanık Soşsuz Toyın. Ben Bağ Toğrul yazdım. Bu damga ben Şabi'nindir.” Keskin, s.378.;*

Köle satışına dair “KöSa02” isimli vesika şöyledir: “(1-5) *Tavuk yılı dördüncü ayın sekizinci gününde bana Liv Taypu'nun oğlu Kovçü'ye kullanmak için gümüş gerekli olup Pukiñ adlı erkek kölemi saygıdeğer Kişsun'a kırk yedi sıtır gümüş paraya doğru bir şekilde sattım. (5-8) Bu satış bedeli (olan) kırk yedi sıtır gümüşü bu sözleşme hazırlanan günde ben saygıdeğer Kişsun tamamen sayıp verdim. Ben Kovçü de tamamen sayıp aldım. (8-11) Bu Pukiñ adlı köleye saygıdeğer Kişsun sahip olsun. İsterse kendisi kullansın, istemezse başka kişiye devretsin. (11-13) Benim de damadım Samsıba, küçük erkek kardeşim Sısı, evdekiler, her kim olursa olsun itiraz etmesinler. (13-15) Eğer itiraz ederlerse bu kölenin dengince iki köle hazırlayıp vererek geri alsınlar. (15-19) Tanık Kotan Toğrul. Tanık Kız Turmuş. Tanık Maşı. Bu damga, ben Kovçü'nündür. Ben yüz beyi Āsänä, sorup yazdım. Bu köle itiraz ederse biz Silu, damat [...] Bädizçi, Sasıçı, Maşı ile veririz. (20-22) Tavuk yılı dördüncü ayın dokuzuncu gününde ben Kovçü, Pukiñ adlı erkek kölenin satış bedeli (olan) kırk yedi sıtır gümüşü tamamen aldım. (22-23) Tanık Kız Turmuş. Tanık Kotan Toğrul. Bu damga, ben Kovçü'nündür. Ben Āsänä sorup yazdım. (1v) Pukiñ adlı erkek kölenin asıl sözleşmesidir (baş bitig).” Keskin, s.389.;*

Bağ satışı konu alan “BaSa03” isimli evrak şöyledir: “(1-3) *Sıçan yılı, üçüncü ayın altıncı gününde bana, Ozmış Toğrul'a kullanmak için gümüş gerekli olup kendi bağımı Basa Toğrul'a doğru bir şekilde sattım. (3-5) Satış gümüşü için şöyle sözleştik: Bir yastuk, beş sıtır gümüşe anlaştık. (5-7) Bu bir yastuk, beş sıtır gümüşü sözleşme yapılan günde ben Basa Toğrul tamamen verdim. Ben Ozmış Toğrul da tamamen sayıp aldım. (7-11) Bu bağın sınırını doğu tarafından Basa Toğrul'ın üzüm bağı ayırır. Güney tarafından büyük yol ayırır.*

sayıda misali bulunmakla birlikte hemen hemen tüm evraklar aynı şekilde tertip edilmiştir. Buna göre bir satış yapıldığında; taraflar, satılan mal, satış bedeli vb. tasrih edilmekte ardından karşılıklı olarak borçların ifa edildiği belirtilmektedir. Ardından, satın alan kişinin akde konu mala sahip olduğu, isterse kendisinin kullanıp isterse başkasına devredebileceği, yani mülkiyetin devredildiği ifade edilmektedir. Buraya kadar normal bir satış akdi cereyan etmektedir. Şuf'a hakkı çerçevesinde ele alınması gereken meseleler ise bundan sonra başlamaktadır. Burada farklı düzenlemeler karşımıza çıkmakla birlikte genel itibarıyla satışı yapan kişi belirli dereceden akrabalarını sayarak bunların bu satışa itiraz etmemesi, eğer ederlerse sözlerinin geçerli olmaması ancak “*güçlü bey ve maiyetinin gücünü kullanıp geri alayım derlerse*” satılan malın dengince (veya iki mislini) vererek geri alabilecekleri tasrih olunmuştur. Bu muamele ile alacaklının zarara uğratılmaması “*geri alacak kişi zarara girsin, (alacaklı) zarar görmesin*” ifadesi ile belirtmiştir. Mesela bir evrakta “Şabi” arazisini “Basmıl” a satmıştır. Karşılıklı olarak borçlar ifa edilmiş ve mülkiyet Basmıl'a geçmiştir. Ardından “*Ben Şabi'nin, benim oğlum, kızım, ağabeyim, küçük erkek kardeşim, akrabam, yeğenim, dayım (bir şey) sormasın, istemesin. (Bir şey) sormayı, istemeyi düşünürlerse sözleri geçerli olmasın. Eğer güçlü bey ve maiyetinin gücünü kullanıp geri alayım derlerse bu nehir ile sulanabilen iki parça yer hazırlayıp vererek geri alsınlar. Geri alacak kişi zarara girsin. Basmıl zarar görmesin.*”¹⁹ denilerek akrabalarının araziye nasıl geri alabileceği tasrih edilmiştir. Bir başka misalde “Ozmuş Togril” sahibi olduğu bağı “Basa Togril” a satmıştır. Borçlar karşılıklı olarak ödenmiş ve bağın mülkiyeti devredilmiştir. Ardından satıcı Ozmuş Togril'in “*küçük erkek kardeşinin, ağabeyinin, evladının, akrabalarının, her kim olursa olsun (hiç kimsenin) itiraz*” etmeyeceği tasrih edilmiştir. Fakat “*eğer itiraz etmeyi düşünürlerse bu bağ dengince iki bağı Basa Togril'a hazırlayıp vererek geri*” alabileceklerdir²⁰.

Şuf'a hakkının belirli kişilerin üçüncü bir kişiye satılmış veya satış

Kuzey tarafından Bulat Buka'nın su kanalı ayırır. Batı tarafından Kutaçuk'un manastıra ait bağı ayırır. (11-14) Bu dört sınırlı bağ üzerine bin yıl, on bin güne kadar Basa Togril sahip olsun. İsterse kendisi kullansın, istemezse başka kişiye devretsın. (14-15) Ben Ozmuş Togril'in, benim küçük erkek kardeşim, ağabeyim, evladım, akrabam, her kim olursa olsun itiraz etmesinler. (15-17) Eğer itiraz etmeyi düşünürlerse bu bağ dengince iki bağı Basa Togril'a hazırlayıp vererek geri alsınlar. (17-19) Tanık Burhan Kuli. Tanık Yarp Togril. Tanık Vapıso. Bu damga, ben Ozmuş'ındır. Ben Asân Tutuñ, sorup yazdım.” Keskin, s.386.

¹⁹ ArSa05.

²⁰ BaSa03.

hükümündeki bir akitle devredilmiş bir malı tek taraflı irade beyanı ve müşteriye ödenecek bedel ile cebren alma hakkını ifade ettiği yukarıda zikredilmişti. Ele alınan misallerden açıkça anlaşıldığı üzere Uygur hukukunda da belirli kişilerin, satış gibi bir akitle²¹ mülkiyeti devredilmiş malları, malı satan alan kişiye ödeme yaparak cebren alması mümkündür. Bu da Uygur hukukunda kendine mahsus bir şuf'a hakkının mevcudiyetini açıkça göstermektedir.

Misaller tetkik edildiğinde Uygur hukukunda şuf'a hakkının mevcudiyeti görülmekle birlikte bunlar, mer'i Türk hukukundaki “vefâ (geri alım) hakkı” ve İslam hukukundaki “bey'bi'l-vefâ (geri alım şartıyla satış)” cihetinden de tetkik edilmelidir. Vefâ hakkı “*malike sattığı malı belirli koşullar ve bir bedel karşılığında tek taraflı irade beyanı ile geri alabilmesi imkânını bahşeden yenilik doğurucu bir hak*”²² olarak tanımlanmaktadır. Buna göre malı satan kişi belirli şartlar ve bedel karşılığında sattığı malı geri alabilecektir. Vesikalara bakıldığında ise ilk olarak, malı müşteriden geri alma hakkına sahip olan kimse karşı âkid değil onun dışındaki üçüncü kişilerdir. Yine günümüz hukukuna göre bu hak, külli halefiyet yoluyla mirasçılara geçebilir. Vesikalarda da hakkı kullanacak kişilerin “akrabalar” olduğu görülmektedir. Bununla birlikte Türk hukukunda bu hakkın mirasçılar tarafından kullanılması âkidin ölümüne bağlıdır. Uygur hukukunda ise “akrabalar” bu hakkı âkidin ölümü ile bağlı olmaksızın kullanabilmektedir. Ayrıca “akrabalar” içerisinde zikredilen herkes Uygur hukukuna göre mirasçı da değildir. Yine Uygur hukukunda külli halefiyetin mevcudiyeti ve ne derecede tatbik edildiği de tam olarak bilinmemektedir. Bütün bunların da ötesinde Uygur hukukunda vefâ (geri alım) hakkı olarak tavsif edilmeye daha yakın başka bir vesika mevcuttur ve bu vesika “şuf'a hakkı vesikalarından” tamamen farklıdır. Burada “daha yakın” ifadesinin kullanılmasının sebebi söz konusu vesikanın (İslam hukuk literatüründeki adı ile) “bey'bi'l-vefâ (geri alım şartıyla satış)” akdini ihtiva etmesidir²³.

İslam hukukunda bey'bi'l-vefâ “geri alım şartıyla satış” şeklinde basitçe tarif edilebilir²⁴. Bey'bi'l-vefâ ve vefâ hakkı arasında önemli benzerlikler

²¹ Bu başlık altındaki satış ifadeleri, “satış ve satış benzeri” şeklinde anlaşılmalıdır.

²² Pınar Güzel, “Taşınmaz Üzerinde Geri Alım Hakkı”, *İNÜHFD*, 11, 2020, s.242-259.

²³ Bkz. Korkmaz, “Bey' Bi'l-Vefâ'nın (Geri Alım Şartıyla Satışın) Menşei Üzerine Bir Katkı -Uygur Hukuk Vesikalarında Bey' Bi'l-Vefâ Tatbikatı-”, s.773-797.

²⁴ Mecelle'de bey' bi'l-vefâ “...bir kimse bir malı ahara semeni reddettikde geri vermek üzere şu kadar kuruşa satmakdır...” şeklinde tarif edilmiştir. MAA, m.118.; Bey' bi'l-vefânın

olmasına, bunların temel hedeflerinin aynı olup hüküm itibariyle de aynı neticeye ulaşmalarına rağmen bu iki hukuki münasebet arasında bazı farklılıklar da mevcuttur. Buna göre bey' bi'l-vefâ' müstakil bir akit, geri alım şartı ise satış sözleşmesine eklenen bir şarttır. Yine bey' bi'l-vefâ' her iki tarafın da sona erdirebileceği bir akit iken, geri alım şartıyla satışta sadece mal alan kimse şarta dayanarak malın iadesini talep edebilir²⁵. Bununla birlikte birbirinden çok farklı zamanlarda ve farklı hukuk sistemleri içerisinde tatbik edilen müesseseler arasında tam manasıyla bir benzerlik aramak da makul değildir. Ayrıca bey' bi'l-vefâ ile vefâ hakkının hedefleri ve sonuçlarının birbiri ile aynı olması bu iki müessese arasındaki farklılığı konumuz açısından “önemsiz” bir noktaya indirmektedir. Bu münasebetle misallerde karşılaşılan hak, vefâ hakkı değil şuf'a hakkı olarak tavsif edilmelidir.

Aynı hukuki müesseseler farklı hukuk sistemleri içerisinde farklı şekillerde görünebilir, farklı vazifeler icra edebilir. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere şuf'a hakkı hem İslam hukukunda hem mer'i Türk hukukunda mevcuttur. Fakat meselenin tafsilatında bu hukuk sistemleri hatta aynı hukuk sistemi dahilindeki farklı hukuk ekolleri arasında hüküm farklılıkları mevcuttur ve bu durum çok tabiidir. Uygur hukukunda şuf'a hakkının mevcut bulunduğu açıktır. Bununla birlikte şuf'a hakkı sahipleri, şuf'aya tâbi mallar, şuf'a türleri vb. hususlarda Uygur hukukunun kendine mahsus hükümleri bulunmaktadır. Bu sebeple bunlar ayrı alt başlıklar halinde tetkik edilmiştir.

A. Şuf'a Hakkının Doğumuna Elverişli Akitler

Şuf'a esas itibariyle şuf'aya tâbi bir malın satış akdi ile devredilmesi sonucunda söz konusu olur. Fakat hangi akitlerde şuf'anın cereyan edebileceği farklı hukuk sistemlerine ve hukuk ekollerine (doktrinlere) göre değişiklik arz etmektedir.

Uygur hukuku açısından satış akdinin şuf'a hakkının doğumuna elverişli olduğu açıktır. Bununla birlikte mer'i Türk hukukunda şuf'a cereyan etmeyen

trampa akdi,²⁶ Uygur hukuku için şuf'anın doğumuna elverişli bir akitir. Bu noktada trampa akdinde şuf'anın nasıl cereyan edeceği ele alınmalıdır. İlk bakışta trampa akdi, iki farklı malın değişimini ihtiva eden yapısı sebebiyle şuf'a hakkının doğumuna elverişli olamayacak gibi görünmektedir. Fakat Uygur hukukundaki şuf'anın kendine mahsus hükümleri sebebiyle trampa akdinde de şuf'a cereyan etmektedir. Şöyle ki: Günümüz hukukunda şuf'a hakkının kullanımı malı satın alan kişiye ödediği bedel tevdi edilmek suretiyle yapılmaktadır. Yani şuf'a hakkı sahiplerinin müşteriye ödediği bedel nakdî bir bedeldir. Zaten trampada nakdî bir bedel söz konusu olmadığı için şuf'a cereyan etmemektedir. Fakat Uygur hukukunda mal ister satış ister trampa akdi ile devredilmiş olsun şuf'a hakkı sahiplerinin müşteriye ödeyeceği bedel nakdî değil aynîdir. Yani şuf'a hakkı sahipleri müşteriye satış akdinde ödediği bedeli değil aldığı malın vasıflarını taşıyan (ekseri iki misli) bir mal vermek suretiyle bu hakkı kullanmaktadır. Dolayısıyla satış akdinde bile müşteriye, ödediği nakdî bedel değil aynı vasıflarda aynî bir bedel ödenmektedir. İşte bu durum Uygur hukukunda trampa akdini de şuf'a hakkının doğumuna elverişli bir akit kılmaktadır. Çünkü satış akdinde olduğu gibi trampa akdinde de müşteriye ödenecek bedel nakdî değil aynîdir. Bir misal üzerinden izah etmek gerekirse iki arazinin değişimi hususunda bir trampa akdi kurulmuştur. Akdin tamamlanıp mülkiyetlerin devredildiği ifade edildikten sonra akrabaların akde itiraz etmemeleri, eğer itiraz edip “geri alayım derlerse” “bu yer dengince iki yer hazırlayıp vererek” geri alabilecekleri ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere şuf'a hakkı sahipleri müşteriye aynî bir ödeme yaparak şuf'a hakkını kullanabilecektir²⁷.

Neticede Uygur hukukunda satış ve trampa akdi (malın şuf'aya tâbi mallardan olması gibi diğer şartların da tahakkuku ile) şuf'a hakkının doğumuna elverişli akitler olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Şuf'a Hakkı Sahipleri

Şuf'a hakkı sahibi, malı satın alan üçüncü kişiye ödeme yapmak suretiyle malı geri alma hakkına sahip olan kişiyi ifade eder. Uygur hukukunda genel itibariyle “akrabalar” şuf'a hakkı sahibi olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim evraklarda ağabeyler, küçük erkek kardeşler, evlatlar, oğullar, kızlar, yeğenler,

İslam-Osmanlı hukukundaki görünümü için bkz. Salih Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyye (XVII. Asır)*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

²⁵ Osman Kaşıkçı, *Eski Hukukumuzda Bir Hile-i Şer'iyye Örneği: Geri Alım Şartlı Satım (Bey' Bi'l-Vefâ)*, Mimosya Yayınları, ts., s.3 vd.; Ahmet Harun Bilge, “Bey' Bi'l-Vefâ Ve Osmanlı Uygulamasındaki Yeri”, *İÜSBE*, Yüksek Lisans Tezi, 2020, s.51 vd.; 6098 sayılı TBK m.237-238-239.; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri*, 2, Filiz Kitabevi, 1988, s. 12.; Güzel, s.242-259.

²⁶ Mer'i Türk hukukunda trampanın şuf'a hakkının doğumuna elverişli olması gerekliliği hakkında bkz. M. Kemal Oğuzman /Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2018, s.538-539.

²⁷ Trampa akdinde hangi tarafın şuf'a hakkına sahip olduğu sorusu gündeme gelir ki bu husus “Şuf'a Hakkı Sahipleri” başlığı altında tetkik edilmiştir.

dayılar vb. sayılmıştır. Fakat bu sayım tahdidi değildir. Nitekim farklı evraklarda farklı kişilerin sayıldığı görülmekle birlikte genel olarak tüm evraklarda “soyum, akrabamız” kaydının düşülmesi ile çerçeve genişletilmiştir. Hatta bazı evraklarda esasında askeri alanda kullanılan “onluğumuz, yüzlüğümüz” ifadeleri kullanılarak akrabaların geneli kastedilmiştir.

Şuf'a hakkı genel olarak gayrimenkul malların müşterek maliklerine tanınan bir haktır. Bununla birlikte Uygur hukuk vesikaları içerisinde böyle bir misale rastlanmamıştır. Sadece bir vesikada bununla alakalı dolaylı malumat verebilecek bir misale rastlanmıştır. Buna göre bir misalde iki kişinin müşterek mülkiyetinde olan bir bağın müşterek maliklerinden birisi sahip olduğu hisseyi üçüncü bir kişiye satmıştır²⁸. Burada diğer vesikalarda da olduğu gibi akrabaların akde itiraz etmemesi kaydı düşülmüştür. Fakat itiraz etmesi muhtemel kişiler arasında diğer malik (hissedar/paydaş) sayılmamıştır²⁹. Buradan yola çıkılarak müşterek malikin şuf'a hakkına sahip olmadığı sonucuna varılabilir. Bununla birlikte vesikada geçen “onluğum, yüzlüğüm” ifadesinin müşterek maliki kapsayıp kapsamadığı da tam olarak bilinmemektedir. Fakat bu ifadenin kullanıldığı diğer tüm vesikalarda bunun akrabaları ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir. Yine Uygur hukukunda akitler tafsilatlı hükümler barındırmaktadır. Pek çok tafsilatın akde dercedildiği bir hukuk sisteminde “müşterek malikin şuf'a hakkı” gibi çok ehemmiyetli bir meselenin dile getirilmemesi de bu hakkın bulunmadığı yönündeki kanaati güçlendirmektedir. Sadece bir vesika üzerinden neticeye varmak doğru olmamakla birlikte eldeki malumata göre müşterek malikin şuf'a hakkının bulunmadığı kayd-ı ihtiyatla söylenebilir.

Şuf'a hakkı sahipleri başlığı altında tetkik edilmesi gereken bir husus da trampa akdinde şuf'a söz konusu olduğunda hangi tarafın “akrabalarının” bu hakka sahip olduğudur. Çünkü satış akdinde bu hakka sahip olanların malı satan kimsenin akrabaları olduğu tartışmasızdır. Fakat trampada her iki taraf da karşıya bir mal devrettiği için hangi tarafın akrabalarının bu hakka sahip olduğu belli değildir. Burada her iki tarafında akrabalarının bu hakka sahip olması ilk akla gelen ihtimaldir. Fakat bu durumda her iki tarafın akrabaları da

²⁸ BaSa01.

²⁹ BaSa06 isimli bir başka vesikada da benzer bir durumla karşılaşılmıştır. Fakat burada hissesini satan kişi kendisine babasından miras kalan yerdeki hissesini satmaktadır. Bu yere babasının tek başına mı malik olduğu, yoksa başka ortaklarla birlikte mi malik bulunduğu anlaşılamamaktadır. Tek başına malik ise şuf'a hakkı sahipleri diğer akrabalar (mirasçılar) olabileceği için buradan ortaklara dair bir malumat edinilememiş dolayısıyla bu evrak metinde ele alınmamıştır.

bu hakkı kullanmak isterse nasıl bir yol izlenmesi gerektiği sorunu çıkmaktadır. Bu noktada tarafların akde hangi tarafın akrabalarının bu hakka sahip olduğu hususunda bir kayıt düşmeleri beklenebilir. Nitekim aşağıda görüleceği üzere Uygur hukukunda akde koyulacak bir şart ile şuf'a hakkının kullanımının yasaklanması mümkündür. Bununla birlikte bu hususta elimizdeki vesikalar ışığında net bir şey söylemek şimdilik mümkün görünmemektedir.

C. Şuf'a Hakkının Görünüş Biçimleri

Uygur hukukunda şuf'a hakkı tatbikatı farklı şekillerde karşımıza çıkmıştır. Bu tatbikatlar ayrı alt başlıklar halinde ele alınmıştır.

1. Kesin Şuf'a Hakkı

Vesikalardaki bazı misallerden şuf'a hakkının mevcudiyeti ve bu hakkın nasıl kullanılacağı açık şekilde anlaşılmaktadır³⁰. Bu sebeple bu misaller için kesin şuf'a hakkı başlığı tercih edilmiştir. Buna göre satış veya satış hükmündeki akit tamamlandıktan sonra akrabaların itiraz etmemeleri gerektiği dercedilmiştir. Bununla birlikte eğer akrabalar satışa itiraz eder ve satılan malı yeni malikten almak isterlerse belirlenen bedeli/malı ödeyerek geri alabileceklerdir. Burada ekseriyetle malın yeni malikine ödenecek bedel, satışı yapılan şeyin iki mislidir³¹. Yani akrabalar satılan malı şuf'a hakkını kullanarak almak istediklerinde müşterinin satın aldığı malın iki katını ona ödeyerek bu hakkı kullanabilecektir. Burada şuf'a hakkının kullanılmasının zorlaştırılması ve alacaklının zarara uğratılmaması amacı mevzubahistir. Nitekim bu durum kayıtlara şu şekilde yansımıştır: “*Bugünden sonra bu yere bin, on bin yıla kadar Basa Togrul (müşteri) sahip olsun. İsterse kendisi kullansın, istemezse başka kişiye devretsın. Biz ikimizin, bizim ağabeyimiz, küçük erkek kardeşimiz, akrabamız, hiçkimse itiraz etmesin, sormasın, istemesin. (Bir şey) sormayı, istemeyi düşünürlerse sözleri geçerli olmasın. Eğer güçlü bey ve maiyetinin gücünü kullanıp geri alayım derslerse bizzat bu su kanalında, bu yer dengince iki yer hazırlayıp vererek geri alsın. Geri alacak kişi zarara girsin. Basa Togrul zarar görmesin.*”³²

Diğer evraklar da benzer hükümler barındırmaktadır. Bazı evraklarda yukarıda rastlanan “güçlü bey ve maiyetinin gücünü kullanıp geri alayım

³⁰ ArSa02, 05, 09, 10, 11, 13, 15, BaSa03, KöSa02, 05, 06, 10, ArTa01.

³¹ ArSa02, 05, 09, 10, 11, 15, BaSa03, KöSa06, 10.

³² ArSa09.

derslerse” kaydı yoktur³³ ki bu husus “Şuf'a Hakkının Kullanımı” başlığı altında ayrıca tetkik edilmiştir. Yine bazı evraklarda akrabaların itiraz etmesi durumunda sözlerinin geçerli olmaması kaydı da bulunmamaktadır³⁴. Bir evrakta da şuf'a hakkının kullanılması için ödenecek bedel, satış bedelinin iki misli değil dengidir³⁵. Bu durum “(akrabalarım) *geri almayı düşünürlerse Kutlug Taş'a* (müşteri) *bizzat bu su kanalında bizzat bu yer dengince yer hazırlayıp vererek geri alsınlar*” şeklinde ifade edilmiştir.

2. Şuf'a Hakkının Mevcudiyetinin Şüpheli Olduğu Durumlar

Vesikalarda karşılaşılan bazı misallerde şuf'a hakkı ile alakalı düzenleme ile ne kastedildiği ve nasıl bir hüküm öngörüldüğü tam olarak anlaşılammıştır³⁶. Bu vesikalardaki düzenleme şu şekildedir: satış veya satış hükmündeki akit tamamlandıktan sonra akrabaların itiraz etmemeleri gerektiği dercedilmiştir. Bununla birlikte eğer akrabalar satışa itiraz eder ve satılan malı yeni malikten almak isterlerse belirlenen malı³⁷ ona ödeyecek bununla birlikte “sözleri geçerli olmayacaktır”. Bu vesikaların farklı bir başlık altında ele alınmasını gerektiren nokta da tam olarak burasıdır. Çünkü vesikalardaki ifadelerden şuf'a hakkı sahiplerinin iki misli bedel vererek malı alabilecekleri mi; yoksa iki misli bedel ödeyip buna rağmen malı da alamayacakları mı kastedilmiştir?

İlk bakışta vesikalardaki ifadelerden itiraz eden kişilerin bedelin iki mislini ödeyip malı da alamayacakları anlaşılmaktadır. Bu durumda bu ifadeler üçüncü kişilerin akde itirazını engelleyici birer cezai şart (üçüncü kişi aleyhine cezai şart?)³⁸ hükmündedir ve aslında “Şuf'a Hakkının Kullanımının Yasaklanması” başlığı altına tetkik edilmelidir. Fakat bu evraklardan bazılarında kullanılan birtakım ifadelerden itiraz edenlerin iki misli bedeli ödeyerek şuf'a hakkını kullanabilecekleri manası da çıkmaktadır. Nitekim bir evrakta “*sözleri geçerli olmasın*” dendiikten sonra “*Geri alacak kişi zarara girsin, Kök Buka (müşteri) zarar görmesin*” kaydı düşülmüştür. Yine “*sözleri geçerli olmasın*” kaydı tek başına malın geri alınamayacağı anlamı taşımamaktadır. Çünkü

³³ Bkz. KöSa02, 05, ArTa01.

³⁴ KöSa06, 10.

³⁵ ArSa13.

³⁶ Arsa04, 17, Basa01, 04, KöSa01, 04, 08, ÇoSa02.

³⁷ Bu bedel ekseriyetle satış yapılan şeyin iki mislidir.

³⁸ Günümüz borçlar hukukunun ana esaslarından birini teşkil eden “nisbîlik ilkesinin” Uygur hukukunda tamamen mevcut bulunmadığı yukarıda ifade edilmişti.

şuf'a hakkının mevcudiyetinin kesin olduğu evraklarda bile bu ifade yer almakta, buna rağmen itiraz ederlerse belirlenen bedeli ödeyerek mala sahip olacakları ifade edilmektedir. Ayrıca şuf'a hakkının engellendiği durumlarda üçüncü kişilere (ekseriyetle beylere, hükümdara vb.) ödenecek cezalardan bahsedilmektedir. Burada ise bedel/ceza müşteriye verilecektir. Yine şuf'a hakkının engellendiği durumlarda, belirlenen cezalar satılan malın bedelinden bağımsız olarak belirlenmektedir. Burada ise belirlenen bedel aslında “şuf'a bedeli kadar” bir miktardır.

Meseleyi vuzuha kavuşturmak maksadıyla burada zikredilen tüm evraklar mukayeseli olarak tetkik edildiğinde karşımıza şöyle bir tablo çıkmaktadır. Beş evrakta³⁹ akrabaların itiraz etmemesi ederlerse sözlerinin geçerli olmaması ve müşteriye iki misli ödeme yapmaları kaydı varken, bir evrakta⁴⁰ aynı kayıt ile birlikte “*geri alacak kişi...*” ifadesi vardır. İki evrakta ise bununla alakalı hiç ipucu yoktur⁴¹. Dolayısıyla burada bir misalde şuf'a hakkının mevcut bulunduğu söylenebilir. Beş evrak için ise şuf'a hakkının kullanımının yasaklandığı, karşı tarafı buna zorlamayı düşünenler için ise bir cezai şart öngörüldüğü söylenebileceği gibi, “sözleri geçerli olmasın” ifadesi ile “bedeli ödemedi sözleri geçerli olmasın” manasının kastedildiği de söylenebilir. Burada ikinci ihtimalin mümkün olmasının en önemli iki göstergesi; bu evrakların düzenlenişinin şuf'a hakkını yasakladığı açıkça anlaşılan evraklardan farklı olması ve aynı ifadeleri kullanan bir evrakta akrabaların malı alabileceğinin anlaşılmasıdır. Yine de bu hususta net bir şey söylemek şimdilik mümkün görünmemektedir.

3. Şuf'a Hakkının Kullanımının Yasaklanması

Vesikalardaki bazı misallerden şuf'a hakkının kullanımının yasaklandığı; hatta bunu kullanmak isteyenler için cezalar öngörüldüğü anlaşılmaktadır⁴². Buna göre akit tamamlandıktan sonra akrabaların akde itiraz etmemeleri, itiraz ederlerse sözlerinin geçerli olmaması, (bazı evraklarda) eğer beyin ve maiyetinin vb. gücünü kullanıp itiraz ederlerse çeşitli cezalar ödemeleri ve sözlerinin geçerli olmaması tasrih edilmiştir. Bu evrakların birisi çocuk satışına dairdir⁴³. Buna göre bir kişi on üç yaşındaki erkek çocuğunu bir başkasına

³⁹ BaSa01, 04, KöSa01, 08, ÇoSa02.

⁴⁰ Arsa04.

⁴¹ Arsa17, KöSa04. KöSa04 isimli evraktaki belirsizlik metin eksikliği kaynaklıdır.

⁴² BaSa06, ArSa16, ÇoSa01, B.SizSa06.

⁴³ Uygur hukukunda “çocuk satışı” bir köleleştirme usulü olarak karşımıza çıkmaktadır. Uygur

satmıştır. Şuf'a hakkını kullanmak isteyenler için de akde engelleyici hükümler koyulmuştur. Buna göre her kim itiraz ederse ceza olarak “*yüce majestelerine beyaz yastuk*,⁴⁴ *beylere eyere yaraşır at*” verecek ve itiraz edenlerin “*sözleri geçerli olmayacaktır.*” Şuf'a hakkının yasaklandığı diğer evraklarda da durum benzer şekilde cereyan etmektedir. Diğer evrakların bundan tek farkı diğer evraklarda beylerin vb. gücünü kullanarak itiraz ederlerse bile sonucun değişmeyeceği kaydı vardır. Buna göre mesela bir bağ satışı söz konusudur ve şuf'a hakkının kullanımı yasaklanmıştır. Eğer akrabalar “*güçlü bey ve maiyetinin, yabancı ve elçinin gücünü kullanıp itiraz ederlerse yüce majestelerine bir altın yastuk, hazineye bir gümüş yastuk, beylere eyere yaraşır birer at ceza (olarak)*” vereceklerdir ve “*sözleri de geçerli olmayacaktır.*”⁴⁵

Bir başka vesikada da şuf'a hakkının kullanımı yasaklanmış bununla birlikte, itiraz edecekler için herhangi bir “ceza” öngörülmemiştir⁴⁶.

4. Mahiyeti Tam Tespit Edilemeyen Şuf'a Tatbikatları

İkisi arsa satışını, birisi ev satışını konu alan üç vesikada metin eksikliği, okunamama vb. sebeplerle bir şuf'a hakkı meselesi olduğu anlaşılması fakat düzenlemenin nasıl yapıldığı anlaşılammıştır. Bu vesikalar dipnotta gösterilmiştir⁴⁷. Yine arazi trampasını ihtiva eden bir vesikada, akrabaların akde itiraz etmemesi istenmiş fakat ederlerse ne olacağına dair bir malumat verilmemiştir. Akde itiraz edilmemesi kaydı yukarıda ele alınan üç başlığın da ortak özelliği olduğu için bu vesika bunlardan hiçbirine dahil edilememiş, dolayısıyla burada zikredilmiştir⁴⁸.

D. Şuf'aya Tâbi Mallar

Kanuni şuf'a hakkı, mer'i Türk hukukunda sadece paylı mülkiyete tâbi gayrimenkullerin pay satışında gündeme gelmektedir⁴⁹. Dolayısıyla menkul

satışında, paylı mülkiyete tâbi olmayan bir gayrimenkulün satışında veya hisseli bir gayrimenkulün bütün olarak satışında şuf'a söz konusu olmaz. İslam hukukunda da benzer şekilde kural olarak gayrimenkullerin satışında şuf'a söz konusu olur.⁵⁰ Uygur hukuku şuf'aya tâbi mallar cihetinden mer'i Türk hukukundan ve İslam hukukundan ayrılmaktadır. Çünkü Uygur hukukunda sadece gayrimenkuller değil bazı menkul mal satışlarında da şuf'a cereyan etmektedir. Yine gayrimenkulde şuf'anın cereyan etmesi için hisse satışı şart değildir. Satılan gayrimenkul hisseli olsun olmasın tüm gayrimenkul ve gayrimenkul hissesi satışları (ve satış hükmündeki diğer aktler) şuf'a hakkının doğumuna elverişlidir.

Uygur hukukunda gayrimenkuller üzerinde şuf'anın nasıl cereyan ettiği ile alakalı yukarıda çok sayıda misal zikredilip tetkik edilmiştir. Tekrara düşmemek maksadıyla bunlar burada bir kez daha ele alınmamıştır.

Menkuller açısından ise meseleyi ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Vesikalarda karşılaşılan bazı misallerde bir takım menkul mallarda da şuf'a hakkının mevcut olduğu görülmüştür. Fakat bu misallere sadece köle ve çocuk satışı evraklarında rastlanılmıştır. Bu misallerden bazıları kesin şuf'a hakkını gösterirken,⁵¹ bazıları şuf'a hakkının yasaklanmasına⁵² bazıları da hakkın varlığının veya yasaklanmasının tam olarak anlaşılmadığı şüpheli durumlara dairdir⁵³. Fakat her halükârda bunlar üzerinde şuf'a cereyan edebildiği anlaşılmaktadır. Çünkü sadece şuf'a hakkının kullanımının yasaklandığı misal bile böyle bir hakkın varlığını ispatlamaya kafidir. Nitekim mevcut olmayan bir hakkın kullanılmasına engel olmak için akde şart koymaya gerek yoktur. Dolayısıyla ilk olarak çocuk ve köle satışlarının şuf'a hakkının doğumuna elverişli olduğu söylenebilir. Bu noktada değerlendirilmesi gereken ikinci mesele çocuk ve köle satışı dışındaki menkul satışlarında şuf'anın cereyan edip etmediğidir. Öncelikle köle ve çocuk satışının, mahiyet ve mana itibarıyla herhangi bir menkul mal satışı gibi değerlendirilemeyeceği açıktır. Dolayısıyla buradan kıyas yoluyla şuf'anın tüm menkul mallar için geçerli olabileceği sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Uygur hukuk vesikalarında köle ve çocuk haricinde menkul satışını konu alan dört vesika vardır⁵⁴. Bunlardan

hukuk vesikaları içerisinde iki vesikada çocuk satışına tesadüf edilmiştir. Buna göre baba, çocuğunu belirli bir bedel karşılığında üçüncü bir kimseye satmakta ve bu satışla birlikte çocuk köle statüsüne geçmektedir. Salih Korkmaz, “Uygur Hukukunda Birbirine Karıştırılan Üç Müessesese “Evlatlık, Evlat Rehni ve Çocuk Satışı”, 9. Asos Uluslararası Hukuk Sempozyumu Özet Kitapçığı, 2023, s.366-367, <https://kongre.akademikiletisim.com/files/asos2023/asoshukuk9_ozet_kitapci.pdf>, Erişim Tarihi 12 Haziran 2023.

⁴⁴ “Yastuk” Uygurlarda kullanılan bir para birimidir.

⁴⁵ BaSa06.

⁴⁶ ArTa03.

⁴⁷ Arsa03, 12, EvSa01.

⁴⁸ ArTa02.

⁴⁹ Akdi şuf'a için bkz. “F. AKDİ-KANUNİ ŞUF'A” başlığı.

⁵⁰ Dönmez, age, s.249.

⁵¹ KöSa06, 10.

⁵² ÇoSa01.

⁵³ KöSa01, 04, 08, ÇoSa02.

⁵⁴ Borç09, 17, 22, 24.

hiçbirisinde şuf'a'ya dair bir hüküm yoktur. Bunlarla birlikte hayatın tabii seyri göz önüne alındığında şuf'anın tüm menkul mallarda cereyan etmesi makul de görünmemektedir.

Netice itibariyle Uygur hukukunda şuf'a, tüm gayrimenkuller (gerek hisse devri, gerek gayrimenkulün bir bütün olarak devri), köle ve çocuk satışları üzerinde cereyan etmektedir. Köle ve çocuk dışındaki diğer menkuller üzerinde ise şuf'anın cereyan etmediği de kayd-ı ihtiyatla ifade edilmelidir.

E. Şuf'a Hakkının Kullanımı

Uygur hukukunda şuf'a hakkı sahiplerinin bu hakkı nasıl kullanabileceği ile alakalı birkaç meselenin ele alınması gerekmektedir. Burada ilk olarak ifade edilmesi gereken husus (yukarıda da ele alındığı üzere) şuf'a hakkının kullanılması için alıcıya/müşteriye ödenmesi gereken bedelin nakdî değil aynı olmasıdır. Yani şuf'a hakkı sahipleri müşteriye satış akdinde ödediği bedeli değil, aldığı malın vasıflarını taşıyan (ekseriyetle iki misli) bir mal vermek suretiyle bu hakkı kullanmaktadır. Mesela bir arazi satışı söz konusu olduğunda şuf'a hakkı sahipleri alıcıya ödediği bedeli değil, o arazinin “dengince” bir arazi vererek bu hakkı kullanabilir. Burada dengince ifadesi ile arazinin yeri, sulama imkanları vb. cihetinden eşdeğeri kastedilmiştir. Yani dengince ifadesi arazinin “niteliğine” dairdir. Ayrıca şuf'a hakkının söz konusu olduğu durumların kahir ekseriyetinde satılan arazinin nitelik olarak dengini (mislini) vermek yeterli olmamakta bu nitelikteki “iki arazi” vermek gerekmektedir. Yani şuf'a hakkı sahipleri bu hakkı kullanmak için satılan mal ile aynı nitelikte iki kat ödeme yapmak durumundadır. Bu vesikalarda “*bu yer dengince iki yer hazırlayıp vererek*”, “*bu kölenin dengince iki köle hazırlayıp vererek*” vb. şeklinde ifade edilmiştir. Bu durum aslında Uygur hukukunda şuf'a hakkının akdin bozulmasını engellemek maksadına matuf bir cezai şart⁵⁵ ile birlikte düşünüldüğünü göstermektedir. Fakat şuf'a hakkının kullanılması için iki mislinin verilmesi bir zorunluluk değildir. Nitekim bazı vesikalardan satılan şeyin “mislinin” verilerek bu hakkın kullanılabilmesi anlaşılmaktadır⁵⁶.

⁵⁵ Uygur hukuk vesikalarında cezai şart tatbikatına sık rastlanmaktadır. Buna göre hemen her akitte akdin karşı tarafı veya üçüncü kişi/ler lehine bir cezai şart koyulduğu müşahede edilmiştir. Bu cezai şartlar genel itibariyle akde itiraz edilmesi/akitten dönülmesi ve akdin gereklerine/mükellefiyetlerine aykırı davranılması halinde gündeme gelecektir. Uygur hukukunda cezai şart ekseriyetle üçüncü kişiler lehine koyulmuştur. Bununla birlikte ceza bedelinin akdin karşı tarafına yapılacağı misaller de mevcuttur.

⁵⁶ Mesela bkz. ArSa13.

Uygur hukukunda şuf'a hakkının kullanılması ile alakalı tetkik edilmesi gereken bir başka mesele de “maiyyet” meselesidir. Vesikalarda şuf'a hakkının kullanılması ile alakalı ifadelerde sıklıkla belirli dereceden akrabalar sayılmış ve bunların bu satışa itiraz etmemesi istenmiştir. Bununla birlikte bu kişiler mesela “*güçlü bey ve maiyetinin gücünü kullanıp geri alayım derlerse*” satılan malın dengince (veya iki mislini) vererek geri alabilecekleri ve bu hak kullanılırken alacaklının zarara uğratılmaması hususu vurgulanmıştır. Dolayısıyla burada tetkik edilmesi gereken en ehemmiyetli mesele, şuf'a hakkının kullanılabilmesi için “idari/hukuki bir prosedürün” takip edilmesinin zorunlu olup olmadığıdır. Yani şuf'a hakkı sahipleri bu hakkını ancak belirli kişiler/makamlar marifetiyle mi kullanabilmektedir? Belirli vesikalardan akrabaların bu haklarını belirli kişiler marifetiyle kullanabileceği ifade edilmiştir. Nitekim akrabalar akde itiraz edip malı geri almak isterlerse bu itirazları geçerli olmayacak, bununla birlikte belirli kişilerin gücünü kullanıp bunu yaparlarsa akitte belirlenen bedeli karşı tarafa ödeyip malı geri alabileceklerdir. Bu çerçevede vesikalarda ismi zikredilen kişiler/ünvanlar şunlardır: “*güçlü bey ve maiyeti*”⁵⁷, “*güçlü bey veya beyler*”⁵⁸, “*şaman*”⁵⁹, “*elçi*”⁶⁰, “*yabancı ve elçi*”⁶¹. Özellikle “*güçlü bey ve maiyeti*”, maiyyet kaydı bulunan tüm vesikalarda zikredilmiş, diğerleri ancak bu kayıtlarla beraber zikredilmiştir. Vesikalarda güçlü bey ve maiyetinin gücünün nasıl kullanılacağı ile alakalı herhangi bir malumat ise bulunmamaktadır.

Bazı evraklardan ise şuf'a hakkının kullanılabilmesi için bu şekilde bir prosedürün takibine gerek olmadığı anlaşılmaktadır⁶². Nitekim bu evraklarda akrabalar sayılmış ve akde itiraz etmemeleri istenmiştir. Buna rağmen itiraz ederlerse satılan şeyin mislini/iki mislini ödemek kaydıyla satılan malı geri alabilecekleri kayıt altına alınmıştır. Mesela bir bağ satışında bu husus “*...akrabam, her kim olursa olsun itiraz etmesinler. Eğer itiraz etmeyi düşünürlerse bu bağ dengince iki bağı Basa Togrıl'a hazırlayıp vererek geri alsınlar*”⁶³ şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁷ Maiyyet kaydı bulunan tüm vesikalarda “güçlü bey ve maiyeti” sayıldığı için bu vesikaların isimleri ayrıca zikredilmemiştir.

⁵⁸ B.SizSa06.

⁵⁹ ArSa13, EvSa01.

⁶⁰ BaSa01, 04, KöSa01, 08.

⁶¹ KöSa10, BaSa06.

⁶² Mesela bkz. BaSa03, KöSa02, 05, ArTa01.

⁶³ BaSa03.

Netice itibariyle şuf'a hakkının kullanımında takip edilmesi gereken prosedürün, akde göre değişebileceği söylenebilir. Bazı vesikalardan, bu hakkın kullanımı için belirli bir “idari/hukuki prosedür” takip edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır⁶⁴. Nitekim bu vesikalardan şuf'a hakkını kullanmak isteyenlerin, belirli kişilerin (özellikle bey/ler) “aracılığı” ile bu hakkı kullanabilecekleri anlaşılmaktadır. Bu prosedürün nasıl işlediğine dair ise elimizde herhangi bir malumat bulunmamaktadır. Bazı evraklarda ise bu hakkın kullanımı için herhangi bir kişi/kuruma müracaat gerekmemektedir. Burada şuf'a hakkı sahipleri ödemeleri gereken bedeli ifa etmek suretiyle satılan malı geri alma hakkına sahip olmaktadırlar. Dolayısıyla burada, akde koyulan şarta göre değişebilen usullerden söz etmek mümkün görünmektedir.

F. Akdi-Kanuni Şuf'a

Mer'i Türk hukukunda şuf'a, kanundan doğabileceği gibi akitten de doğabilir. Kanundan doğan şuf'a hakkı kanun gereği kendiliğinden ortaya çıkar ve herkese karşı ileri sürülebilir. Akdi şuf'a ise bu hakkın bir akitle belirli kimselere verilmesini ifade eder. Akit ile tanınan şuf'a hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ise bu hakkın tapuya şerh edilmesi ile mümkündür⁶⁵.

Uygur hukukundaki şuf'a hakkı bu çerçevede değerlendirildiğinde karşımıza şöyle bir tablo çıkmaktadır. Şuf'anın cereyan edebileceği hemen hemen tüm akitlerde bu hakkın nasıl kullanılacağı ile alakalı hüküm koyulmuştur. Şuf'a hakkı sahiplerinin kimler olduğu, bu kişilerin bu hakkı nasıl kullanabilecekleri vb. hususlar akitte tanzim edilmiştir. Bu, ilk bakışta Uygur hukukunda akdi şuf'anın câri olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Bununla birlikte tüm akitlerde şuf'a hakkına sahip olanlar aynı kişi/gruplardır. Ayrıca ayrıntısı yukarıda ele alındığı üzere bazı evraklarda bu kişilerin şuf'a hakkını kullanması yasaklanmıştır. Eğer Uygur hukukunda sadece akdi şuf'a olsaydı böyle bir yasağa gerek görülmezdi. Zira olmayan bir hakkın kullanımının engellenmesi için başkaca bir muamele yapmaya gerek yoktur. Yine Uygur hukuk vesikalarının bütünü tetkik edildiğinde pek çok meselede “töre ve yasaya” atıf yapıldığı görülecektir. Bu atıflar bazen akitlerdeki boşlukları tamamlayan tamamlayıcı hukuk kuralları bazen de doğrudan düzenleme yapan/sınır koyan emredici hukuk kuralları cümlesindedir. Şuf'a hakkının

⁶⁴ Mer'i Türk hukukunda şuf'a hakkının alıcıya karşı dava açılmak suretiyle kullanılması gerekmektedir. TMK, m.734.

⁶⁵ TMK, m.1009.

kullanımının yasaklandığı evraklarda, bu hakkın kaynağına dair açık bir ifade bulunmasa da bunun kaynağının “töre ve yasa” olması beklenir. Çünkü bir hakkın kaynağının zikrine gerek görülmeksizin sınırlanmasına dair hükümler koymak bile o hakkın kural olarak bilinişliğine ve mevcudiyetine delil teşkil eder. Dolayısıyla Uygur hukukunda belirli grupların kanuni olarak şuf'a hakkına sahip olduğu, fakat bu hakkın hangi şartlarda nasıl kullanılacağı veya kullanılmayacağına akitle belirlenebildiği/sınırlanabildiği söylenebilir. Neticede Uygur hukukunda akitle sınırlanabilen kanuni bir şuf'a hakkı mevzu bahisdir⁶⁶.

SONUÇ

Çalışmada Uygur hukukunda şuf'a (önalım) hakkına dair eldeki vesikalar tetkik edilmiştir. Bu tetkik neticesinde, belirli kişilerin üçüncü bir kişiye satılmış veya satış hükmündeki bir akitle devredilmiş bir malı tek taraflı irade beyanıyla ve müşterinin/alıcının ödediği bedel ile cebren alma hakkını ifade eden şuf'a (önalım) hakkının Uygur hukukunda da mevcut bulunduğu ilk defa bu çalışma ile ortaya koyulmuştur. Vesikalardan sadece bu hakkın mevcudiyeti değil diğer pek çok tafsilat da takip edilebilmektedir. Bunlar da maddeler halinde zikredilmiştir.

1. Uygur hukukunda şuf'a hakkı satış ve trampa akitlerinde gündeme gelmektedir. Satış akdinde şuf'a hakkının kullanımı günümüz hukukundan farklılık göstermemekle birlikte mer'i Türk hukukunda şuf'a cereyan etmeyen trampa akdi, Uygur hukuku için şuf'a hakkının doğumuna elverişli bir akitir.

2. Kimlerin şuf'a hakkına sahip oldukları hususunda ise ilk zikri gerekli grup “akrabalardır”. Burada “akrabalar” ile geniş bir çerçeve çizildiği de ifade edilmelidir. Günümüz hukukunda kanunî şuf'a hakkına sahip olan müşterek malikin (paydaş/hissedar) ise Uygur hukukunda bu hakka sahip olmadığı kayd-ı ihtiyatla söylenmelidir. Burada düşülen ihtirazi kayıt, bununla alakalı sadece bir vesikaya rastlanması ve sadece bir vesika üzerinden kesin bir neticeye ulaşmanın mahzurdan hâli olmaması sebebiyledir.

3. Şuf'a günümüz hukukunda sadece paylı mülkiyete tâbi gayrimenkullerin pay satışında gündeme gelmektedir. Uygur hukukunda ise şuf'a, tüm gayrimenkuller (gerek hisse devri, gerek gayrimenkulün bir bütün olarak devri), köle ve çocuk satışları üzerinde cereyan etmektedir. Köle ve

⁶⁶ Günümüz borçlar hukukunun ana esaslarından birini teşkil eden “nisbilik ilkesinin” Uygur hukukunda tamamen mevcut bulunmadığı yukarıda ifade edilmiştir.

çocuk dışındaki diğer menkuller üzerinde ise şuf'a cereyan etmediği kayd-ı ihtiyatla ifade edilmelidir.

4. Uygur hukukunda şuf'a hakkının kullanılması ile alakalı olarak iki noktaya temas edilmelidir. Bunlardan ilki şuf'a hakkının kullanılması için alıcıya/müşteriye ödenmesi gereken bedelin nakdî değil aynî olmasıdır. Yani şuf'a hakkı sahipleri müşteriye satış akdinde ödediği bedeli değil, aldığı malın vasıflarını taşıyan (ekseriyetle iki misli) bir mal vermek suretiyle bu hakkı kullanmaktadır. İkinci olarak ise “maiyyet” meselesine temas edilmelidir ki bu, şuf'a hakkının kullanılması için herhangi bir “idari/hukuki prosedür” takibinin zorunlu olup olmadığı; bir başka ifadeyle şuf'a hakkı sahiplerinin bu hakkını ancak belirli kişiler/makamlar marifetiyle mi kullanabildiği sorusudur. Burada da bu durumun akde bağlı olarak değişebildiği söylenmelidir. Bazı akitlerden bu hakkın kullanımı için belirli bir “idari/hukuki prosedüre” uymak gerektiği anlaşılırken; bazı akitlerde böyle bir prosedüre ihtiyaç olmaksızın bu hakkın kullanılabilceği anlaşılmaktadır.

5. Uygur hukukundaki şuf'a hakkının akdî mi kanunî mi olduğu hususunda ise akitle sınırlanabilen kanuni bir şuf'a hakkının mevzubahis olduğu ifade edilmelidir.

Şuf'a hakkına dair ulaşılan neticeler dışında, makalede şuf'anın pek çok ciheti eldeki veriler/vesikalar ışığında bir değerlendirme yapma zarureti sebebiyle tartışıl(a)mamıştır. Mesela trampa akdinde, akdin her iki tarafının akrabaları da şuf'a hakkına sahip miydi?; bu hak sözleşme ile sadece bir tarafa verilebiliyor muydu?; şuf'a hakkı kullanıldığında müşteriye ödenecek aynî bedelin akit konusu ile aynı vasıflara sahip olduğu hususunda bir ihtilaf vaki olursa mesele nasıl çözülmüyordu? vb. pek çok soruya şimdilik verilecek net bir cevap yoktur. Nitekim burada yazılanlar elimizdeki vesikalara dayanarak yazılmıştır ve burada bu soruların cevaplarına dair bir malumat yoktur. Burada sadece diğer tüm hukuk vesikaları, eski Türk ve Uygur hukuku malumatı ve yine şuf'a hakkının akit ile yasaklanabilmesi de göz önüne alınarak, bu hakkın taraflardan her ikisine veya sadece birine verilebileceği söylenebilir. Yine akit konusu şey ile müşteriye ödenecek şeyin vasıfları hakkında bir ihtilaf olursa bunun yetkili mercilerce tetkik edilerek hızlı şekilde neticeye bağlanabileceği söylenebilir. Nitekim hukuki münasebetlerin karışık olmadığı, dava prosedürlerinin fazla olmadığı, tarımın insanların asli meşgalelerinden birisi olduğu, görece küçük bir toplumda iki arazinin nitelik itibarıyla birbirine denk olup olmadığı meselesi bir ehl-i vukuf (bilirkişi) tarafından kolaylıkla çok kısa süre içerisinde halledilebilecek bir meseledir. Hatta tarımın asli meşgale

olması sebebiyle böyle bir ihtilaf için orada yaşayan hemen herkes ehl-i vukuf sayılabilir. Bu açıklama üzerine de Uygur hukukunda ehl-i vukuf, keşif vb. müesseselerinin tartışılması gerekir ki, bunu yapmak bazı işaretlerden yola çıkarak spekülasyon yapmaktan da ötedir. Dolayısıyla son kertede ifade edilenler, Uygur hukuk vesikalarının tamamı ve genel hukuk yapısı göz önüne alınarak yapılmış spekülasyonlar kabilinden değerlendirilmelidir. İleride ortaya çıkması muhtemel yeni vesikalar bu karanlık noktalara ışık tutabilir.

KAYNAKÇA

- Ahmed A, “Uygur Hukuku”, *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi*, (57), 1988, s.17-31.
- Arat R R, “Uygurca yazılar arasında”, *Türk Tarih Arkeolojiya ve Etnografya Dergisi*, 2, 1936, s.101-112.
- Arat R R, “Uygurca Yazılar Arasında-II”, *Türk Dili Ve Edebiyatı Dergisi*, (23), 1979, s.17-28.
- Arat R R, “Eski Türk Hukuk Vesikaları”, *Türk Kültürü Araştırmaları*, (1), 1964, s. 5-51.
- Ayiter F, “Eski Türk Hususi Hukukuna Ait Bazı Notlar”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 11, 1949-1950, s.417-436.
- Bilge A H, “Bey’ Bi’l-Vefa Ve Osmanlı Uygulamasındaki Yeri”, *İÜSBE*, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Cin H/Akgündüz A, *Türk Hukuk Tarihi*, OSAV, 2011.
- Clark L V, *Introduction to the Uyghur Civil Documents of East Turkestan (13th-14th Cc.)*, Doktora Tezi, 1975.
- Çandarlıoğlu G, “Uygurlar”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 42, 2012, s.242-244.
- Dönmez İ K, “Şuf’a”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 39, 2010, s.248- 252.
- Eberhard W, *Çin Tarihi*, Türk Tarih Kurumu, 1995.
- Eberhard W, *Çin’in Şimal Komşuları*, çev. Nimet Uluğtuğ, Türk Tarih Kurumu, 1996.
- EkinciEB, “Sual-Cevap”, <https://ekrembugraekinci.com/question/?ID=18999>, Erişim Tarihi 10 Şubat 2023.
- Eren F, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, *Gazi Üniversitesi HFD*, 12(1-2), 2008, s.103-126.
- Güneri O, “Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı ve Bu Kavramların Mukayesesi”, *Yeditepe Üniversitesi HFD*, 18, 2021, s.1353-1379.

- Güzel P, “Taşınmaz Üzerinde Geri Alım Hakkı”, *İNÜHFD*, 11, 2020, s. 242-259.
- İzgi Ö, *Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)*, Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Yayınları, Seri:3, (A.17), 1987.
- İzgi Ö, “Turfan Uygurları Kültürü Hakkında Bazı Düşünceler”, *Uluslararası Osmanlı Öncesi Türk Kültürü Kongresi*, 1989.
- İzgi Ö, “Turfan Uygurlarında Kiralama Vesikaları”, *X. Türk Tarih Kongresi’nden Ayırbaşım*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1991.
- Orkun, H N, “Türk Hukuk Tarihinin Uygur Vesikaları”, *Türk Hukuku Tarihi -Araştırmalar ve Düşünceler-*, 1935, s.533-548.
- Ögel B, *İslamiyetten Önce Türk Kültür Tarihi (Orta Asya Kaynak ve Buluntularına Göre)*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1962.
- Oğuzman M K/Seliçi Ö/Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2018.
- Özyetgin A M, *Eski Türk Vergi Terimleri*, KÖKSAV, 2004.
- Özyetgin A M, *İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku*, Ötüken Neşriyat, 2014.
- Kaşıkçı O, *Eski Hukukumuzda Bir Hile-i Şer’iyye Örneği: Geri Alım Şartlı Satım (Bey’ Bi’l-Vefâ)*, Mimoza Yayınları, ts.
- Kafesoğlu İ, *Türk Milli Kültürü*, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1977.
- Keskin B, “Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı”, *İstanbul Üniversitesi SBE*, Doktora Tezi, 2020.
- Keskin B, *Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri*, TTK, 2022.
- Kılıç S, *Osmanlı Komşuluk Hukuku*, Adalet Yayınları, 2022.
- Korkmaz S, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer’iyye (XVII. Asır)*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Korkmaz S, “Uygur Hukuk Vesikaları Üzerine Türkçe Literatürün Hukuki Tahlili”, *Adalet Dergisi*, (69), 2022, s.249-291.
- Korkmaz S, “Bey’ Bi’l-Vefâ’nın (Geri Alım Şartıyla Satışın) Menşei Üzerine Bir Katkı -Uygur Hukuk Vesikalarında Bey’ Bi’l-Vefâ Tatbikatı-”,

SDÜHFD, 12(2), 2022, s.773-797.

Korkmaz S, “Uygur Hukukunda Birbirine Karıştırılan Üç Müessese
“Evlatlık, Evlat Rehni ve Çocuk Satışı”, *9. Asos Uluslararası Hukuk
Sempozyumu Özet Kitapçığı*, 2023, s.366-

367,<https://kongre.akademikiletisim.com/files/asos2023/asoshukuk9_ozet_kitapci.pdf>, Erişim Tarihi 12 Haziran 2023.

Sümer F, “Dokuz Oğuzlar”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 9, 1994, s.500-502.

Şen A, “Uigurische Sprachdenkmaler'den Seçme Uygur Hukuk Belgeleri”,
İstanbul Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, 2004, Tez No: 14609.

Taşagıl A, “Turfan”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 41, 2012, s.414- 416.

Taşagıl A, *Çin Kaynaklarına Göre Eski Türk Boyları*, M.Ö. III-M.S. X. Asır, TTK, 2013.

Tekinay S S, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri*, 2, Filiz Kitabevi, 1988.

Yamada N, “Uygur Satış Mukavelesi Belgelerinin Şekilleri”, Çev. Emine Gürsoy Naskali, *İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi*, 26, 1993, s.195-234.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**BİŞKEK PROTOKOLÜ (12 MAYIS 1994) ÖRNEĞİNDE
ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN GEÇERSİZLİĞİ ÜZERİNE
BİR DEĞERLENDİRME**

AN EVALUATION ON INVALIDITY OF INTERNATIONAL TREATIES
IN THE CASE OF BISHKEK PROTOCOL (12 MAY 1994)

Tabriz JAFAROV* 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1270390](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1270390) 

Uluslararası sözleşmelerin yapılması, onaylanması ve yürürlüğe girmesi aşamalarında işlenmiş bazı hukuk dışı filler onların geçersizliğine delalet etmektedir. Fakat geçersizliğin tespiti sanıldığı kadar kolay değildir. Çünkü sözleşmenin geçersizliği somut delillerle ispat edilmelidir. Makalemizde sözleşmelerin geçersizliği ile ilgili hükümler Bişkek Protokolüne uygulanacaktır. Bişkek Protokolü Ermenistan ve Azerbaycan arasında devam eden Dağlık Karabağ savaşına geçici olarak son vermek amacıyla 12 Mayıs 1994'de Bişkek'te imzalanmıştır. Fakat günümüze kadar hukuki açıdan tartışılmaktadır. Çünkü Protokole Ermenistan ve Azerbaycan'ın yanı sıra sözde "Dağlık Karabağ" yönetimi de dâhil edilmiştir. Çalışmamızda üzerinden 20 yıl geçmesine rağmen akademik açıdan üzerinde pek fazla durulmayan ve resmi yönetim tarafından da belli siyasi ortam gerekçesi ile dile getirilmeyen Bişkek Protokolü'nün antlaşmalar hukuku bağlamında geçersiz olduğu ve yapıldığı andan itibaren hiçbir hukuki sonuç doğurmadığı görüşü savunulacaktır. Savunma, "Uluslararası sözleşmeler yalnız Uluslararası Hukukun sükeleri arasında yapılabilir" ve "Uluslararası sözleşmeler tarafların serbest irade beyanına dayanmalıdır" normları üzerinden yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Sözleşmeler, Bişkek Protokolü, Karabağ Sorunu, Sözleşmelerin Geçersizliği, Azerbaycan ve Ermenistan.

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Azerbaycan Devlet Gümrük Komitesi Akademisi/AZERBAYCAN, **e-posta:** tabriz.rauf@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-7087-6919, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1270390.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



ABSTRACT

Some illegal acts committed at the stages of conclusion, ratification, and entry into force of international treaties indicate their invalidity. However, the detection of invalidity is not as easy as it seems. The invalidity of the treaties must be proven with concrete evidence. In our article, the provisions regarding the invalidity of treaties will be applied to the Bishkek Protocol. The Bishkek Protocol was signed in Bishkek on May 12, 1994, in order to temporarily put an end to the ongoing Nagorno-Karabakh war between Armenia and Azerbaijan. However, it has not been discussed from a legal point of view until today. Because, besides Armenia and Azerbaijan, the so-called “Nagorno-Karabakh” administration was also included in the Protocol. In the article, it will be argued that the Bishkek Protocol, which has not been emphasized much in academic terms and has not been mentioned by the official administration due to a certain political environment, even though it has been 20 years, is invalid in the context of the law of treaties and has not produced any legal consequences since it was made. The position will be based on the norms “International treaties can only be made between subjects of international law” and “International treaties must be based on the free will of the parties.”

Keywords: *International Treaties, Bishkek Protocol, Karabakh Problem, Invalidity of Treaties, Azerbaijan and Armenia.*

EXTENDED ABSTRACT

Certain illicit activities that occur during the stages of conclusion, ratification, and entry into force of international treaties may raise questions about their validity. However, establishing their invalidity is not a straightforward matter; as it requires concrete evidence. In this article, we will apply the principles concerning treaties invalidity to the Bishkek Protocol. The Bishkek Protocol was signed in Bishkek on May 12, 1994, with the aim of temporarily halting the ongoing Nagorno-Karabakh conflict between Armenia and Azerbaijan. The separatist forces, which had occupied Shusha on May 8, 1992, followed by Lachin on May 18, and subsequently Kelbacer, Agdam, Fuzuli, Kubatli, and finally Zangilan on September 29, 1993, had also taken control of seven neighboring regions of Azerbaijan, in addition to the Nagorno-Karabakh region.

During the occupation of these regions, four United Nations Security Council resolutions were passed, but the obligations outlined in these resolutions remained unfulfilled until the 44-Day Homeland War. The ongoing hostilities transitioned into a ceasefire phase with the signing of the Bishkek Protocol on May 8, 1994. Nevertheless, its legal status has remained a subject of debate to this day, primarily due to the inclusion of the self-proclaimed “Nagorno-Karabakh” administration as a party to the Protocol. In this study, we argue that despite being relatively overlooked in academic discourse and not officially acknowledged in a particular political context for over two decades, the Bishkek Protocol is invalid within the framework of international treaty

law and has not generated any legal consequences since its inception. Our defense is grounded in two fundamental principles: “International agreements can only be established between subjects of International Law” and “International agreements must be based on the free will of the parties.” The central argument for the invalidity of the Bishkek Protocol requires a more comprehensive examination. Prior to the 1945 United Nations (UN) Convention, which prohibited the use of force or the threat of force, stronger parties often coerced the weaker party into signing agreements through such means. However, following the 1945 UN Convention, it was universally agreed that treaties formed under such circumstances would be considered invalid, and the Vienna Convention on the Law of Treaties affirmed this stance. Consequently, the use of coercive tactics during treaty formation became unacceptable under the UN Convention’s prohibition of the use of force and the threat of force. In summary, any contract concluded through the use of force or the threat of force is deemed invalid, with exceptions made for the use of force in compliance with UN Security Council resolutions and in self-defense. However, due to the complexity of the issue of force and the threat of force, it is not straightforward to assert the invalidity of contracts based on actions contrary to this principle. It is crucial to define precisely what constitutes the use of force or the threat of force in the context of contract invalidity, and not every instance of force or threat thereof automatically renders a treaty invalid. The key factor is whether the force applied significantly impairs the party’s free will. To arrive at a conclusive assessment of whether the Bishkek Protocol, signed by Azerbaijan on May 8, 1994, in Bishkek, Kyrgyzstan, involved the use of force or the threat of force, it is imperative to delve into the broader military context of that period. As previously emphasized, the Armenian military offensives against Azerbaijan in February 1994 had escalated, and the possibility of further territorial losses had emerged. Key Azerbaijani cities such as Ganja and Yevlah, strategically significant for Azerbaijan, were at risk of occupation. Specifically, the capture of Ganja or Yevlah would have resulted in the division of Azerbaijan on the map, with the Armenian forces gaining control of the railway connecting Georgia to Azerbaijan. In this desperate situation, Azerbaijan was presented with the Bishkek Protocol, and a request was made to include the self-declared Nagorno-Karabakh administration as a party to the Protocol. Notably, when the Protocol was initially proposed, Afyyettin Jalilov, the then Deputy Speaker of the Azerbaijani Parliament, who was in Bishkek on May 5, 1994, declined to sign it because of the attempt to involve the self-declared administration in the conference and make them a party to the Protocol. Since Jalilov refrained from signing the Protocol, the Russian OSCE representative Kazimirov had to await President Aliyev’s return from Brussels and only arrived in the capital, Baku, on the day of Aliyev’s return to the country.

Hence, in our view, given that the prevailing military and political circumstances compelled Azerbaijan to sign the protocol under duress rather than of its own volition, it is our contention that the said protocol should be deemed legally invalid.

GİRİŞ

08 Mayıs 1994'te yürürlüğe giren Bişkek Protokolü, 1988 tarihinden itibaren başlayan ve defalarca farklı taraflarca gösterilen teşebbüslere rağmen durdurulamayan Azerbaycan ve Ermenistan arasındaki Dağlık Karabağ (DK) savaşına geçici bir şekilde son veren sözleşme olarak tarihe geçmiştir. Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT) Parlamenter Meclisi'nin (PM) Kırgızistan'ın Başkenti Bişkek'te gerçekleştirilen toplantısı sırasında Rusya Federasyonu'nun teşebbüsü ve ısrarı üzerine kabul edilen protokolde taraf olarak Ermenistan ve Azerbaycan'ın yanı sıra sözde Karabağ Yönetimi'nin de ismi geçmektedir. Dağlık Karabağ'da devam eden silahlı çatışmalara son verilmesi maksadı ile taraflara yükümlülük getiren ilgili sözleşme şimdiye kadar Ermenistan dahi hiç bir ülkenin tanımadığı sözde Karabağ Yönetimi adına sözde parlamento başkanının imzasının bulunması günümüze kadar tartışılmış ve halen tartışılmaktadır. Teşebbüsün ileri sürüldüğü ve BDT PA'nın yapıldığı gün Azerbaycan Devletini temsilen Bişkek'te bulunan Meclis Başkan Yardımcısı Afiyyettin Jalilov sözleşmeni imzalama talebini reddetmiştir. 3 gün sonra Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Rusya temsilcisi Kazimirov'un şahsen Bakü'ye gelerek Azerbaycan adına Meclis Başkan'ı Resul Guliyev'e imza attırdığı Bişkek Protokol'ü sözleşmeler hukuku açısından da ciddi soru işaretlerine yol açmaktadır. Nitekim Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin (VAHS) ilgili maddesi gereğince uluslararası sözleşmelerin tarafı olma ehliyeti yalnız devletlere haizdir. Zira Karabağ Yönetiminin uluslararası hukukun süjesi olmaksızın, dolayısı ile devlet olmamasına rağmen Bişkek Sözleşmesinde taraf sıfatı ile yer alması sözleşmenin hukuki bağlamda sakatlığına delalet etmektedir. Uluslararası hukukun süjesi olarak kayıtlara geçmeyen bir sözde yönetimin hukuken uluslararası sözleşmelere taraf olma ehliyetinin yoksunluğu nedeniyle de böyle bir antlaşma yapıldığı andan itibaren uluslararası hukuk açısından geçersizdir ve taraflara münasebette hiç bir yükümlülük getiremez.

Diğer taraftan Bişkek olaylarının tarihi alt yapısına bakıldığı zaman yapılan sözleşmenin Azerbaycan tarafının irade beyanı bağlamında da hukuki sorunlar içerdiği görülmektedir. İlgili kaynaklara ve sonradan medyaya açıklanan verilere dayanılarak sözleşmenin Rusya Federasyonu'nun yoğun siyasi-askeri baskıları ve Ermenistan'ın bölgedeki işgal politikası çerçevesinde ortaya çıkan yeni toprak kaybı dalgasının güçlü etkisi altında yapıldığı veya kabul ettirildiği ileri sürülebilir.

I. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN GEÇERSİZLİĞİ MESELESİ

Uluslararası sözleşmelerin yapılması, onaylanması ve yürürlüğe girmesi aşamalarında işlenmiş bazı hukuk dışı fiiller onların geçersizliğine delalet etmektedir¹. Bu sebeple uluslararası sözleşmelerin geçersizliğine neden olacak eylemlerin içeriği gereği ile farklı gruplarda toplandığı bilinmektedir. Keza öncelikle geçersizlik meselesini genel olarak değerlendirmemiz ve ilgili kriterlerin ayrı ayrılıkta Bişkek Protokolü ile ne derecede bağlantılı olduğunu incelememiz gerekmektedir.

A. İç Hukuk Kurallarına Açık Aykırılık

Sözleşmelerin iç hukuk kurallarına aykırı olması gerekçesi ile geçersizliği konusunda doktrinde yeknesak görüş bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre iç hukuk kuralları ile uluslararası hukuk arasında bir birliktelik söz konusu olduğu için iç hukuka aykırı biçimde yapılan uluslararası sözleşmelerin geçersizliği mevzubahisse de diğer grup yazarlar iç hukuk ve uluslararası hukuk arasında birlikteliğin yokluğu savını ileri sürerek birincilerin görüşünü reddetmektedir². Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi söz ettiğimiz konuya 46. 1. Maddesinde şöyle düzenleme getirmektedir:

“Bir devlet, bir antlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun antlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakasına, rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğerki ihlal aşikâr ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun.”

Madde metninden de görüldüğü üzere her iç hukuka aykırılık argümanı sözleşmenin geçersizliğine delalet etmemektedir³. Dolayısı ile kural olarak böyle bir yaklaşım mevzubahis değildir⁴. Dahası taraf devlet iç hukukunda uluslararası sözleşmelere dair her hangi bir kuralın ihlalini esas göstererek geçersizlik talebinde bulunamaz. İç hukuk kurallarına aykırılık nedeni ile

¹ Yücel Acer, İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk*, Legal Yayıncılık, 2017, s. 91; Selcen Erdal, “Uluslararası Andlaşmaların Hukuksal Geçerliliği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23(1), 2015, s. 74.

² Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 6. Baskı, Beta Yayınları, 2013, s. 44-45; Enver Bozkurt, Akif Kütükçü, Yasin Poyraz, *Devletler Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2012, s. 42-43.

³ Sur, s. 45; Acer/ Kaya, s. 94.

⁴ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – I*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2012, s. 151.

antlaşmanın geçersiz sayıla bilmesi ilgili iç hukuk kuralının aşikâr ve temel niteliğe sahip olmasını gerektirmektedir⁵. Dolayısı ile eğer iç hukukun temel bir kuralına aykırılık aşikâr şekilde söz konusu ise yapılan sözleşmenin geçersiz sayılması mümkündür. VAHS'nin 46.2. maddesi iç hukuk kuralının aşikâr ihlali konusuna şöyle belirginlik kazandırmaktadır:

“Bir ihlal, söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, aşikârdır.”

Bişkek Protokolü'nün Azerbaycan'ın iç hukuk kurallarına aşikâr biçimde aykırı olarak imzalandığını delilleriyle ortaya koymak pek kolay görünmese de bazı değerlendirilmelerde bulunmak mümkündür. Özellikle Protokol imzalandığı tarihte daha bağımsız Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Anayasası'nı bile kabul edememiş olması kapsamlı olarak iç hukuk kurallarının varlığının tespitini bile zora sokmaktadır. Bununla birlikte 18 Ekim 1991 tarihli Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Bağımsızlığına dair” Anayasa Senedinin 14. Maddesi iç hukuka olası aykırılık bakımından dikkat çekicidir. Senedin 14. Maddesine göre *“Azerbaycan Cumhuriyeti toprakları birdir, bölünemez, devredilemez. Azerbaycan Cumhuriyeti, topraklarının herhangi bir bölümünü hiçbir şekilde hiç kimseye vermez; sadece Azerbaycan Cumhuriyeti parlamentosunun kararı ile, cumhuriyetin tüm nüfusu arasında halk oylaması (referandum) yapılarak, Azerbaycan halkının rızasına dayalı olarak sınırlar netleştirilebilir.”*⁶ Bişkek Protokolü her ne kadar bir ateşkes sözleşmesi olarak tasarlanmış olsa da sözde yönetim temsilcilerinin imzasını da içerisinde barındırmakla Azerbaycan'ın toprak bütünlüğüne yönelen zımnî girişim olarak da kuşkuyla tetiklemekteydi. Fakat kanımca protokol halkın iradesi dışında yürütülen sürecin sonucunda değil, tam tersine mevcut ekonomik, askeri ve siyasi buhran ortamını ortadan kaldırmak amacıyla devlet tarafından halkın menfaatleri de gözetilmekle hedeflenen uzun vadeli amaçlar ışığında imzalanmıştır. 12 Mayıs sonrasında Azerbaycan Devleti'nin “Demir Yumruk” operasyonuna kadar yaklaşık 26 sene sergilediği tutum bilakis söylediklerimizle örtüşmektedir.

B. Yetkisizlik ve Temsilcinin Yetki Sınırlarını Aşması

Öncelikle bilinmelidir ki uluslararası sözleşmelerin de iç hukuk

⁵ Sur, s. 45.

⁶ Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Bağımsızlığına dair Anayasa Senedi, bkz. <<https://e-qanun.az/framework/6693>> Erişim Tarihi 22 Haziran 2023.

kuralları ile düzenlenen sözleşmeler gibi geçerli sayıla bilmesi için yetkilendirilmiş şahıslar tarafından yapılması gerekmektedir⁷. Noter onayı ile yetkilendirilmemiş birinin sizin yerinize başka birisi ile sözleşme yapması nasıl kabul edilemezse devlet adına yetkili olmayan birisinin sözleşme yapması da bir o kadar kabul edilemezdir. VAHS'nin 8. maddesi bu konuda belli kriterleri ortaya koymakta ve yetkisi bulunmayan birinin devlet adına yaptığı işlemin ilgili devletin sonradan icazeti olmaksızın hukuki sonuç doğuramayacağını aşağıdaki şekilde hükme bağlamıştır:

“Yedinci maddeye göre bir Devleti temsil etmeye mezun kabul edilmeyecek bir kişinin bir antlaşmanın akdedilmesi ile ilgili olarak yaptığı bir işlem, o Devletçe daha sonra teyit edilmedikçe hukuki sonuç doğurmaz.”

Dolayısı ile madde metninden de görüldüğü üzere yetkisizlik açısından VAHS'nin tavrı net ve belirgindir. Hukuki sonuç doğuramayacak olan yetkisiz işlem aslında hukuk mantığının da bir gereğidir. Açık hukuki ihlale konu teşkil eden bu türden işlemlerin geçersizliği mevzuunda büyük oranda kabul gören görüşün mevcudiyeti de göz önündedir⁸. Zira yetkisizlik nedeni ile bir uluslararası sözleşmenin hukuki sonuç doğuramayacağı aşikârdır.

Temsilcinin yetki sınırlarını aşması meselesi ise yetkisizlik kadar aşikâr ve somut mahiyet içermemektedir. Dolayısı ile ortada yetkisiz bir temsilcinin bulunmasından değil bulunan yetkili temsilcinin ona verilmiş yetki sınırlarını aşması mevzubahistir. Daha açık bir şekilde temsilci uluslararası hukuk tarafından tanınmış ve temsil ettiği devlet tarafından ona verilmiş yetki sınırlarını aşmaması gerekirken aşarak birtakım yükümlülükler altına girmektedir. VAHS'nin sözü geçen durumla ilgili düzenlemesi 47. maddede ifadesini bulmuştur:

“Bir temsilcinin bir Devletin belirli bir antlaşma ile bağlanma rızasını açıklama yetkisi özel bir sınırlamaya tabi kılınmışsa, temsilcinin o sınırlamaya riayet etmemesi, kendisi tarafından açıklanan rızayı geçersiz kılma gerekçesi yapılamaz, meğer ki temsilcinin bu rızayı açıklamasından önce sınırlama diğer görüşmeci Devletlere bildirilmiş olsun.”

Madde metninde görüldüğü üzere her aşılacak yetki sınırının ilgili sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceği hükme bağlanmıştır. Aşılacak yetki

⁷ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, 2012, s. 77; Erdal, s. 74-75.

⁸ Sur, s. 45.

sonucunda bulunulan irade beyanının hukuki sonuçlar doğurmaması için temsilciye sınırlı yetkilerin verildiği konusunda veya temsilcinin yetkilerine getirilen sınırlamalarla ilgili karşı taraftaki devlete önceden bilgi verilmesi talep edilmektedir. Nitekim eğer temsilcinin sınırlı yetkiye sahip olduğuna dair karşı tarafa önceden bilgi verilmiş ise ilgili sınırlamanın aşılması sonucunda yapılmış işlem hukuken geçersiz sayılacak ve sonuç doğurmayacaktır⁹.

Bişkek Protokolü'ne giden süreç ve protokolün imzalanma aşamasına bakıldığında ilk başta Meclis Başkan yardımcısı Afiyettin Jalilov'un sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesi, sonrasında ise Meclis Başkanı Resul Guliyev tarafından protokole imza atılması yetkisizlik veya yetki sınırlarını aşma sebebiyle geçersizlik olasılığını akla getirmiş olsa da Guliyev'in devlet yönetiminin iradesinden tamamen bağımsız karar verdiğini de ispatlamak pek kolay değildir¹⁰.

C. İrade Sakatlığı

Uluslararası sözleşmelerin geçerliliğine delalet eden en temel bileşenlerinden biri de sözleşmenin tarafların irade serbestliği çerçevesinde yapılmasıdır¹¹. Bu anlamda uluslararası sözleşmelerle iç hukuk sözleşmeleri arasında aslında bir benzerlik bulunmaktadır¹². Mantıken de yapılan sözleşmeler irade serbestliği esasına dayanmıyorsa onların sözleşme olduğu sonucuna varmamız mümkün değildir.

VAHS irade sakatlığı sebebiyle sözleşmelerin geçersizliği konusunda bir kaç önemli hususa yer vermektedir. Başka bir cümle ile VAHS irade sakatlığını “yanılgı”, “aldatma”, “temsilcinin ayartılması”, “temsilcinin ayırılması”, “Temsilci üzerinde baskı”, “Devletin Kuvvet Kullanma veya Kuvvet Kullanma Tehdidi Altında Kalması” gibi sınırlı eylemlerin gerçekleşmesi durumuna bağlamıştır¹³. Mevzubahis eylemlerden yalnız “Devletin Kuvvet Kullanma veya Kuvvet Kullanma Tehdidi Altında Kalması” hususunun Bişkek Protokolü'ne açıkça uygulanabileceği kanısındayım.

⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, 2010, s. 608; Aksar, s. 152. Sur, s.45.

¹⁰ De Waal, s. 238-240.

¹¹ Pazarcı, s. 78.

¹² Sur, s. 45.

¹³ Erdal, s. 78.

D. Yanılgı (Hata)

Yanılgı uluslararası sözleşmelerin taraflarının sözleşmeyi yaparken belli bir olayla veya duruma dair yanlışlıkla yapması gerekenin aksine hareket etmesi üzerine ortaya çıkan anlaşmazlıktır¹⁴. Bir başka ifade ile yanılgı derken sözleşmenin tarafının yanlış bilgilerin veya yanlış yaklaşımın veya yanlış anlaşılmanın sonucunda kendi çıkarlarının aleyhine yol açacak şartlara bağlanması kastedilmektedir. VAHS 48. 1. Maddesinde yanılgı ile ilgili husus aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Bir Devletin bir antlaşmadaki bir hataya antlaşma ile bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurabilmesi için, hatanın antlaşma yapıldığı zaman o Devletçe varlığı farz edilen ve antlaşma ile bağlanma rızasının esaslı bir temelini teşkil eden bir olay ve durumla ilgili olması gerekir.”

Bişkek Protokolü sürecinde tarafların yanılgıya uğramadıkları bilinmektedir.

E. Aldatma (Hile)

Aldatma VAHS'nin 49. maddesinde aşağıdaki şekilde kendi içeriğini bulmuştur:

“Bir Devlet bir antlaşmayı diğer bir görüşmeci Devletin hileli davranışı ile yapmaya itildiyse, bu Devlet hileye antlaşmayla bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurabilir.”

Madde metnine dikkat edildiğinde görülüyor ki aldatma derken sözleşme yapan taraflardan birinin diğerini hileli davranışı ile aldatarak sözleşmeye taraf etmesi anlaşılmaktadır¹⁵. Dolayısı ortada hile ile yapılan bir sözleşme iddiası varsa yapılan sözleşmenin hileden dolayı geçersizliği meselesi yargı yoluna açıktır. Hile ile ilgili geçmişte Avrupalı sömürgecilerin bazı Afrikalı kabile reislerini aldatmaları dışında örnek bulmak zordur¹⁶. Oysaki Bişkek Protokolü sürecinde tarafların iradesini etkileyecek düzeyde hile yapılmamıştır.

F. Temsilcinin Ayartılması

Uluslararası sözleşmelerin irade sakatlığı nedeni ile geçersizliğine delalet eden eylemlerden biri de temsilcinin ayartılmasıdır. Sözleşme yapan devleti

¹⁴ Sur, s. 45.

¹⁵ Brownlie, s. 619.

¹⁶ Sur, s. 46; Aksar, s. 153.

temsil eden temsilcinin her hangi bir şekilde ele alınması ile kendi ifadesini bulan ilgili eylem sözleşmenin geçersizliğine sebep olmaktadır¹⁷. Temsilcinin ayartılması ile sözleşmenin geçersizliği konusu VAHS'nin 50. maddesine düzenlenmiştir:

“Bir Devletin bir antlaşma ile bağlanma rızasının açıklanması, temsilcinin başka bir görüşmeci Devlet tarafından doğrudan veya dolaylı şekilde ayartılması suretiyle sağlandıysa, bu Devlet böyle bir ayartılmaya, antlaşma ile bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurabilir.”

VAHS'nin ilgili maddesinden de görüldüğü üzere devletin yetkilendirdiği temsilcinin doğrudan ayartılması ile beraber dolaylı olarak da diğer görüşmeci devlet tarafından ayartılması irade beyanının sakatlanmasına sebebiyet vermekte olup temsilcinin temsil ettiği devlete sözleşmenin geçersizliği ile ilgili başvuruda bulunmak hakkı kazandırmaktadır. Kaldı ki fikrimce örneğimizdeki taraf temsilcilerinin ayartıldığı yönünde kanıtlara rastlanmamaktadır.

G. Temsilci Üzerinde Baskı

VAHS'nin 51. maddesine göre, *“Bir Devletin temsilcisine karşı yöneltilen hakaret veya tehditler ile icbar edilerek Devlet adına sağlanan bir antlaşma ile bağlanma rızasının açıklanmasının herhangi bir hukuki etkisi olmayacaktır.”*

Kıyası VAHS'nin hükmettiği gibi sözleşmenin imzalanmasının karşı devletin temsilcisi üzerinde her hangi bir şekilde baskı kurularak sağlanması hukuki değildir ve hiç bir hukuki sonuç doğurmamaktadır¹⁸. Temsilci üzerinde gerçekleştirilen baskı eylemi tehdit olarak onun şahsına veya ailesine, özel hayatına veya kariyerine yönelik ola bilmektedir¹⁹. Uygulamada temsilcinin zorlanması veya tehdidi örneklerine pek çok rastlanmış olmamakla beraber devletin üzerinde kuvvet kullanılması veya kuvvet kullanma tehdidinin oluşturulması durumu görülmektedir²⁰. Örneğimizdeki olayda her ne kadar Azerbaycan temsilcileri üzerinde siyasi baskı kurulsa da bahsi geçen baskının bireysel anlamda mecburiyet karşısında irade sakatlığına delalet etmediği kanısındayım.

¹⁷ Pazarcı, s. 78-79; Aksar, s. 153

¹⁸ Pazarcı, s. 79; Sur, s.46.

¹⁹ Acer/ Kaya, s. 93; Brownlie, s. 619.

²⁰ Aksar, s. 154.

H. Devletin Kuvvet Kullanma veya Kuvvet Kullanma Tehdidi Altında Kalması

Bişkek Protokolü'nün geçersizliği noktasında esas argümanımız olan mevzu bahis eylemin daha geniş biçimde ele alınması gerekmektedir. Bir defa 1945 Birleşmiş Milletler (BM) Sözleşmesi ile kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidinin yasaklanmasından önce güçlü olan tarafın adı geçen yöntemleri kullanarak karşı tarafa sözleşmeler imzalatması söz konusuysa 1945 BM Sözleşmesinden sonra bu şekilde yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağı yönünde görüş birlikteliği sağlanmış ve VAHS ile de hükme bağlanmıştır²¹:

“Birleşmiş Milletler Antlaşmasına geçirilmiş olan uluslararası hukuk ilkelerini ihlal edecek şekilde kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak veya kuvvet kullanmak suretiyle yapılması sağlanan bir antlaşma batıldır.”

Dolayısıyla BM Sözleşmesi'nin kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidinin yasakladığına dayanılarak ilgili aletlerin sözleşmelerin yapımı sırasında kullanılması kabul edilemez hale gelmiştir. Kıyası eğer kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi altında imzalanmış bir sözleşme varsa bile geçersizdir²². BM Güvenlik Konseyi kararları çerçevesinde ve meşru müdafaa kapsamında gerçekleştirilen kuvvet kullanımı bu bağlamda istisnai nitelik taşımaktadır²³. Fakat kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidi kendisi karmaşık bir konu olduğundan sözleşmelerin bahsi geçen ilkeye aykırı fiillere dayanarak geçersizliğini iddia etmek pek kolay değildir. Öncelikle kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi derken sözleşmelerin geçersizliği bağlamında neyin kast edildiğine belirginlik kazandırılması gerekmektedir. Keza her kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi sözleşmelerin geçersizliğine delalet etmez.

Kuvvet kullanma yasağı BM Antlaşması'nın 2. 4. Maddesinde yasaklanmasına rağmen kapsamı açık bırakılmış kavramdır. Fakat bu konuda Uluslararası Adalet Divanı (UAD)'nin çeşitli kararlarına istinaden yasağın kapsamının belirlenmesi yönünde çalışmalar bulunmaktadır. Nitekim üzerinden geçen yıllar içerisinde yasağın kapsamı bir az daha netleştirilmiştir.

²¹ Sur, s. 46-47; Erdal, s. 82-83.

²² Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 6. Baskı, Beta Yayınları, 2013, s. 93; Acer/ Kaya, s. 93; Brownlie, s. 619.

²³ Acer/ Kaya, 93.

Dolayısı ile UAD kendi içtihatlarında kuvvet kullanma yasağını silahlı saldırı, saldırı, daha az kuvvet kullanma ve müdahale olarak tasnif etmiştir. O zaman ismi geçen kuvvet kullanma içeren fiillerden herhangi birinin kullanılması ile yaptırılan sözleşmelerin geçersizliği ireli sürüle bilmektedir. Zira sonuç itibarı ile kuvvet kullanma derken yukarıda ifade edilen fiillerden birinin yapılması söz konusu olduğu için bahsi geçen fiillerin ayrı ayrılıkta incelenmesi ile kuvvet kullanma eyleminin yapılıp yapılmaması sonucuna varılabilir. Kısası aşağıdaki alt başlıklarda kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidi kavramlarının açıklanması üzerinden devam ederek VAHS'nin ilgili maddesinde kast edilen geçersizlik nedenine ışık tutmaya gayret göstereceğiz.

1. Kuvvet Kullanma Tehdidi

Başeren'e göre, *“Bir hükümetin, kuvvet kullanılmasını haklı kılacak nedenler yokken, belli taleplerinin kabul edilmemesi halinde, açıkça ya da zımnen, kuvvet kullanacağını söylemesi, hukuka aykırı bir kuvvet kullanma tehdididir.”*²⁴

Örneğin Körfez savaşı zamanı Irak'ın kendine göre bir sıra argümanlara dayanarak Kuveyt'e yönelik bazı taleplerde bulunması ve bu taleplerin yerine getirilmediği takdirde kuvvete başvuracağını bizatihi gösteren sınıra askeri sevkıyat başlatma eylemi uluslararası hukuk bağlamında bir kuvvet kullanma tehdididir²⁵. Sözü geçen olayda Irak'ın Kuveyt'e karşı açık taleplerde bulunması ve sınıra askeri kuvvetler toplaması BM antlaşmasının 2. 4. Maddesinin kuvvet kullanma tehdidinin yasaklanması ibaresine açıkça aykırılık göstermekte olup ilgili maddenin ihlalidir.

Yaşanan olaylara dikkat edildiğinde ortaya çıkan veriler göstermektedir ki kuvvet kullanma tehdidi genellikle kuvvet kullanma ile sonuçlandığından sonradan yapılan değerlendirmeler zamanı kuvvet kullanmanın gölgesinde kalmaktadır²⁶. Daha anlaşılır bir şekilde ifade etmek gerekirse kuvvet kullanma tehdidi yalnız tehditle sınırlandırılmayarak kuvvetin de direk kullanılması ile kendisini gösterdiğinde, zaten kuvvet kullanma yasağı ihlal edildiğinden tehditle ilgili değerlendirmeye bir nevi gerek kalmamaktadır. Bu nedenle her kuvvet kullanma eylemi olmasa da hemen hemen çoğu kuvvet

²⁴ Sertaç Hami Başeren, *Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları*, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2003, s. 87.

²⁵ Başeren, s. 87.

²⁶ Başeren, s. 88.

kullanma eylemi, öncesinde tehditle hissedilmektedir. Bu anlamda tehditle kuvvet kullanma arasında geniş bir zaman bağı bulunmamaktadır. Fakat her tehdidin kuvvet kullanma ile sonuçlanacağını da söylemek mümkün değildir. Nitekim kuvvet kullanma tehdidi direk kuvvetin kullanılması ile sonuçlana bileceği gibi sonuçlanmaya da bilir. Fakat her hâlükârda tehdit eyleminin oluşumu dahi uluslararası hukuk açısından hukuki dayanaklardan yoksun bir hukuk dışı faaliyettir. Nitekim eğer kuvvet kullanma tehdidi ile bir sözleşme yapılmış ise VAHS 52. Madde gereğince ilgili sözleşme geçersizdir.

2. Kuvvet Kullanma

a. Silahlı saldırı

Silahlı saldırı BM Sözleşmesinin 51. maddesi çerçevesinde meşru müdafaa hakkına sebebiyet veren kuvvet kullanma yasağının ihlali kapsamında ortaya çıkan hukuk dışı fiildir. Fakat Sözleşmenin 51. maddesinde silahlı saldırının meşru müdafaa hakkına sebebiyet verdiği kendi ifadesini bulmuşsa da kavramın içeriğine dair hiç bir düzenleme yapılmamıştır²⁷. Dolayısı ile neyin silahlı saldırı olup olmadığı konusunda farklı mülahazalara yer verilmiş ve farklı yorumlar ortaya çıkmıştır. Konumuzla ilişkilendirilirse silahlı saldırı da VAHS 52. maddede ifadesini bulan kuvvet kullanma kavramının bir parçasıdır. Silahlı saldırının tanımı antlaşmada yapılmamış olsa da “Saldırının Tanımına” dair 1974 Genel Kurul Kararı ve 1970 Dostane İlişkiler Bildirisi bazında, diğer yandan ise UAD'nin Nikaragua Kararı ışığında silahlı saldırı ile ilgili belli çerçevede muhakeme yürütüle bilir. Kısası silahlı saldırı silahlı kuvvetlerin sistemli bir şekilde başka bir devlete saldırması sonucunda ortaya çıkması gereken zarara mütenasip olarak belirlenmektedir. Başka bir sözleşmenin çapı ve ortaya çıkacak hasara bakılarak silahlı saldırı değerlendirmesi yapılabilir²⁸. Sonuca bağlarsak silahlı saldırı sistemli silahlı kuvvetler ve ağır silahlar aracılığı ile saldırının bir üst seviyede gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkan ve güçlü hasarlara neden olan kuvvet kullanma türüdür.

b. Saldırı

Saldırı BM Antlaşmasının 39. maddesi çerçevesinde belirlenen ve kolektif güvenlik sistemini harekete getiren uluslararası hukuka aykırı fiildir. BM antlaşması kabul edilirken SSCB'nin ısrarı ile maddeye eklenmiş saldırı uzun yıllar tartışma konusu olmuş ve en son 1974'de “Saldırının Tanımına”

²⁷ Başeren, s. 91-92.

²⁸ Başeren, s. 94.

dair Genel Kurul Kararı ile bahsi geçen kavrama belirginlik kazandırılmıştır. Kısası saldırı da kuvvet kullanma yasağı altına giren fiillerdendir.

c. Daha az kuvvet kullanma

“Daha az kuvvet kullanma” kullanılan kuvvet silahlı saldırı veya saldırı düzeyine ulaşmadığı takdirde ortaya çıkan kavramdır. Dolayısı ile silahlı saldırı ve saldırı düzeyinde ulaşmayan kuvvet kullanma içeren fiiller daha az kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma içeren diğer fiiller başlığı altında toplanmaktadır²⁹.

d. Müdahale

Devletler hukuku anlamında müdahale (intervention), bir devletin diğer bir devletin iç işlerine, mevcut konjektürü devam ettirmek veya değiştirmek amacıyla, kuvvet kullanarak baskı yapıcı şekilde karışmasıdır. Başka bir ifade ile müdahale, devletlerin birbirlerinin ulusal yetkisi dâhilindeki mevzularını kendi çıkarları doğrultusunda etkilemek için yapılan girişimdir. Fakat her bu türden girişim bir müdahale değildir. Müdahale olarak görülmesi için bilhassa zorlama unsuru taşınması gerekir.

İ. Jus Cogens Kurallara Aykırılık

Uluslararası hukukun buyruk kuralları olarak tanımlanan *jus cogens* normların yazılı olarak içerildiği ilk resmi sözleşme VAHS’dir³⁰. Sözleşmede *jus cogens* kuralların niteliğine dair belli bir tanımlamanın yapılmasına rağmen uluslararası toplumun değişkenliği ve her geçen gün farklı arz ve taleplerin vuku bulması nedeni ile hangi kuralın *jus cogens* niteliği taşıması konusunda tartışmalar günümüzde de devam etmektedir³¹. Bununla beraber uluslararası toplumun temel gereksinimleri ve çıkarları üzerinden inşa edilen bir sıra *jus cogens* kuralların varlığı da inkar edilemez.³² Örneğin köle ticareti, soykırım, BM sözleşmesinin uygun olmayan biçimde kuvvet kullanma gibi normlar uluslararası hukukun değiştirilmez ve üyelerinin kahir ekseriyeti tarafından kabul edilmiş kurallar olarak görülmektedir³³. *Jus cogens*

²⁹ Başeren, s. 90-91; Sümeysa Altın, “Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma Yasağı”, *Yayınlanmamış YL Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2009, s. 20.

³⁰ Sur, s. 47; Aksar, s. 156.

³¹ Acer/ Kaya, s. 93; Sur, s. 47.

³² Erdem Denk, “Uluslararası Antlaşmalarda Jus Cogens Kurallar”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi*, 56(2), 2000, s. 50.

³³ Aksar, s. 98.

kuralların belirlenmesinde kullanılan iki temel kriterden biri ilgili kuralın devletlerin büyük çoğunluğu tarafından kabul edilmesi, bir diğeri ise aykırı her hangi başka bir kuralın olmamasıdır³⁴. Tespitlerden de görüldüğü üzere bahsi geçen kurallar uluslararası hukukun riayetine en çok ihtiyaç duyulan kaynaklarındandır. O sebeple ilgili kurallara aykırı bir şekilde yapılmış sözleşmeler hukuken geçersizdir³⁵.

II. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN GEÇERSİZLİĞİ KAPSAMINDA BİŞKEK PROTOKOLÜ

A. Bişkek Protokolüne Giden Süreç

Azerbaycan toprağı olmasını tespit eden argümanların tarihi alt yapısı çok daha kadim zamanlara dayanmakla beraber en son Karabağ’ın Azerbaycan’a bağlılığını onayan Rusya Komünist Partisi Kafkas Bürosu’nun (RKPKB) 1921 tarihli kararıdır³⁶. Kafkas Bürosu’nun ilgili kararında açık ve net bir şekilde Karabağ’ın Azerbaycan’a bağlı olması konusu karara bağlanmıştır. Siyasi kontrolü elinde tutan Moskova Dağlık Karabağ’da (DK) yerleşen Ermenilerin “gönlünü kırmamak” ve iki toplum arasında kendisinin siyasi etkililiği açısından dengeni korumak amacı ile Azerbaycan Sovyet Yönetimi’ni Dağlık Karabağ’a özerk bölge statüsü tanıma konusunda taviz vermeye ikna etmiştir³⁷.

Zira Azerbaycan’da Kurulan Sovyet Yönetimi 1923 tarihli kararı ile Azerbaycan sınırları dâhilinde Dağlık Karabağ Özerk Bölgesini (DKÖB) oluşturmuştur³⁸. Bu tarihten itibaren Dağlık Karabağ’da Sovyet Yönetimi hâkim olmuş ve özerk bölge Azerbaycan’a bağlı olarak yaşamını sürdürmüştür. Bölgenin Azerbaycan’a bağlılığı hem Sovyet hem de Azerbaycan Anayasası ile hükme bağlanarak bu konuda herhangi bir kuşkuya yer bırakılmamıştır. Fakat 1965 senesinde sözde Ermeni Soykırımı’nın 50 yılı arifesinde yeniden Sovyet coğrafyasında başkaldıran Ermeni-Türk sorunu 1980’lerin başından itibaren Dağlık Karabağ’daki olayları etkilemiş ve bölgede yeni siyasi ve sosyal ortamın oluşmasına destek sağlamıştır. Keza 80’li yılların başında

³⁴ Pazarıcı, s. 81.

³⁵ Acer ve Kaya, s. 93; Aksar, s. 156.

³⁶ Heiko Krüger, *The Nagorno Karabakh Conflict*, Springer, 2010, s. 16; Cavid Abdullazade, *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014, s. 64.

³⁷ Svente Cornell, “Turkey and The Conflict in Nagorno Karabakh: A Dalicate Balance”, *Middle Eastern Studies*, 34(1), 1998, s. 53.

³⁸ Krüger, s. 16; Abdullazade, s. 67.

bazı Ermeni yazarların eserlerinde kendi içeriğini bulan milletçi söylemler DK Ermenileri arasında yayılmaya başlamış ve bölgenin Azerbaycan'dan koparılması düşüncesi yeniden güncellik kazandı³⁹. Bu sırada Sovyetler Birliği Yönetimi'nde liberaller ve muhafazakârlar arasında oluşmaya başlayan siyasi rekabetin de ilgili sorunu ciddi düzeyde etkilediğini vurgulamadan geçemeyiz. Şöyle ki Andropov'un ölümü ile Komünist Partisi'nin başına geçen Çernenko'nun kısa süreli siyasi liderliğinden sonra Sovyetler Birliği'nin başına Mikhail Gorbaçov'un geçmesi ve Birlik düzeyinde başlayan yeniden yapılanma ve şeffaflık siyasi eğilimleri de Dağlık Karabağ'daki olaylarla iç içe devam etmiştir.

Öncelikle Sovyet Yönetimi'nde bulunan ve en üst görevlerden birini üstlenen Azerbaycanlı Haydar Aliyev'in muhafazakârlar kanadında temsil olunduğunu ve Gorbachov'la ilişkilerinin 80'lerin ortalarına doğru keskinleştiğini ifade etmemizde fayda vardır. Aliyev'le Gorbaçov arasında çıkan siyasi rekabetin Gorbaçov'u Ermeniler üzerinden siyaset yapmaya sürüklemiştir⁴⁰. Hal böyle olunca Gorbaçov ve Ermeni lobiciler arasında bir nevi çıkar dağılımına gidilmiş ama taraflar tamamen çıkarların ne yönde ve ne şekilde yapılacağına dair sözleşmemiştir. Kanımca çıkarın her iki tarafı birbirini kullanmak niyetinde olduğundan alışveriş olayları karışık zeminde devam etmiştir.

Zira Dağlık Karabağ Ermenileri siyasi ortamdan yararlanarak Gorbaçov'a ve Sovyet Yönetimi'ne devamlı olarak dilekçeler yazmağa ve bu vesile ile Moskova'yı sürekli ziyaret ederek DKÖB'ün Azerbaycan'dan kopartılarak Ermenistan'a verilmesini istemeye başlamışlardır⁴¹. Gorbaçov'un ekonomik meselelerden sorumlu Başdanışmanı Abel Aganbekyan'ın Fransa'da gazetecilere verdiği bir demeçte Dağlık Karabağ'ın Ermenistan'a bağlanmasında ekonomik kar gördüğünü ifade etmesi ile olaylar daha da gerginleşmiş ve bunun üzerine Bakü, Hankenti (Stepanakert) ve Erivan'da itiraz gösterileri başlamıştır⁴².

20 Şubat 1988'de DK Yüksek Sovyeti'nin Azerbaycan ve Ermenistan

³⁹ Krüger, s. 18; Aslanlı, s. 52.

⁴⁰ Krüger, s. 18.

⁴¹ Ohannes Geukjian, *Ethnicity, Nationalism and Conflict in the South Caucasus: Nagorno-Karabakh and the Legacy of Soviet Nationalities Policy*, Ashgate Publishing Company, 2012, s. 130.

⁴² Abdullazade, s. 70; Aslanlı, s. 52.

Yüksek Sovyetleri'ne resmi olarak müracaat etmesi ve izlenen günlerde Ermenistan SSC'ye bağlı Gafan ve diğer illerden Ermenistan vatandaşı etnik Azerbaycanlıların kovulması ile gerginlik zirve yapmış ve karşılıklı şiddete yol açmıştır⁴³. Özellikle Gafan ve diğer bölgelerden gelen Ermenistan vatandaşı etnik Azerbaycanlıların da katılımı ile Sumgayıt'ta toplumsal kargaşanın çıkması (pogrom) ve 28 Ermeni ve 6 Azerbaycanlının hayatını kaybetmesi olayları daha da alevlendirmiştir⁴⁴. Bu konuda daha sonra yapılan araştırmalarda Sumgayıt olaylarının Sovyet KGB'si tarafından düzenlendiği konusunda inandırıcı gerçeklerin ortaya çıktığını da ifade etmemizde yarar vardır.⁴⁵

Zira DKÖB Yüksek Sovyeti'nin müracaatını Azerbaycan'ın reddetmesine karşın Ermenistan SSC'nin onaylaması olayların kontrolden çıkmasına destek sağlamıştır⁴⁶. Ermenistan'ın Birlik üyesi olarak Birlik Anayasası'nı ihlal eden karar alması gerçekten izaha muhtaç olmakla beraber DKÖB olayları bağlamında art niyetin ve daha büyük siyasi oyunun varlığını isabetle tespit etmektedir. Çatışmaların daha da yoğunlaşması ile olayların tam kontrolden çıkmasına izin vermemek adına Sovyetler Birliği Bölgeyi Azerbaycan'dan alarak merkeze bağlamış ve olağanüstü yönetim ilan etmiştir⁴⁷. 1990 tarihinde yeniden bölge Azerbaycan yönetimine geri verilmiştir⁴⁸. Artık Sovyetler Birliği'nin dağılmasına doğru Birlikte etnik çatışmaların durmadan artması Dağlık Karabağ'daki olaylara etkisiz kalmamıştır. En nihayetinde ise 1990'larda Bakü'de Sovyetler Birliği'nin gerçekleştirdiği kanlı katliam Azerbaycan halkında Birliğe olan son umudu da kırmış ve Karabağ meselesinde en büyük engelin Moskova olduğuna dair düşünceler netleşmiştir⁴⁹. Nitekim kanlı Ocak olaylarıyla birlikte Birlik yönetimi Azerbaycan halkı nezdinde meşruiyetini tamamen kaybetmiştir.

1990'da Ermenistan'ın 1991'de ise Azerbaycan'ın bağımsızlığını ilan etmesi sorunun uluslararası aşamaya geçişine sebebiyet vermiştir. Artık

⁴³ Abdullazade, s. 71; Aslanlı, s. 52-53.

⁴⁴ Krüger, s. 19; Aslanlı, s. 53.

⁴⁵ Aslan İsmayilov, *Sumgayıt: SSR'nin Süqutunun Başlangıcı*, Çaşıoğlu, 2010, s. 74-90.

⁴⁶ Abdullazade, s. 74-75.

⁴⁷ Krüger, s. 20; Abdullazade, s. 75.

⁴⁸ Tim Potier, *Conflict in Nagorno-Karabakh, Abkhazia and South Ossetia*, Kluwer Law International, 2001, s. 7.

⁴⁹ Abdullazade, s. 77.

Sovyetlerin dağıldığını gören üye ülkeler Milli Bağımsızlık Harekâtlarının da etkisi ile birbirinin ardınca bağımsızlıklarını ilan etmeye başlamıştır. 1991'de (30 Ağustos) Bağımsızlık Bildirisi'nin yayınlanması ve 18 Ekim'de de Anayasa Senedinin kabulü ile Azerbaycan bağımsızlığını ilan etmiştir⁵⁰. Bu sırada dönemin Kazakistan Devlet Başkanı Nursultan Nazarbayev ve Rusya Federasyonu Başkanı Boris Yeltsin'in arabuluculuğu ile sorun etrafında barış sürecinin başlatılmasına gayret gösterilmiş ama Ermenistan'ın en sonda süreçten vaz geçmesi ile bir sonuca varılamamıştır⁵¹. Daha sonra Azerbaycan'ın Sovyetler Birliği'nden ayrılması olayından spekülasyon olarak istifade eden DKÖB Ermenileri kendilerinin Sovyetlerde kaldığı “argümanı” ile sözde bağımsızlık yönünde adımlarını sürdürmüş, Eylül 1991'de kendilerinin Sovyetler Birliği'nde kalma hakkını ileri sürerek Azerbaycan'dan ayrıldıklarını beyan etmiştir. Bununla birlikte olayların belki de kırılma noktasını 20 Kasım 1991'de Kazakistan, Rusya ve diğer ülke diplomat ve misyon görevlilerinin, Azerbaycan üst düzey yetkililerinin barış süreci için Hankendi'ne inmek üzere olan helikopterinin bölücüler tarafından vurulması olmuş ve olaydan 5 gün sonra Azerbaycan Yüksek Sovyet'i toplanarak DKÖB'ün statüsünü tasfiye etmiştir⁵². Aslında Azerbaycan'ın son çare olarak böyle bir teşebbüste bulunması her şeyden bahane üreten Ermenistan ve Dağlık Karabağ bölücülerine daha bir “koz” vermiştir. Bu hadiseden bir kaç ay sonra Sovyetlerin de dağılması ile Ermenistan'ın himayesinde DKÖB bölücülerini “bağımsızlıklarını” ilan etmiş ve 10 Aralıkta referandum yapmıştır⁵³. Ermenistan'ın senaryosu ile ve Ermenistan tarafından yönetilen yasadışı silahlı ermeni birlikleri bölgede bulunan eski Sovyetler Birliği ordusunun da desteğini alarak işgal faaliyetlerini genişletmiştir. İşgale, önce eski DKÖB içinde bulunan Azerbaycanlıların yaşadığı bölgelerden başlayan DKÖB yönetimi 25-26 Şubat Hocalı Katliamını yaparak sivillerin bölgeni tamamen terk etmesini sağlamıştır⁵⁴. 8 Mayıs 1992'de Şuşa'nı işgal eden bölücüler ardınca 18 Mayıs'ta Laçın, daha sonra Kelbecer, Ağdam, Fuzuli, Kubatlı ve en son 29 Eylül 1993'de Zengilan'ı işgal ederek DKÖB dışında Azerbaycan'ın 7 komşu ilini de kendi kontrolü altına almıştır. İllerin işgali sırasında BM

⁵⁰ Krüger, s. 21.

⁵¹ Aslanlı, s. 56.

⁵² Michael P. Croissant, *The Armenia-Azerbaijan Conflict: Causes and Implications*, Westport Publish, 1998, s. 45; Abdullahzade, s. 77; Aslanlı, s. 56-57; Potier, s. 7.

⁵³ Krüger, s. 22; Potier, s. 8.

⁵⁴ Krüger, s. 22.

Güvenlik Konseyi'nin 4 kararı kabul edilmiş ve 44 Günlük Vatan Savaşı'na kadar kararlardaki yükümlülükler yerine getirilmemiştir. Açık savaş halinde devam eden olaylar 08 Mayıs 1994 tarihli Bişkek Protokolü ile ateşkes aşamasına geçmiştir⁵⁵. Bişkek Protokolü'nden sonra yaklaşık 26 sene devam eden barış görüşmeleri hiçbir sonuç vermemiştir. Bunun üzerine Azerbaycan 27 Eylül 2020'de daha bir provokasyondan sonra BM Sözleşmesi'nin 51. Maddesine dayanarak meşru müdafaa hakkı çerçevesinde “Demir Yumruk” ismi ile bilinen operasyonu başlatarak işgalde bulunan topraklarının büyük bir kısmını azat etmiştir⁵⁶. 10 Kasım 2020'de Rusya Federasyonu Başkanı Vladimir Putin'in girişimi ile taraflar arasında “Üçlü Bildiri” olarak bilinen sözleşme imzalanmıştır. İnternet ortamında yapılan sözleşme gereğince bölgeye Rus Barış Güçleri yerleştirilmiştir⁵⁷. En son nihai ve geniş kapsamlı barış sözleşmesi üzerinde istişareler devam etmektedir.

B. Uluslararası Sözleşmeler Hukuku Bağlamında Bişkek Protokolünün Geçersizliği

1. Genel Olarak

05 Mayıs 1994 tarihinde Kırgızistan'ın başkenti Bişkek'te gerçekleştirilen BDT Parlamenterler Asamblesi çerçevesinde dönemin Rusya AGİT Minsk Grubu temsilcisi Vladimir Kazimirov tarafından Ermenistan, Azerbaycan ve sözde Dağlık Karabağ Yönetimi “parlamento başkanı” önünde ateşkes protokolü teklifi gündeme getirilmiştir. Tabii ki BDP Parlamenterler Asamblesi'nin toplantısına sözde yönetim temsilcisinin de katılım sağlaması hukuki anlamda ayrıca bir tartışma konusudur. Kazimirov'un ileri sürdüğü metin Ermenistan ve sözde yönetim temsilcisi tarafından imzalanarak kabul edilse de Azerbaycan'ı temsilen Bişkek'te bulunan Meclis Başkan yardımcısı Afiyettin Jalilov Cumhurbaşkanı ile istişarede bulunmak gerekçesi ile belgeyi imzalamaktan vaz geçmiştir⁵⁸. Şöyle ki Bişkek Protokolü meselesi ortaya çıkarken Azerbaycan Cumhurbaşkanı Haydar Aliyev Brüksel'de idi. 8 Mayıs tarihinde Cumhurbaşkanı'nın Brüksel'den Bakü'ye dönmesi ile

⁵⁵ Gayane Novikova, “Armenia and The Middle East”, *Middle East Review of International Affairs*, 4(4), s. 64.

⁵⁶ “Demir Yumruk” operasyonuna dair detaylı bilgi için bkz. <<https://mod.gov.az/az/pre/41071.html>> Erişim Tarihi 10 Mart 2021.

⁵⁷ Bildiri metni için bkz. <<https://president.az/az/articles/view/45923>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2022.

⁵⁸ Thomas De Waal, *Black Garden: Armenia and Azerbaijan through Peace and War*, New York University Press, 2003, s. 238.

birlikte Rusya'nın AGİT Minsk grubu temsilci Kazimirov da Bakü'ye gelmiş ve Azerbaycan resimleri ile geniş istişarelerde bulunmuştur. Müzakereler sonucunda Azerbaycan'ın yegâne şart olarak Dağlık Karabağ'ın Azerbaycanlı Topluluğunun da sözleşmeye eklenmesini ileri sürmesi taraflarca kabul görse de Topluluk başkanı Nizami Bahmanov'un Bakü'de bulunmaması sebebi ile sonuç alınamamıştır⁵⁹. Bunun üzerine Azerbaycan Meclis Başkanı Resul Guliyev tarafından imzalanan Bişkek Protokolü 10 Mayıs'ta Azerbaycan, 11 Mayıs'ta Ermenistan ve 12 Mayıs'ta sözde "Dağlık Karabağ" yönetimi kuvvetleri "kumandanı" tarafından imzalanan ateşkes sözleşmesi ile geçici de olsa savaşa son vermiştir⁶⁰.

Kanımızca Dağlık Karabağ sorunu çerçevesinde sözde "Dağlık Karabağ" yönetimi de dâhil edilerek Ermenistan ve Azerbaycan arasında imzalanan Bişkek Protokolü bütün ibareleri ile değil, yalnız sözde bir devletin sözleşmeye taraf olması bağlamında geçersizdir. Yani Protokolün geride kalan diğer ibareleri VAHS ile aykırılık teşkil etmemektedir. Zira çalışma kapsamında sözleşmelerin geçersizliği üzerinden hareket ederek sözde "Dağlık Karabağ" yönetiminin Protokol'e taraf edilmesinin hukuken geçersiz olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısı ile ilgili Protokol esas alınarak Azerbaycan'a sözde yönetimi tanıdığına dair bir yükümlülük getirilemez. Çünkü sözde yönetimin sözleşmeye taraf olması ile ilgili Azerbaycan kendi itirazlarını teşebbüsün ortaya atıldığı ilk anlarda bildirmiş, fakat bir kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi ile yüz yüze kaldığından dolayı imzalamak mecburiyetinde kalmıştır.

2. Bişkek Protokolü İleri Sürülürken Azerbaycan'ın Askeri Konumu

Azerbaycan'da ordu birlik komutanı Suret Hüseyinov'un 4 Temmuz 1993'de Cumhurbaşkanı Ebulfez Elçibey'e karşı kurguladığı darbe sonucunda hükümetten gitmek zorunda kalan Elçibey yerini Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti'nin parlamento başkanlığını yürüten Haydar Aliyev'e bırakmıştır. Dönemin siyasi konjonktürünün de etkisi ile arka arkaya Azerbaycan topraklarının işgali Haydar Aliyev'i Azerbaycan Halk Cephesine bağlı birlikleri ortadan kaldırma kararı almaya mecbur bırakmış ve bunun sonucunda ülkede komuta kademesi tek merkezden yönetilen ordu oluşturulmaya başlamıştır⁶¹. Bu arifede AGİT temsilcilerinin de destekleri ile

⁵⁹ De Waal, s. 238.

⁶⁰ De Waal, s. 239.

⁶¹ De Waal, s. 225-226.

bir an önce bölgede savaşın durdurulması amaçlanmaktaydı. Öte yandan en son ekim ayında Zengilan'ın işgali ile Azerbaycan'ın askeri konumu daha da zayıflamıştı. Olayların bu şekilde devam ettiği sırada sorun dönemin belki de en büyük kanlı çatışmalarından birisine dönüşmeye başlamıştı. Zira Aralık ayının 24'ü itibarı ile Ermenistan ve Ermenistan'ın kontrolü ve desteği altında DK bölücülerini askeri olarak en önemli müdahalelerinden birini yapmaya gayret gösterdi. Fakat Horadiz ve bölge üzerindeki demir yolu ele geçirildikten sonra hiç beklemedik bir şekilde Azerbaycan Silahlı Kuvvetleri'nin karşı hamlesine maruz kalan Ermeniler Horadizle beraber demiryolu üzerindeki kontrollerini de kaybettiler⁶². O sebeple Horadiz operasyonundan Azerbaycan'ın DK savaşında düzenlediği en önemli ve başarılı operasyonlarından biri olarak söz edilmektedir. Dolayısı ile Horadiz üzerindeki büyük galibiyetten sonra Murov yönünde daha bir operasyon düzenlemeye çalışan Azerbaycan ordusu şubat ayı içinde Kelbecer'e dahi girmesine rağmen daha sonra ordu komutanlığındaki yanlış anlaşılmalardan ve havanın soğuk olması nedeni ile geri püskürtüldü⁶³. Karşı hamleyle Murov istikametinde önemli stratejik noktaları ele geçiren ermeni kuvvetleri savaşın en önemli ve kanlı dönemlerinden olan mevzubahis aylar içinde Terter, Berde ve Gence üzerinde ciddi tehdit oluşturmayı başardılar⁶⁴. Dolayısı ile Azerbaycan'ın ikinci en büyük şehri olan Gence ve askeri yönden stratejik öneme sahip Yevlah şehirleri Ermenilerin işgali tehlikesi ile yüz yüze kaldı. Keza Bişkek Protokolü'nün imzalanması savaşın bu aşamasında Azerbaycan'a teklif edilmekteydi. Nitekim Azerbaycan Gence ve Yevlah'ın kaybı ile iki yere bölünme tehlikesi altında ve Gürcistan'a giden demir yolu hattının düşman tarafından ele geçirilmesi baskısı altında masaya oturtulmuştu. De Waal'ın da kitabında ifade ettiği gibi dönemin Azerbaycan Cumhurbaşkanı Danışmanı Eldar Namazov demeçlerinin birinde AGİT Rusya temsilcisi Kazimirov'un onları tehdit ettiğini dile getirmiştir. Namazov eğer Rus kuvvetlerinin temas hattında yerleştirilmesini kabul etmezseniz Ermeniler Gence'ni ve Yevlah'ı ele geçirecekler ve. s. gibi tehditlerin Kazimirov tarafından kendilerine iletilindiğini açıklamıştır⁶⁵. Nitekim Bişkek Protokolü imzalanırken Azerbaycan ciddi toprak kayıplarına maruz kalmaya devam etmiş ve en önemlisi ülkesinin ikiye bölünmesine neden olacak Gence

⁶² Kristen E. Eichensehr, *William Michael Reisman, Stopping Wars and Making Peace: Studies in International Intervention*, Martinus Nijhofs Publishers, 2009, s. 53.

⁶³ De Waal, s. 236.

⁶⁴ Arif Yunusov, *Karabakh: Past and Presence*, 2005, s. 46; Krüger, s. 103.

⁶⁵ De Waal, s. 238.

ve Yevlah'ın işgali ihtimali ile karşı karşıya kalmıştır.

3. Geçersizlik Nedeni Olarak Kuvvet Kullanma veya Kuvvet Kullanma Tehdidi

Kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidinin yasaklanmasına kadar isminden söz edilen eylemlerin kullanılması ile ortaya çıkan neticelerin hukukiliği tartışma konusu dahi değildi. Fakat genel çerçevede 1928 Paris Antlaşması ve somut olarak ise 1945 BM antlaşması ile kuvvet kullanma yasağının getirilmesi kuvvete başvurularak oluşturulan *de-facto* durumların hukukiliğini reddederek kuvvet kullanma yasağını hükme bağlamıştır. Dolayısı ile belirtilen tarih itibarı ile devletlerin kendi aralarındaki ilişkilerde kuvvete başvurma yolu kural olarak kapatılmıştır. Hal böyle olunca VAHS da BM Antlaşması'nın 2. 4. Maddesine dayanarak kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi ile yapılmış sözleşmelerin geçersizliğine hukuki meşruiyet kazandırmıştır. Başka bir cümle ile bu eylemlerden her hangi birisinin varlığı sözleşme tarafının iradesini açık ve bağimsız bir şekilde ifade etmesine engel oluşturduğundan yapılan sözleşmenin geçersiz olacağı kararına varılmıştır. Nitekim kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi argümanı ile Ermenistan-Azerbaycan Bişkek Protokolü'nün geçersizliği ileri sürülürken tarafların her hangi birisi üzerinde ilgili eylemlerin mevcut olmasının ispat edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin metnine ve olayların akışına dikkat edildiğinde Ermenistan'ın yapılan sözleşme sırasında her hangi bir kuvvet kullanma veya tehdit baskısı altında olmadığı görülmektedir. Zaten işgale maruz kalan tarafın Azerbaycan olduğu apaçık ortadayken Ermenistan'ın kendisi dahi topraklarının Azerbaycan tarafından işgale maruz kaldığını iddia etmemiştir.

Azerbaycan'ın 08 Mayıs 1994'de Kırgızistan'ın Başkenti Bişkek'te altına imza attığı Bişkek Protokolü'nün Azerbaycan üzerinde kuvvet kullanılması veya kuvvet kullanma tehdidinin olması hususunda kesin sonuca varılması için bir defa dönemin askeri konjonktürünün incelenmesi ihtiyacı doğmaktadır. Önceki kısımlarda geniş bir şekilde üzerinde durulduğu gibi 1994'ün Şubat ayında Ermenilerin Azerbaycan üzerine askeri saldırıları daha da yaygınlaşmış ve yeni toprak kayıpları ihtimali oluşmuştur. Azerbaycan açısından çok büyük stratejik önem taşıyan Gence ve Yevlah şehirleri işgal edilme tehlikesi karşısında kalmıştır. Şöyle ki Gence veya Yevlah'ın işgali Azerbaycan'ın haritada iki yere parçalanmasına ve Gürcistan'ı Azerbaycan'a bağlayan demiryolu hattının Ermenilerin eline geçmesine neden olacaktı. Nitekim böyle bir çaresizlik söz konusuysa Azerbaycan'a Bişkek

Protokolü'nün imzalanması teklif edilmiş, dahası DK yönetiminin protokol'e taraf olarak eklenmesi talebi ileri sürülmüştür. Zaten Protokol ilk teklif edildiğinde 05 Mayıs 1994 tarihinde Bişkek'te bulunan dönemin Azerbaycan Meclis Başkan Yardımcısı Afıyyettin Jalilov tarafından imzalanmamasının nedeni de sözde yönetimin konferansa davet edilmesi ve Protokol'e taraf edilmesi teşebbüsleri olmuştur. Jalilov Protokol'e imza atmaktan vazgeçtiği için Rusya AGİT temsilcisi Kazimirov Cumhurbaşkanı Aliyevin Brüksel'den dönüşünü beklemek zorunda kalmış ve Aliyev'in ülkeye döndüğü gün başkent Bakü'ye gelmiştir.

Öte yandan Azerbaycan tarafı son ana kadar sözde yönetimin protoköle eklenmemesi için gayret göstermiştir. Dönemin Azerbaycan Meclis Başkanı Resul Guliyev'in De Vaal'a verdiği mülakat söylenilenleri tasdiklemektedir. Keza Guliyev kendisinin Berde ve Terterden yeni geri döndüğünü ve askeri durumun hiç de iyi olmadığı gerekçesi ile sözleşmeye imza attığını ifade etmiştir. Bununla birlikte dönemin Azerbaycan Cumhurbaşkanı danışmanı Eldar Namazov'un da De Vaal'a demeci olayların askeri kaygılar ışığında nasıl yaşandığını tespit etmektedir. Namazov mülakatında Kazimirov'un onları eğer antlaşmayı imzalamazsanız veya ortak bir nokta bulamazsak Ermeniler Genceyi ve Yevlah'ı da işgal edeceklerdir cümleleri ile tehdit ettiğini açıkça belirtmiştir. Fakat tüm bunlara rağmen Azerbaycan sözleşmede sözde yönetimin taraf olması durumunu hukuki anlamda sıfıra indirmek amacı ile en son kartını da kullanmıştır. En sonda Azerbaycan sözleşmeye Dağlık Karabağ'ın Azerbaycanlı Topluluğu adına Başkan Nizami Bahmanov'un da imza atması talebini ileri sürmüş fakat resmi açıklamalara göre Bahmanov'un Bakü'de bulunamaması mevzubahis talebin sonuçsuz kalmasına neden olmuştur⁶⁶.

Nitekim tüm yukarıda söylenenleri esas alarak Azerbaycan'ın Bişkek Protokolü'ne sözde "Dağlık Karabağ" yönetiminin de taraf ettirilmesine rağmen imza atmasını kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi altında yaptığı söylenilebilir. O nedenle ki dönem itibarı ile yoğun askeri hamleler karşısında daha çok ve daha stratejik toprak kayıplarına maruz kalacağı Rusya vasıtası ile tarafına iletilen Azerbaycan sözde "Dağlık Karabağ" yönetiminin imzasına rağmen sözleşmeye taraf olmağa mecbur bırakılmıştır.

SONUÇ

⁶⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. De Waal, s. 238-240.

Mutlak butlan kategorisine dâhil olan kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidi sözleşmelerin geçersizliğine delalet eden temel nedenlerdendir. 1945 BM Sözleşmesi ile isminden söz ettiğimiz bu eyleme getirilen yasak onun kullanımı ile oluşturulan durumları geçersiz kılmıştır. Nitekim sözleşmelerin imzalandıktan sonra belli bir durum oluşturduğunu göz önüne aldığımızda bahsi geçen durumun kuvvet kullanılarak veya kuvvet kullanma tehdidine dayanılarak oluşturulması hukuki değildir. Çünkü VAHS gereği ile de yapılan uluslararası sözleşmelerin tarafların serbest irade beyanına dayanması şarttır.

Zira bu noktadan hareketle 08 Mayıs 1994’de sözde “Dağlık Karabağ” yönetiminin de sözde taraf olarak dâhil edildiği Azerbaycan ve Ermenistan arasında imzalanmış Bişkek Protokolü’nün sözde yönetime dair ibarelerinin geçersiz olduğunu söyleye biliriz. O nedenle ki şimdiye kadar resmi ve en üst düzeyde defalarca Dağlık Karabağ’da mevcut olan sözde yönetimi tanımadığını dile getiren Azerbaycan’ın 08 Mayıs 1994 Bişkek Protokolü ile rıza göstererek sözde yönetime meşruiyet kazandırdığını iddia etmek basit mantiki ilkelerle çelişmektedir. Zaten böyle iddiada bulunmak BM Sözleşmesinin 2. 4. Maddesinde belirlenen kuvvet kullanma yasağını hiçe saymaktan başka da bir şey de değildir. Dolayısı ile Bişkek Protokolü’nde sözde yönetimin taraf olarak akdedilmesi Azerbaycan üzerinde uygulanan kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi ile oluşturulmuştur. Dönemin askeri “haritası” ve Rusya temsilcilerinin Azerbaycan siyasi iktidarı ile yaptığı istişarelerin sonradan ortaya çıkan materyalleri de söylediklerimizi onaylamaktadır. Nitekim Azerbaycan için önemli askeri stratejik konuma sahip Gence ve Yevlah bölgelerinin işgali üzerinden yapılan tehditler ülkenin sözleşmeye taraf olma bakımından iradesini serbest kullanmaya engel yaratmıştır. Bu doğrultuda 08 Mayıs 1994 tarihli Bişkek Protokolü’nün sözde yönetimle bağlı ibarelerinin geçersizliği açıktır. Diğer bir sözle Bişkek Protokolü’nü sözde yönetimin taraf olarak dâhil edilmesi BM Sözleşmesinin 2.4. Maddesinde içeriğini bulan yasakla gerçekleştirildiği için hukuki kimlikten yoksundur.

KAYNAKÇA

- Aslanlı A, *Yeni Küresel Mücadelede Kafkasya ve Karabağ Sorunu*, Ekoavasya Yayınları, 2013.
- Abdullahzade C, *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.
- Acer Y/ Kaya İ, *Uluslararası Hukuk*, İngilizce Özetli Ders Kitabı, Legal Yayıncılık, 2017.
- Altın S, “Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma Yasağı”, *Yayınlanmamış YL Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2009.
- Brownlie I, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, 2010.
- Bozkurt, E/ Kütükçü A/ Poyraz Y, *Devletler Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2012.
- Croissant M P, *The Armenia-Azerbaijan Conflict: Causes and Implications*, Westport Publish, 1998.
- Cornell S, “Turkey and The Conflict in Nagorno Karabakh: A Dalicate Balance”, *Middle Eastern Studies*, 34(1), 1998.
- Denk E, “Uluslararası Antlaşmalarda Jus Cogens Kurallar”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi*, 56(2), 2000
- De Waal T, *Black Garden: Armenia and Azerbaijan through Peace and War*, New York University Press, 2003.
- Eichensehr K/ Reisman W M, *Stopping Wars and Making Peace: Studies in International Intervention*, Martinus Nijhofs Publishers, 2009.
- Erdal S, “Uluslararası Andlaşmaların Hukuksal Geçerliliği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23(1), 2015, s. 74-84.
- Çaşın M H, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, 1. Cilt, Legal Yayıncılık, 2013.
- Krüger H, *The Nagorno Karabakh Conflict*, Springer, Heidelberg 2010.
- Geukjian O, *Ethnicity, Nationalism and Conflict in the South Caucasus: Nagorno-Karabakh and the Legacy of Soviet Nationalities Policy*, Ashgate Publishing Company, 2012.

Gündüz A, *Milletlerarası Hukuk, Beta Yayınları*, 6. Baskı, 2013.

Grigoryan G, “Comparative Analysis of The Legal Aspects of Nagorno Karabakh Republic Independence and The Independence of Republic of Kosova”, *National Question In Central Europe: Democratic Responses To Unresolved National And Ethnic Conflicts*, International Conference, 2013.

İsmayılov A, *Sumqayıt: SSR'nin Süqutunun Başlanğıcı*, Çaçıoğlu, 2010.

Novikova G, “Armenia and The Middle East”, *Middle East Review of International Affairs*, 4(4), 2000.

Potier T, *Conflict in Nagorno-Karabakh, Abkhazia and South Ossetia*, Kluwer Law International, 2001.

Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Turhan Kitabevi, 2012.

Toluner S, *Kıbrıs uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*, Fakulteler Matbaası.

Yunusov A, *Karabakh: Past and Presence*, 2005.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

MEŞRU SAVUNMANIN SINIRININ AŞILMASI
EXCESSIVE SELF-DEFENSE

Hakan GÜNDÜZ* 

Ali Tanju SARIGÜL** 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1256077](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1256077) 

Hukuka uygunluk nedenlerinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırması ve bu suretle fiilin suç teşkil etmemesi için, failin hukuk düzeninin tanıdığı sınırlar içerisinde kalması, hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının ölçü (oran) yönünden aşılmaması gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının ölçü yönünden aşılması durumunda nasıl bir yol izleneceği TCK'nın 27. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında meşru savunma da dahil olmak üzere tüm hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması; 2. fıkrasında ise meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaşla aşılması haline yer verilmiştir. Meşru savunmada sınırın aşıldığından bahsedilebilmesi için, bu hukuka uygunluk nedeninin tüm şartlarının somut olayda gerçekleşmesi ve fakat saldırı ile savunma arasındaki oranın ölçü yönünden aşılması gerekir. Meşru savunmanın sınırının kast olmaksızın aşılması durumunda, haksız saldırıya karşı kendisini savunan kişi hukuk düzeninin çizdiği sınır içerisinde kaldığını zannederek fiilini gerçekleştirmekte ve savunmanın sınırını bilerek aşmamaktadır. Ancak, gerekli dikkat ve özeni gösterseydi sınırı aşabileceğini öngörebilecekken bunu yapmayarak savunmanın sınırını taksirle aşmaktadır. TCK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için ise failin meşru savunmada sınırı astenik heyecanlar olarak nitelendirilen ve kişiyi zayıf düşüren, sağlıklı düşünmesini zorlaştıran heyecan, korku ya da telaş nedeniyle aşması gerekir.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/GAZİANTEP, **e-posta:** hakan.gunduz@hku.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-2437-8329,

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/GAZİANTEP, **e-posta:** atanju.sarigul@hku.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-4112-0311, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1256077.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Anahtar Kelimeler: Meşru savunma, Hukuka uygunluk nedenleri, Kusurluluğu etkileyen haller, Taksir, Heyecan korku veya telaşla aşılması.

ABSTRACT

In order for the causes of compliance with the law to eliminate the illegality and thus not to constitute a crime, the perpetrator must remain within the limits recognized by the legal order, and the limits of the cause of compliance with the law must not be exceeded in terms of measure (proportion). The way to be followed in case of exceeding the limit of the causes of compliance with the law in terms of measure is regulated in Article 27 of the TPC (Turkish Penal Code). In the first paragraph of this article, it is regulated that the limit is exceeded unintentionally for all causes of compliance with the law, including self-defense; in the second paragraph, the circumstance of exceeding the limit with excitement, fear or haste in self-defense is included. In order to be able to mention that the limit has been exceeded in the self-defense, all the conditions of this cause of compliance with the law must be fulfilled in the concrete case, but the ratio between the attack and the defense must be exceeded in terms of measure. In the event that the limit of the self-defense is exceeded without intent, the person defending himself/herself from the unjust attack considers that he/she is within the limits of the legal order and carries out his/her action not knowingly exceeding the limits of defense. However, if he/she had shown the necessary attention and care, he/she could have foreseen that there would be a limit, but by not doing this, he/she negligently exceeded the limit of the defense. In order for the second paragraph of Article 27 of the TPC to be applied, the perpetrator must exceed the limit in self-defense due to excitement, fear or haste, which are characterized as asthenic excitements and weaken the person and make it difficult to think clearly.

Keywords: Self-defense, Causes of compliance with the law, Circumstances affecting culpability, Negligence, Exceeding the limit with excitement fear or haste.

EXTENDED ABSTRACT

The condition of “the existence of a proportion between the attack and the defense”, one of the conditions of the self-defense, means that the defense must be in such a way as to repel the unjust attack. This condition determines the limits of the act of self-defense; when a disproportionate defense action is made compared to the attack, the limit of self-defense is exceeded. To judge if there is proportionality between attack and defense; an examination should be made by evaluating them in terms of the tools used and the subjects they focused on. What will be sought in the evaluation of the proportionality between the tools used in attack and defense and the way these tools are used is whether the tool was used to an extent to repel the attack, depending on the situation and conditions at the time of the concrete incident (ex-ante). The use of the tool in such a way as to immediately terminate the attack is necessary and sufficient to accept that there is proportionality between the attack and the defense. There should also be a ratio between the attacked and defended issues/legal values. Whether there

is proportionality between the attack and the defense should be evaluated according to the circumstances of the concrete case.

In the case of exceeding the measure of defense in self-defense, Article 27/1 of the TPC (Turkish Penal Code) will find application. According to the aforementioned regulation, which can find application in terms of all reasons of compliance with law, which also includes self-defense, when the limit of self-defense is exceeded unintentionally, if the act is penalized even when it is committed negligently, the penalty written in the law for negligent offense will be reduced from one sixth to one third.

In the second paragraph of Article 27 of the TPC, crossing the extent of in self-defense with excitement, fear or panic is described as “an excuse that removes culpa”. The provision, unlike the first paragraph of the same article, is regulated only in terms of self-defense, from reasons of compliance with the law.

“Exceeding the limit of self-defense” constitutes the objective condition for the implementation of the provision. In self-defense, it may appear as exceeding the limit in excitement, fear or haste, exceeding the limit in terms of measure or exceeding it in terms of time. In case of defense beyond what is necessary and obligatory in self-defense, it occurs in the form of excess. The applicability of the provision in case of exceeding the limit of self-defense in terms of time is controversial in German doctrine. The “restrictive theory”, which is the predominant view in the doctrine, argues that for the application of the article (German Penal Code-GPC art. 33), the conditions of self-defense must be present at the time of committing the act regarding crossing the border. We can say that this view is taken as a basis in Turkish doctrine and practice.

In terms of the implementation of the provision, there is no difference between exceeding the limit by negligence or intention. Therefore, if the limit is deliberately exceeded, the provision must be applied. However, it is controversial in German doctrine whether the person provoking the unjust attack can benefit from the provision regarding exceeding the limit in self-defense. In the event of that the limit in self-defense is exceeded unintentionally, paragraph 1 of Article 27 may be applicable. One of the criterias that distinguish the second paragraph of Article 27 of the TPC from the first paragraph is “crossing the border due to excitement, fear or panic”. For this reason, it is important in practice to determine whether asthenic excitements have an effect on exceeding the limit by negligence.

In order for the second paragraph of Article 27 of the TPC to be implemented, the perpetrator must cross the border in self-defense due to excitement, fear or panic, which are characterized as asthenic excitements and weaken the person and make it difficult to think clearly. If the limit of self-defense is exceeded due to stenic emotions such as hatred, anger, revenge and rage that make the person stronger, unlike asthenic emotions, then the provisions of unjust provocation should be applied, not paragraph

2 of Article 27.

In addition to these, as another condition, the excitement, fear or panic that causes the limit to be exceeded must be of a quality that can be excused. In order for exceeding the limit in self-defense to remove the criminal responsibility, the person must have significantly reduced his/her ability to perceive the incident. For this reason, we are of the opinion that the judge should determine whether the excitement, fear or panic in the concrete case is justifiable.

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 1. Kitabının “Ceza Sorumluluğunun Genel Esasları” başlıklı 2. Kısımının “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı 2. Bölümünde 24 ilâ 34 maddeler arasında hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenler birlikte düzenlemiş, ancak hangi düzenlemelerin hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olduğu, hangi düzenlemelerin kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlere ilişkin olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu konusunda doktrinde ve uygulamada bir tartışma bulunmamaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırması ve bu suretle fiilin suç teşkil etmemesi için, failin hukuk düzeninin tanıdığı sınırlar içerisinde kalması, sınırı ölçü yönünden aşmaması gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının ölçü yönünden aşılması durumunda nasıl bir yol izleneceği TCK'nın 27. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması, 2. fıkrasında ise meşru savunmaya özgü bir sınır aşılması haline yer verilmiştir.

Meşru savunmada saldırı ile savunma arasındaki ölçünün kast olmaksızın aşılması durumunda TCK'nın 27/1. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Kanun'da meşru savunma dışında kalan hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının kasten aşılması durumunda failin kusurluluğunun ortan kalkacağına veya azalacağına dair bir düzenleme mevcut değilken, bu yöndeki bir düzenlemeye 27. maddenin 2. fıkrasında meşru savunma hali açısından yer verildiğini görmekteyiz. 27. maddedeki bu düzenlemelere neden ihtiyaç duyulduğu ve özellikle maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemenin uygulanma şartları konularındaki hukuki tartışmalar nedeniyle, bu konuyu incelemenin faydalı olacağını değerlendirerek, çalışmamızı kaleme aldık.

Kusurluluğa etki eden hal niteliğindeki 2. fıkradaki bu düzenlemeye göre, meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan,

koru veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmeyecektir. Meşru savunmada sınırın bu şekilde aşılması haksızlık üzerinde değil, kusurluluk üzerinde etkilidir. Kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmiş saldırıyı defetmek üzere savunma hareketi yapan fail, başlangıçta hukuk düzeninin meşru saydığı zeminde iken, içinde bulunduğu ruh halinin doğurduğu heyecan, korku veya telaş nedeniyle savunmanın sınırını ölçü yönünden aştığı için meşru zemini terk etmektedir. Ancak, içinde bulunduğu bu psikolojik durum nedeniyle davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendiremeyen fail, hukuk düzenince mazur görülmekte ve aşkın kısmın oluşturduğu suçtan dolayı cezalandırılmamaktadır.

Meşru savunmanın sınırının ölçü yönünden aşılmasına geçmeden önce, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için meşru savunmanın hukuki esası ve şartlarının genel hatlarıyla ortaya konulması gerekir. Bu kapsamda öncelikle belirttiğimiz çerçevede meşru savunma genel olarak ele alınacak, müteakiben meşru savunmada sınırın aşılması başlığı altında sınırın kast olmaksızın aşılması ile heyecan, korku veya telaşla sınırın aşılması incelenecektir.

I. GENEL OLARAK MEŞRU SAVUNMA

A. Meşru Savunmanın Hukuki Esası

Haksız saldırının yapıldığı anda onu defetmek bir zaruret olduğundan, bu tür saldırıların sonlandırılması için kuvvet kullanılması insanlığın ilk devirlerinden itibaren bir hak olarak görülmüştür¹. Meşru savunma hareketi olarak icra edilen fiil, tipik başka bir deyişle suçun kanuni tanımına uygun olmasına rağmen, bu fiili gerçekleştiren kişinin çağdaş hukuk sistemlerinde, cezalandırılmayacağına dair kuşku yoktur². Varılan ortak sonuç failin cezalandırılmaması olmakla birlikte, meşru savunma kavramının hukuki esasını ve bu kapsamda kalan fiillerin cezalandırılmama sebebini açıklamayı amaçlayan çeşitli teorilerin ileri sürüldüğünü görmekteyiz. Çalışmamızın kapsamıyla sınırlı olarak bu teorilerden başlıcalarına kısaca değinip kendi görüşümüzü ifade edeceğiz. Bu teorileri; failin fiilinden hareket eden teoriler (objektif teoriler) ve failin niyetinden hareket eden teoriler (sübjektif teoriler) üst başlıkları altında toplayabiliriz³.

¹ M. Tahir Taner, *Ceza Hukuk Umumî Kısım*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 532, 1953, s. 403.

² Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, 1997, s. 99.

³ Cengiz Apaydın, *Meşru Savunma*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 34.

Sübjektif teorilerden ilki, meşru savunmayı kişinin haksız saldırılara karşı kendini savunmasını bir hak olan gören “*tabi hak*” teorisidir. Meşru savunma niteliğindeki fiili gerçekleştiren kişide mevcut olan kendisine veya başkasına yönelmiş haksız saldırıya karşı savunma yapma saiki ile hareket etmesinin hukuka uygun olduğu görüşü ile meşru savunma kavramını açıklayan teori ise “*saike meşruluk*” teorisidir. Manevi cebir olarak nitelendirilebilecek haksız saldırı karşısında heyecan, korku ve telaşa kapılan kişinin irade yeteneğinin ortadan kalktığını, bu nedenle kusurlu hareket edemeyeceğini savunan teori, “*manevi cebir veya psikolojik baskı*” teorisidir⁴. Meşru savunmanın temelinde, insanın özünde var olan “*kendini koruma içgüdüsü*” nün hukuken tanınması olduğunu kabul eden görüş de sübjektif teoriler başlığı altında yer alan teorilerden biridir⁵.

Kendini korumak için dahi olsa ceza hukuku normu ile yasaklanan bir fiili gerçekleştirmek haksızlık teşkil etmekle birlikte, bu haksızlığa başka bir haksız saldırının neden olduğu ve bu haksızlıkların birbirini yok etmiş olması nedeniyle devletin müdahalesine gerek kalmadığı görüşüyle meşru savunmanın hukuki esasını açıklayan “*kefarete teorisi*”, değerlendireceğimiz objektif teorilerden ilkidir. Objektif teorilerin kapsamındaki diğer bir görüş olan “*menfaatlerin/hakların çatışması teorisi*”ne göre ise; haksız saldırıyı gerçekleştirenle bu saldırıya maruz kalanın hakları karşılaştırıldığında devlet tarafından üstün tutulması, korunması gereken, saldırıya uğrayan kimsenin yararının korunmasıdır. Toplumsal sözleşme ile bireyi korumayı taahhüt eden devletin bunu yerine getiremediği hallerde kendini koruma hakkının bireye geri döneceği görüşünü savunan “*toplumsal sözleşme*” teorisine ve devlete ait olan toplumsal düzeni sağlama yetkisinin zorunluluk halinde saldırıya uğrayan vatandaşa devredildiğini, böylece devletin yetkisini devralan vatandaşın

⁴ Bu teorisinin özü itibarı ile meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaşa aşılmasının hukuki esasını izah edebileceğini söyleyebiliriz. Zira, aksinin kabulü bizi haksız saldırıyı defederken heyecan, korku veya telaşa kapılmayıp soğukkanlılığını koruyan ve bu nedenle irade yeteneği etkilenmeyen kişinin cezalandırılması gerektiği şeklinde, meşru savunmanın kanunlarda öngörülüş amacından uzak bir noktaya götürebilir.

⁵ Sübjektif teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi I Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 1993, s. 386-387; Dönmezer/Erman, II, s. 99 vd.; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1992, s. 241; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2005, s. 103; Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Seçkin Yayınevi, 1995, s. 29-37; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 310; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, 2016, s. 306-307; Melik Kartal, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Oranlilik*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 11 vd.; Apaydın, s. 34 vd.

kamu görevi ifa ettiğini ileri süren “*yetki devri*” teorileri de objektif teoriler içerisinde değerlendireceğimiz görüşlerdendir⁶.

Meşru savunmanın hukuki esasını açıklamaya çalışan görüşlerin hepsini teker teker ele aldığımızda bu görüşlerin her birinde haklılık payı bulunduğu gibi eleştirilecek noktalar da tespit edilebilir. Örneğin, *manevi cebir*, *tabi hak*, *kendini koruma içgüdüsü*, *kefarete veya menfaatlerin çatışması gibi teoriler* kişinin kendisine karşı yapılan saldırıları bertaraf etmesinin cezalandırılmamasının hukuki esasını açıklamakla birlikte hiç tanımadığı üçüncü kişilere karşı yapılan saldırıların engellenmesi durumunda bunu yapan kişinin fiilinin cezasız kalmasının hukuki esasını ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır. Bu noktada meşru savunmanın hukuki esasını tek bir görüşle sınırlı kalarak ifade etmenin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Elbette kişinin kendisine olan saldırılara karşı savunma hareketi niteliğinde davranışlar gerçekleştirmesi tabi bir haktır ve kendisini koruma içgüdüsünün doğal bir sonucudur. Bununla birlikte, kural olarak toplumsal düzeni sağlama görev ve yetkisi devlete aittir; ancak, kendisine veya bir başkasına ait bir hakka yönelmiş saldırı ile karşı karşıya kalan kişi o anda devlet güçlerine müracaat edemiyorsa saldırıyı defedecek ölçüde savunma hareketi yapması hukukun amacına da uygundur. Bu yönüyle meşru savunmanın hukuki esasını; devlete ait olan güç kullanarak saldırıları bertaraf etme yetkisinin sıkı koşullara bağlı olarak kendisinin veya bir başkasının hakkını savunan kişiye devredildiğinde aramak gerekir⁷.

B. Meşru Savunmanın Şartları

Meşru savunmanın varlığının kabulü için gereken şartlar doktrinde ve Yargıtay kararlarında⁸; saldırıya ve savunmaya ilişkin şartlar başlıkları

⁶ Objektif teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Erem, s. 387-388; Dönmezer/Erman, II, s. 103 vd.; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 241; Özen, s. 37-49; Demirbaş, s. 310-311; Kartal, s. 23 vd.; Apaydın, s. 37 vd.

⁷ Haklı savunma içinde hareket eden kimse, kendisinin ya da üçüncü bir kişinin bireysel hukuki değerleri yanında bütün olarak hukuk düzenini de savunur. Bu çifte fonksiyon, meşru savunma hakkının neden görece daha geniş kapsamlı olduğunu da açıklamaktadır (Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku*, Genel Kısım-I, Adalet Yayınevi, 2014, s. 214-215).

⁸ “...Bir olayda meşru savunmanın oluştuğunun kabul edilebilmesi için saldırıya ve savunmaya ilişkin şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

¹⁻) Saldırıya ilişkin şartlar: a-) Bir saldırı bulunmalıdır. b-) Bu saldırı haksız olmalıdır. c-) Saldırı meşru savunma ile korunabilecek bir hakka yönelik olmalıdır. Bu hakkın, kişinin kendisine veya bir başkasına ait olması arasında fark yoktur. d-) Saldırı ile savunma eş zamanlı bulunmalıdır.

altında incelenmektedir. Biz de TCK'nın meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesinin 1. fıkrasından⁹ hareketle aynı tasnifi yaparak meşru savunmanın şartlarını ele alacağız. Bununla birlikte, savunmaya ilişkin şartlardan biri olan “saldırı ile savunma arasında orantının bulunması”nın, meşru savunmada sınırın aşılması ile doğrudan bağlantılı olması sebebiyle, bu şartın çalışmanın ikinci bölümünde ele alınmasının daha yerinde olacağı değerlendirilmiştir.

1. Saldırıya İlişkin Şartlar

a. Haksız bir saldırı olması

Savunma hareketi niteliğindeki bir fiilin meşru savunma kapsamında olduğunun kabul edilebilmesi için gereken ilk şart, haksız bir saldırının olmasıdır. Saldırı; kişinin kendisinin veya bir başkasının hukuken korunan değerlerine zarar veren veya zarar verme tehlikesi taşıyan iradi insan davranışdır¹⁰. Saldırı maddi bir fiil olmakla birlikte, mutlaka cebir ve şiddet şeklinde ortaya çıkması zorunlu değildir¹¹; saldırı tehdidi de gerçekleşmesi muhakkak bir saldırı kapsamında kabul edilebilir¹². Ancak, hakaret, sövme gibi maddi nitelikte olmayan saldırılara karşı meşru savunmayı kabul etmek mümkün değildir¹³. Saldırının iradi insan davranışı olması yeterlidir; saldırının çocuk veya akıl hastası olması yahut diplomatik dokunulmazlık gibi bir şahsi cezasızlık nedeninin bulunması hallerinde yapılan savunma

hareketleri de meşru savunma kapsamında kalacaktır¹⁴. Saldırı icrai davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir¹⁵. Ancak bunun için ihmali eden kişinin garantör yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir¹⁶. Saldırı niteliğindeki fiil kasten gerçekleştirilebileceği gibi taksirle de gerçekleştirilebilir¹⁷. Ayrıca failin kusur yeteneğinin bulunması da gerekli değildir¹⁸. Saldırıda bir hayvanın araç olarak kullanılması durumunu da insandan kaynaklanan saldırı olarak kabul etmek ve meşru savunma kapsamında değerlendirmek gerekir¹⁹.

Saldırının aynı zamanda haksız olması yani hukuka aykırı olması; hukuk düzenince tasvip edilmeyen, onaylanmayan davranış olması gerekir. Bu kapsamda, dış görünüş itibarı ile haksız görünen bir fiil şayet bir hukuka uygunluk nedeninin kapsamında kalıyorsa bu fiili haksız saldırı olarak nitelendirmek mümkün değildir²⁰. Örneğin, hukuka uygun olarak verilmiş bir yakalama emrini infaz etmek üzere ilgiliyi yakalayan kolluk görevlilerinin davranışı “kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu” açısından görevin ifası hukuka uygunluk nedenidir; hakkında yakalama emri olan kişiye yönelik yakalama ve hâkimin önüne çıkarmak için zorla götürme şeklindeki davranışların haksız saldırı olarak nitelendirilmesi, kolluk görevlilerine direnmenin meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, hukuk düzeninin kendisine tanıdığı subjektif bir hakkını kullanan yahut meşru savunma halinde olan kişinin fiili de haksız saldırı

²⁻) Savunmaya ilişkin şartlar: a-) Savunma zorunlu olmalıdır. Zorunluluk ile kastedilen husus, failin kendisine veya başkasına ait bir hakkı koruyabilmesi için savunmadan başka imkânının bulunmamasıdır. b-) Savunma saldırıya karşı olmalıdır. c-) Saldırı ile savunma arasında oran bulunmalıdır...” (YCGK, 24.6.2021, E. 2017/1-141, K. 2021/307; aynı yönde YCGK, 8.5.2012, E. 2011/1-436, K. 2012/190; Y. 12. CD, 22.1.2020, E. 2019/13688, K. 2020/810, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023).

⁹ “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

¹⁰ Claus Roxin/Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen- Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, C.H.Beck, 2020 § 15, Rn. 6; Eric Hilgendorf/Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 120; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 241; Kayıhan İçel/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, *Suç Teorisi*, Sebati Yayıncılık, 1999, s. 139; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, 2022, s. 280.

¹¹ Erem, s. 391; Centel/Zafer/Çakmut, s. 307; Koca/Üzülmöz, s. 280;

¹² İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 139.

¹³ Dönmezer/Erman, II, s. 113; Özen, s. 105; Centel/Zafer/Çakmut, s. 307-308; Koca/Üzülmöz, s. 280; aksi görüş için bkz. Demirbaş, s. 315; Apaydın, s. 57; Kartal, s. 70.

¹⁴ Dönmezer/Erman, II, s. 107-108; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 242; Özen, s. 92-95; Demirbaş, s. 312; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 309-310; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 445; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 359; Koca/Üzülmöz, s. 281-282.

¹⁵ Heinrich, AT I, s. 219; Hilgendorf/Valerius, s.120; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 241; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 139; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 307; Koca/Üzülmöz, s. 280.

¹⁶ Heinrich, AT I, s. 219; Hilgendorf/Valerius, s.120. Alman öğretisinde ihmali suretiyle haksız saldırının gerçekleştirilebileceği konusunda tereddüt olmamakla birlikte, bu yükümlülüğün kapsamının tartışmalı olduğunu görmekteyiz (Roxin/Greco, § 15, Rn. 11, 13; Heinrich, AT I, s. 220).

¹⁷ Roxin/Greco, § 15, Rn. 10; Heinrich, AT I, s. 218; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 443; Demirbaş, s. 312; Koca/Üzülmöz, s. 280.

¹⁸ Roxin/Greco, § 15, Rn. 10, 61; Heinrich, AT I, s. 218.

¹⁹ Özgenç, s. 359; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 308; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 443; Centel/Zafer/Çakmut, s. 308; Özen, s. 82.

²⁰ Özen, s. 80-81.

olarak nitelendirilmez²¹. Saldırının fiilinin hukuka aykırı olması yeterlidir; mutlaka suç teşkil eden bir haksızlık olması gerekli değildir²². Ancak, saldırı aynı zamanda suç teşkil eden bir haksızlıkta icra hareketlerine başlanmış olmalıdır²³. Saldırının haksız olup olmadığı tespit edilirken, “*hukuk düzeninin tekliği/bütünlüğü*” ilkesi gereğince tüm hukuk düzeni göz önünde bulundurulmalıdır²⁴.

b. Mevcut, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırı olması

765 sayılı TCK'nın 49. maddesinin 2. fıkrasında saldırının gerçekleştiği anda savunma hareketinin yapılması gerektiğini ifade etmek üzere “...*haksız bir taarruzu filhal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle*...” işlenen fiillerden dolayı failin cezalandırılmayacağı düzenlenmiş olmakla birlikte, doktrinde²⁵ ve Yargıtay kararlarında²⁶ mevcut saldırının geniş yorumlanması gerektiği, başlayacağı muhakkak olan saldırıyı başlamış, tekrarı muhakkak olan saldırıyı da henüz sona ermemiş olarak kabul etmek gerektiği ifade edilmekte idi. 5237 sayılı TCK'nın 25. maddesinin 1. fıkrasında “...*gerçekleşen, gerçekleşmesi*

²¹ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 242; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 141; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 308-309; Centel/Zafer, s. 309; Koca/Üzülmez, s. 281.

²² Hilgendorf/Valerius, s. 122; Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, US-A Yayıncılık, 2016, s. 220; Toroslu, s. 104; Özen, s. 81; Demirbaş, s. 311; Centel/Zafer, s. 310; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 444; Koca/Üzülmez, s. 281; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 308.

²³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 442; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 140; Koca/Üzülmez, s. 281.

²⁴ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 141.

²⁵ Dönmezer/Erman, II, s. 113; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 151; Özen, s. 72-75.

²⁶ “...*Savunmada bulunmak, her canlının ve bu arada insanın, kendisini koruma tepkisinin bir sonucudur. Ceza Genel Kurulu'nun uyum gösteren içtihatlarına göre, saldırının varlığını geniş manada anlamak ve başlayacağı artık muhakkak olan bir saldırıyı başlamış, keza bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı da, henüz sona ermemiş saymak zorunludur. Saldırının bilfiil başlaması beklenecek olursa, bir çok halde savunma etkisini kaybetmiş olur. Bu nedenle 1931 tarihli İtalyan Ceza Yasası “saldırının değil, ondan doğan tehlikelerin halen var olmasından” söz etmiştir. Henüz başlamamış bir saldırı da tehlike teşkil edebilir. Zaruret sınırının aşılması konusunda da, failin içinde bulunduğu ruh hali adil bir tarzda gözönünde tutulmalıdır. Yukarıda açıklanan olaylar zinciri içinde, özellikle sanığın yaşı, hamile olması nedeniyle maktulle mücadelede kalkışmasının güç oluşu, olay yeri ve saati, yardımdan yoksun bulunuşunun feryadına rağmen etraftan kimsenin gelmemesiyle eylemli olarak saptanmış olması da gözönünde tutulduğunda, sanığın meşru müdafaa şartları içinde hareket ettiği ve savunmada aşırılığa kaçmasının da sözkonusu olmadığını kabulünde zorunluluk bulunduğu halde, yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi, Yasaya aykırı olduğundan...hükümün bozulmasına...” (Y. 1. CD, 26.11.1991, E. 1991/2556, K. 1991/2846, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023).*

veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı...” ifadesi kullanılarak doktrin ve uygulamadaki bu kabul madde metnine yansıtılmıştır²⁷.

Başlamış ve devam eden saldırı “*mevcut saldırı*” olarak değerlendirilir. Saldırının başlamış olup olmadığı yöneldiği hukuki değer göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir²⁸; yöneldiği hukuki değeri ihlal etme tehlikesi doğuran saldırıları mevcut saldırı olarak kabul etmek gerekir²⁹. Henüz başlamamış olmakla birlikte başlaması muhtemel olan saldırılar da meşru savunma kapsamında değerlendirilemez; zira kural olarak saldırıları önleme yükümlülüğü devlete aittir ve muhtemel saldırılar devletin ilgili birimlerine bildirilerek engellenmelidir³⁰.

Bununla birlikte, henüz başlamamış olmakla birlikte, gerçekleşmesi muhakkak olan saldırılara karşı yapılan savunma hareketleri meşru savunma kapsamında değerlendirilir. Çünkü, başlaması muhakkak olan bir saldırı, başladıktan sonra savunmayı imkânsız veya çok güç hale getirebilir; bu nedenle, başlamasına kesin gözüyle bakılan saldırılara karşı yapılan savunma hareketleri de meşrudur³¹.

Saldırının mevcut olması şartı zorunluluk haline göre zaman itibarıyla daha dar yorumlanmalıdır. Zorunluluk halinde devam eden ve müteakip zararları doğuracak olan tehlike de dikkate alınırken, meşru savunma bakımından saldırının (ya da gerçekleşmesi muhakkak bir saldırının) mevcut (*güncel, gegenwärtig*) olması gerekmektedir³². Bu noktada önleyici savunma ile muhtemel saldırı arasındaki ayrıma dikkat edilmesi gerekmektedir. Önleyici savunma (*Präventivnotwehr*), muhtemel saldırının (*antizipierte Notwehr*) aksine hukuken kabul edilebilir değildir³³. Burada güncel bir saldırının (*die Gegenwartigkeit des Angriffs*) yokluğu söz konusudur. Örneğin gece yarısında kendisini öldüreceğini söyleyen, evde kendisine sürekli baskı

²⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 313.

²⁸ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 243-244.

²⁹ Özen, s. 74.

³⁰ Koca/Üzülmez, s. 283.

³¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 447.

³² Hilgendorf/Valerius, s. 121, 135; Karl Lackner/Kristian Köhl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 16. Auflage, Verlag, C.H. Beck, 2007 § 32, Rn. 4; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 16. Auflage, Verlag, C.H. Beck, 2009 § 32, Rn. 16; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Springer Verlag, 2001 § 32, Rn. 65, 67, 77.

³³ Hilgendorf/Valerius, s. 121.

ve şiddet uygulayan kişinin karısı tarafından öldürülmesi halinde meşru savunma hükümleri uygulanamaz³⁴. Failin meşru savunma hükümlerinden faydalanabilmesi için gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak bir haksız saldırının bulunması gerekmektedir³⁵.

Saldırı gerçekleştikten sonra fail olay yerini terk etmemiş ve saldırının tekrarı muhakkaksa bu durumda saldırının tekrarını önlemek için yapılan savunma hareketleri de meşru savunma kapsamında değerlendirilir. Aksi durumda ise meşru savunmanın varlığından söz etmek mümkün değildir. Yargıtay da konuya ilişkin olarak verdiği bir kararında³⁶; “...maktulün yaşı ve otopsi raporunda belirlenen üstün fiziki yapısı da göz önüne alındığında, sanığın iddia ettiği şekilde yaşamına ve cinsel bütünlüğüne yönelik sürmekte olan bir saldırı bulunmadığı gibi önceki tarihlerde vuku bulmuş saldırının o an için tekrarının da muhakkak olmadığı, bu itibarla sanık açısından meşru savunma şartlarının oluşmadığı anlaşıldığından, sanığın meşru savunma şartları altında hareket ettiği yönündeki dosyada bulunan tutanak ve bilimsel raporlarla örtüşmeyen, cezadan kurtulmaya yönelik soyut savunmalarına itibar edilemeyeceği ve sanığın (sabaha karşı aldığı alkolün tesiriyle sızan maktulün bulunduğu odaya gelen sanığın başörtüsünü maktulün boynuna birkaç kez dolayıp sıkıca bağlamak suretiyle boğarak öldürdüğü) eşi maktulü yoğun tahrik altında kasten öldürdüğü” nün kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

³⁴ Hilgendorf/Valerius, s. 121, 135. Önleyici savunmada, savunmada bulunulmadığı takdirde ileride savuma imkanının önemli ölçüde kötüleşeceği yönünde bir beklenti olsa da kabul edilebilir değildir (Heinrich, AT I, s. 226).

³⁵ “...maktulün, her zaman yaptığı gibi, gece tekrar taciz ve tecavüz için gelebileceği ve ertesi gün annesini ve kız kardeşini evden uzaklaştırdıktan sonra kendisine silah tehdidi ile tecavüz edeceği endişesiyle korkuya kapılan sanığın, maktule ait silahı yerinden alıp yastığının altına koyduğu, sabah saat 07.30 sıralarında annesinin mutfakta olması nedeni ile babasının yalnız olarak uyumakta olduğu odaya girip, çaresizlikten kaynaklanan korku ve panikle ona ikisi enseye ve bir adedi sırt bölgesine olmak üzere 3 el ateş etmek suretiyle öldürdüğü olayda; açıklanan olaylar zinciri içinde ırzına yönelik ısrarlı saldırılardan maktulün vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak, meşru savunma koşulları içinde, ancak mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile sınırı aşarak maktulü öldüren sanık hakkında TCK’nın 27/2 ve CMK’nın 223/2-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine delillerin takdirinde yanılığa düşülerek TCK’nın 82/1-d, 29, 62 maddeleri ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş,... (Y. 1. CD, 13.7.2011, E. 2011/1267, K. 2011/4491, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:10 Ocak 2023).

³⁶ YCGK 18.9.2018, E. 2015/1-424, K. 2018/399, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023.

Saldırıdan sonra kaçmakta olan kişiye karşı yapılan hareketler, saldırıyı sonlandırmaya yönelik olmadığından meşru savunma kapsamında değerlendirilmez. Zira böyle bir durumda kendini savunma değil, oç alma saiki ile hareket etme söz konusudur³⁷. Fail açısından haksız saldırı karşısında kapıldığı öfke nedeniyle irade yeteneğinin etkilenmesi söz konusudur; kusurluluğunu azaltan bu hal nedeniyle işlediği suçtan dolayı verilecek cezadan şartları mevcutsa haksız tahrik hükmü uyarınca indirim yapılabilir³⁸. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında; “...sanık Ergün ’ün alacağını istediği mağdur sanık Turgut ’un kürekle kendisine vurarak olay yerinden uzaklaşmaya başladığı sırada Turgut ’a kürekle vurması şeklinde gelişen eyleminde meşru müdafaaanın unsurlarının oluşmadığı sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi” nedeniyle ilk derece mahkemesince verilen beraat hükmünü bozmuştur³⁹.

Saldırının mevcut olması, aynı zamanda saldırının gerçek olmasını ifade eder. Saldırı failin tasavvuruna göre değil, gerçekten var olmak zorundadır⁴⁰. Gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı mevcut olmadığı halde, fail böyle bir saldırının var olduğu noktasında yanılmış ise -aşağıda “mefruz meşru savunmada sınırın aşılması” başlığı altında izah edileceği üzere- bu hukuki mesele hata hükümlerine göre çözümlenmelidir⁴¹.

c. Saldırının bir hakka yönelmiş olması

765 sayılı TCK’nın 49. maddesinin 2. fıkrasında; “...Gerek kendisinin gerek başkasının nefisine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu filhal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle... işlenen fiillerden dolayı faile ceza...” verilmeceği ifade edilmek suretiyle meşru savunmanın kapsamındaki haklar sınırlı tutulmuş, her türlü hakkın meşru savunmanın kapsamında olmadığı kabul edilmiştir. Örneğin, mal varlığına yapılan saldırılara karşı savunma hareketi

³⁷ Dönmezer/Erman, II, s. 113; Özen, s. 77.

³⁸ Özen, s. 78; Demirbaş, s. 315.

³⁹ Y. 2.CD, 6.3.2006, E. 2005/5230, K. 2006/3845 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023.

⁴⁰ Heinrich, AT I, s. 217-218.

⁴¹ Dönmezer/Erman, II, s. 115; Demirbaş, s. 317. Kanaatimizce; bu hukuki meselenin çözümünü için 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekir. Bu kapsamda, meşru savunmanın maddi şartlarından biri olan saldırının varlığı konusunda failin düştüğü hata kaçınılmaz ise, failin bu hatası kastını ortadan kaldıracak ve meşru savunma hukuka uygunluk nedeni varmış gibi değerlendirme yapılması gerekecektir.

niteliğindeki fiiller meşru savunma kapsamında kabul edilmemekte idi⁴². Bu dönemde doktrinde meşru savunmanın kapsamının mümkün olduğu kadar geniş tutulması ve bu kapsamda tüm haklara yapılan saldırılar bakımından meşru savunmanın kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekte idi⁴³. Doktrindeki bu görüşler 5237 sayılı TCK'nın meşru savunmayı düzenleyen hükmünde karşılığını bulmuş ve Kanun'da “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş...*” ifadesi kullanılarak her türlü hakka yönelmiş saldırılar açısından meşru savunma kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde⁴⁴ bu husus; “*...her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmesi istenilmiştir. ... kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir...*” şeklinde ifade edilmiştir.

Hak, hukuken korunan menfaat olarak tanımlanabilir⁴⁵. 5237 sayılı TCK'nın meşru savunmaya ilişkin hükmünde, kişinin gerek kendisine gerek

⁴² Dönmezer/Erman, II, s. 110. Bununla birlikte, malvarlığına karşı bu tür saldırılarda, örneğin kişinin hırsızdan malını geri almasının zilyetliği koruyan hükümler gereğince hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında olduğu ifade edilmekte idi (Dönmezer/Erman, II, s. 110-111).

Bununla birlikte, 765 sayılı TCK'nın 461. maddesinde yer alan; “*Yukarıdaki iki fasılda beyan olunan fiillerden birini aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapanlara ceza verilmez. Bu mecburiyetler: 1 - 495, 496, 497, 499 uncu maddelerde beyan olunan fiillerden birinin faillerine yahut nehuu garet yapanlara karşı malını müdafaa etmek, 2 - Bir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müştemilatına merdiven kurup çıkanları veya duvarını delenleri veya kapısını kıranları veyahut işbu mebani ve müştemilatına ateş koyanları; - bu fiiller gece vakti olmak veya gündüz olsa bile hane ve bina ve müştemilatı ücra bir mahalde bulunmak şartlarıyla - içinde ikamet edenlerin emniyeti şahsiyelerince aklen varit bir endişe ve havfi ciddi mevcut olduğu takdirde defetmek, dir.*” şeklindeki düzenlemeyle, meşru savunma kapsamında olmasa da malvarlığını korumaya dönük fiillerin cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında; “*...Yağma cürümlerini yaptırım altına alan TCK. nun 495. ve bunu izleyen maddelerindeki suçları işleyenlerden birinin failine karşı malını müdafaa etme amacı ile eylemde bulunmanın suç oluşturmayacağı, böyle bir eylemin amacının ‘malı müdafaa’ niteliğinde olması itibarıyla fiilin saldırıyı ‘defetmek’ten ibaret olduğu’na hükmetmiştir. (YCGK 13.10.1980, E. 1980/298, K. 1980/323 Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023).*”

⁴³ İçel/Özgenç/Sözür/Mahmutoğlu/Ünver, s. 146; Dönmezer/Erman, II, s. 110.

⁴⁴ <https://legalbank.net/belge/madde-25/2677328>, Erişim Tarihi 5 Ocak 2023.

⁴⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 446.

başkasına ait bir hakka yönelmiş saldırıya karşı meşru savunmanın mümkün olduğu belirtilmiş, ancak “*kişilere ait hak*” ifadesinin kapsamı belirtilmemiştir. Yaşam hakkı, vücut ve cinsel dokunulmazlık, hürriyet, mülkiyet, özel hayat gibi tüm bireysel haklar bu kapsamdadır⁴⁶. Kişilerin kendisine veya bir başkasına ait tüm bireysel hukuki değerlere saldırılara karşı meşru savunma mümkündür⁴⁷.

Kamu düzeninin korunması kural olarak devlete ait bir görev olduğundan, toplumsal düzeni ihlal eden fiiller aynı zamanda bir bireysel hakkı ihlal etmiyorsa, bu tür fiillere karşı meşru savunma hükmünün uygulanması mümkün değildir⁴⁸. Kendisine ve başkasına ait bir bireysel hakka doğrudan bir saldırı yoksa, vatandaşın görevi devlet adına güç kullanma yetkisine sahip olan adli ve idari makamlara kamu düzenini bozan fiilleri bildirmekten ibarettir⁴⁹. Zira, meşru savunmanın kanunlarda düzenleniş amacı; saldırı anında kamu gücünü kullanacak görevlilere erişilmesinin mümkün olmaması ve saldırıya uğrayan hakkın korunması için saldırının derhal bertaraf edilmesinin gerekliliği nedeniyle, kural olarak devlete ait olan saldırıları önleme görevinin sıkı şartlara bağlı olarak kişilere devredilmesi zorunluluğudur. Bununla birlikte, kamu düzenini genel olarak ihlal eden fiiller, örneğin, devletin güvenliğine yönelik bir saldırı aynı zamanda kişilere ait bir hakka da (örneğin yaşam hakkına) saldırı mahiyetinde ise, bu durumda saldırıyı bertaraf etmek için yapılan savunma hareketleri meşru savunma kapsamında değerlendirilecektir⁵⁰.

⁴⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 446.

⁴⁷ Yargıtay'ın bir kararında kişinin kendisine ve kardeşine yapılan saldırıyı defetmek için gerçekleştirdiği fiillerin meşru savunma kapsamında kaldığı şu şekilde ifade edilmiştir: “*... kardeşi Ramazan'ın yaralandığını ve hareket edemediğini gören sanığın, onu saldırdan kurtarmak ve hastaneye götürmek amacıyla evine giderek araç temin edip, yanına tüfeğini de almak suretiyle olay yerine geri geldiği sırada, sanık Şevki'nin oğulları olan Ahmet ve mağdur Hasan'ın av tüfekleriyle sanığın üzerine ateş etmeleri ve yaralı Ramazan'a müdahale etmesini engellemelerine tepki olarak, sanık Yılmaz'ın kardeşi Ramazan'ı kurtarmak amacıyla mağdur Hasan'a ateş ederek yaralanmasından ibaret olayda; Sanık Yılmaz'ın gerek kendisinin gerek kardeşinin yaşam hakkına yönelen saldırı karşısında, kendisini ve kardeşini kurtarmak amacıyla saldırı ile orantılı şekilde hareket ederek eylemi gerçekleştirdiği anlaşıldığından, sanığın 5237 sayılı TCK. 'nun 25, CMK. 'nun 223/2-d maddeleri gereğince beraatine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmeyerek, ağır tahrik altında kasten yaralama suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirmiş olup...*” (Y. 1. CD, 14.4.2011, E. 2009/3413, K. 2011/2305, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023).

⁴⁸ Koca/Üzülmez, s. 283; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 446-447; Apaydın, s. 72.

⁴⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 446-447.

⁵⁰ Koca/Üzülmez, s. 283.

2. Savunmaya İlişkin Şartlar

a. Savunmanın zorunlu olması

TCK'nın 25. maddesinin 1. fıkrasındaki "...haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre...defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden..." dolayı failin cezalandırılmayacağı düzenlemesinden, haksız saldırıdan savunma hareketi yapılmadan kurtulma olanağının bulunmaması, başka bir deyişle savunmada zorunluluk bulunması gerektiği anlaşılmaktadır. Tıpe uygun fiil olarak dış dünyaya yansıyan savunma hareketini bir hukuka uygunluk nedeni haline getiren en temel şart, saldırının başka türlü defedilme olanağının bulunmamasıdır⁵¹. Savunmada bulunma zorunluluğu olmadan saldırıyı bertaraf etme imkânı bulunduğu sürece meşru savunmanın varlığından söz edilemez⁵².

Savunmada zorunluluk olup olmadığı -Kanun'daki ifadeyle- "o anda hal ve koşullara göre" belirlenmelidir. Esasen, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan bir saldırı varsa, savunmanın da zorunlu olduğunu kabul etmek gerekir⁵³. Saldırının hukuken korunan menfaatler üzerinde doğurduğu tehlikeyi derhal sonlandıracak hareketler, savunma açısından zorunlu kabul edilmelidir⁵⁴.

Saldırıya maruz kalan kişinin kaçarak kurtulma imkânının olması durumunda, savunmada zorunluluk bulunup bulunmadığı noktasında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, saldırıya uğrayanın hukuk düzenince korunan haklardan bir fedakârlık yapmadan kaçarak kurtulma imkânı varsa, savunmada zorunluluk yoktur⁵⁵; saldırı sırasındaki hal ve koşulları göz önünde bulundurmamak, örneğin, saldırganın pusu kurduğu yoldan geçmeyerek şerefli bir şekilde saldırıdan kurtulmak olanağı varsa yahut kusur yeteneği olmayanların saldırılarından kaçarak kurtulma olanağı varsa,

⁵¹ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 152.

⁵² Dönmezer/Erman, II, s. 115.

⁵³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 319; Koca/Üzülmez, s. 284.

⁵⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 450; Koca/Üzülmez, s. 284. Alman Ceza Kanunu'nda (Al.CK. m. 32) meşru savunmanın koşullarından birisini "savunma hareketinin saldırının defedilmesi için gerekli (Erforderlich) olması" oluşturmaktadır, (Lackner/Kühl § 32, Rn. 9; Fischer § 33, Rn. 28, Heinrich, AT I, 230-231). Gerekli savunmanın haksız saldırıyı hemen sonlandırabilecek ya da tehlikeyi nihai olarak ortadan kaldıracak bir hareket olması gerekir (BGHSt 27, 336; NSTZ 87, 322, 05, 85; Lackner/Kühl, § 32, Rn. 9; Fischer § 33, Rn. 28).

⁵⁵ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 245.

savunmada zorunluluk bulunmadığını kabul etmek gerekir⁵⁶. Bu konudaki ağırlıklı görüşe göre⁵⁷; haksız saldırıya maruz kalan kişinin imkânı olsa dahi kaçma yükümlülüğü yoktur. Hukuk düzeni kişileri kaçmaya zorlayarak, toplum nezdinde küçük düşürecek biçimde davranmaya zorlayamaz.

Yargıtay'ın kararlarında da istikrarlı bir şekilde, haksız saldırıya maruz kalan kişiye kaçarak kurtulma yükümlülüğünün yüklenemeyeceği, bu durumdaki kişinin saldırıdan kaçarak kurtulma imkanının bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek olmadığı vurgulanmaktadır⁵⁸.

Kanaatimizce de; gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan bir saldırı varsa savunma zorunludur; kişinin kaçma imkânının bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Kusur yeteneği olmayan kişilerin saldırılarına karşı da orantılı bir savunma yapıldığı sürece bu fiil zorunludur ve meşru savunma kapsamındadır. "Saldırıya uğrayanın hukuk düzenince korunan haklardan bir fedakârlık yapmadan kaçarak kurtulma imkânı varsa, savunmada zorunluluk bulunmadığı" görüşünü savunanların verdiği saldırganın pusu kurduğu yoldan geçmeme örneğinde, aslında muhakkak olan bir saldırı ile karşı karşıya kalınması söz konusu değildir. Muhtemel bir saldırıya karşı da meşru savunmadan bahsetmek mümkün değildir.

b. Savunmanın saldırıya karşı yapılması

Bir fiilin meşru savunma kapsamında olduğunun kabul edilebilmesi için,

⁵⁶ Dönmezer/Erman, s. 116-117; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 155; Demirbaş, s. 316-317.

⁵⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 451; Koca/Üzülmez, s. 284-285; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 319; Centel/Zafer/Çakmut, s. 324.

⁵⁸ "...Ceza Genel Kurulunun duraksamasız uygulamalarına göre bir olayda maddi mahiyette haksız bir saldırının bulunması, savunma ile saldırının hemzaman olması, savunmanın saldırının devamı sırasında olması, savunma ile saldırı arasında uygun oran bulunması halinde, suçun yasal savunma koşulları altında işlediğinin kabulü gerekir. Yasal savunma koşulları saptanırken hiç bir zaman ve hiç bir ahvalde sanığa kaçma mükellefiyeti tahmil edilemez ve kaçarak kurtulması istenemez veya bu halin yani kaçma imkanının var olup olmadığı asla gözetilemez. İncelenen olayda sanık ve arkadaşı; bıçak, muncık, taş ve sopalar bulunan 6 kişinin toplu saldırısına uğrayınca paniğe kapılıp salt kendisini korumak ve tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla hareket ettiğine göre yasal savunma koşulları içindedirler. Kaçma olanağı varken kaçmamış olması bu koşulları ortadan kaldırmaz. Bu nedenle yüklenilen suç yasal savunma koşulları altında işlediği anlaşılan sanık hakkındaki direnme hükmünün açıklanan bu değişik gerekçesiyle bozulmasına karar verilmelidir..." (YCGK, 28.5.1990, E. 1990/1-133, K. 1990/155; aynı yönde YCGK, 18.6.1990, E. 1990/1-158, E. 1990/178; 22.5.1995, E. 1995/1-80, K. 1995/158, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023).

saldırıyı defetmek üzere yapılması gerektiğini ifade etmiştik. Bu kabulün doğal bir sonucu olarak, savunmanın saldıran kişiye karşı yapılması gerekir⁵⁹. Zira, suçun kanuni tanımında gösterilen fiili gerçekleştiren kişinin meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için, tek amacı saldırıya uğrayan hakkı korumak için saldıran kişinin bu saldırısını bertaraf etmek olmalıdır. Şayet fail, saldıran kişi olmadığını bildiği halde başka birine karşı tipik fiili gerçekleştirmişse, burada failin amacının kendisini savunmak, saldırıyı defetmek olmadığı açıktır.

Bununla birlikte, meşru savunma halinin objektif olarak var olması yeterli değildir; kişinin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için söz konusu sebebin var olduğu ve hukuk düzeninin izin verdiği zeminde olduğu bilinciyle hareket etmesi, bu kapsamda kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmiş haksız saldırıyı bertaraf etme zorunluluğu ile saldıran karşı savunma hareketini gerçekleştirmesi gerekir⁶⁰.

Saldırının kimliğinde hataya düşülmesi halinde, TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata hükümlerinin uygulanması gerekir⁶¹. Örneğin, kendini savunamayacak birinin malını çalıp kaçmakta olan hırsız kovalayan kişiyi karanlıkta hırsız zannederek durdurmak amacıyla çelme takıp düşüren kişi, saldıranın kimliğinde hataya düşmüştür ve bu hatanın kaçınılmaz olduğu sonucuna vardığımız takdirde, bu hatasından yararlanacaktır. Kastı kaldıran hata hallerinden biri olan böyle bir durumda, gerçekte meşru savunma hukuka uygunluk nedeni varmış gibi değerlendirme yapmak gerekir.

Hedefte sapma halinin, TCK'nın hata hükümleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamakla birlikte, şartları varsa zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür⁶². Çünkü hedefte sapma

⁵⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 316; Centel/Zafer/Çakmut, s. 316; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 453; Koca/Üzülmez, s. 283.

⁶⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 425; Özgenç, s. 308-309; Koca/Üzülmez, s. 270-272; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 285-286; hukuka uygunluk nedenlerinin objektif olarak var olmasının, bunun bilincinde olmayan failin söz konusu nedenden yararlanması için yeterli olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Dönmezer/Erman, II, s. 20-21; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 224; Hafızoğulları/Özen, s. 212; Toroslu, s. 99; Özen, s. 140-142.

⁶¹ Dönmezer/Erman, II, s. 117; Centel/Zafer/Çakmut, s. 316; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 453; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 316; Koca/Üzülmez, s. 283-284.

⁶² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 453; Kartal, s. 113; fiilin bir bütün olarak hukuka uygun olması nedeniyle bu durumun da meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 316; Demirbaş, s. 319.

halinde, kullanılan araçların elverişsizliği veya başka bir sebepten dolayı fiilin neticesi istenen konu üzerinde değil de başka bir konu üzerinde gerçekleşmektedir⁶³. Örneğin, bıçakla yapılan bir saldırıyı defetmek isterken savrulan bir yumruğun saldıran kişiye değil de hemen yanındaki üçüncü bir kişiye isabet etmesi durumunda, savunma hareketiyle gerçekleştirilen tipik fiilin neticesi saldıran dışında bir kişinin üzerinde gerçekleştiği için, TCK'nın hata hükümlerinin de uygulanamayacağı bu fiil meşru savunma kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak üçüncü kişiye karşı işlenen suç açısından, somut olayın özelliklerine göre TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan zorunluluk hali⁶⁴ hükmü uygulanabilecektir.

Yargıtay bir kararında⁶⁵; “...Kendisinin ve kardeşlerinin bulunduğu eve yönelik silahlı saldırı gerçekleştirildiği anda elindeki tabanca ile saldıran tarafa meşru savunma koşulları içinde karşılık verdiği esnada olayla ilgisi bulunmayan mağdur ...'ün yaralanmasına sebebiyet verdiği anlaşılan sanık ...'e izafe edilmesi mümkün kusur bulunmadığından hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde (olası kastla yaralama suçundan) mahkumiyet hükmü kurulması” nedeniyle ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur. Yargıtay kararında olayın oluş şekline ilişkin tam bir açıklık bulunmamakla birlikte, kanaatimizce; TCK'nın 30/3. maddesi kapsamında hata hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Hedefte sapmanın söz konusu olduğu böyle bir olayda zorunluluk halinin şartlarının bulunduğu kabul edilerek, kusurunun bulunmaması nedeniyle sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın zorunluluk halinden veya kusurluluğu ortadan başka bir nedenden bahsetmeksizin, gerekçesiz olarak sanığın kusurunun bulunmadığını kabul etmesinin yerinde olmadığını değerlendiriyoruz. Bununla birlikte, sanık hakkındaki bu kabul üzerine verilebilecek karar ceza verilmesine yer olmadığı kararı olması gerekirken ve CMK'nın 223. maddesindeki beraat kararı verilebilecek hallerin hiçbiri somut olayda mevcut değilken sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle hükmün bozulması yönündeki karara iştirak etmiyoruz.

⁶³ Koca/Üzülmez, s. 502.

⁶⁴ “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

⁶⁵ Y. 1. CD, 24.1.2018, E. 2016/4601, K. 2018/230, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023.

II. MEŞRU SAVUNMADA SINIRIN AŞILMASI

Diğer tüm hukuka uygunluk sebeplerinde olduğu gibi bir fiilin meşru savunma kapsamında kaldığının kabul edilebilmesi için hukuk düzenince tanınan sınır içerisinde kullanılması; hakkın tanınma sınırlarının ölçü yönünden aşılmaması gereklidir. Meşru savunmanın sınırının aşılması konusunu incelemeye geçmeden önce, meşru savunmanın sınırını belirlemek ve kapsamda savunmaya ilişkin şartlardan biri olan “*saldırı ile savunma arasında orantının bulunması*” şartını ele almak gerekir.

A. Saldırı ile Savunma Arasında Orantının Bulunması

Meşru savunmanın şartlarından biri de saldırı ile savunma arasında orantı (*Verhältnismäßigkeit*) bulunmasıdır. Bu şart Kanun’da “...*haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek...*” şeklinde ifade edilmiştir. Savunmanın haksız saldırıyı durduracak ölçüde olmasını ifade eden bu şart, meşru savunma niteliğindeki hareketin sınırlarını belirlemede; saldırıya nazaran ölçüsüz bir savunma hareketi yapıldığında, meşru savunmada sınır aşılmış olmaktadır⁶⁶.

Türk ceza hukuku doktrinindeki genel kabul gören görüşe göre⁶⁷ saldırı ile savunma arasındaki orantının olup olmadığı; kullanılan araçlar ve yönelikleri konular/hukuki değerler açısından değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Burada kast edilen saldırıda ve savunmada kullanılan araçlar ile saldırıya uğrayan ve savunulan konunun mutlak eşitliği değil aralarında bir orantı bulunması gerektiğidir.

Alman öğretisinde orantılılık değerlendirilirken temel kural olarak “*savunmanın en hafif (mildeste) araçla gerçekleştirilmesi*” gerektiğine vurgu yapılmaktadır⁶⁸. Bu savunmanın gerekliliği (zorunluluğu) kavramından ortaya çıkan bir sonuçtur⁶⁹. Ancak “*en hafif araç*” kavramının kişinin savunmasını

⁶⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 316-317.

⁶⁷ İçel/Özgeç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 158-159; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 454-455; Özen, s. 122-133; Demirbaş, s. 317; Centel/Zafer/Çakmut, s. 314; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 317.

⁶⁸ Roxin/Greco, § 15, Rn.42; Heinrich, AT I, s. 231; Fischer meşru savunmanın görece (*relativ*) en hafif araçla gerçekleştirilmesi gerektiğini ifadesi etmektedir (Fischer, § 32, Rn. 30). “*Görece*” ifadesi hafif araç kavramını mutlak bir şekilde yorumlanmaması gerektiği bakımından kanaatimizce önem arz etmektedir.

⁶⁹ Heinrich, AT I, s. 231.

riske sokacak şekilde yorumlanmaması gerekir⁷⁰. Fail hafif olması pahasına riskli savunma önlemi almaya zorlanamaz. Fail saldırıyı derhal sonlandıracak ve tehlikenin nihai olarak ortadan kalkmasını sağlayacak savunma aracını seçmekte serbesttir⁷¹.

Saldırı ve savunmada kullanılan araçlar ile bu araçların kullanılma şekli arasında bir orantı bulunmalıdır. Bu değerlendirmede aranacak olan, saldıran ile savunanın aynı araçlara sahip olmaları veya bu araçları aynı şekilde kullanmaları değildir; somut olaydaki hal ve koşullara göre, aracın saldırıyı defedecek ölçüde kullanılıp kullanılmadığıdır⁷². Örneğin, fiziken güçlü birinin yumrukla veya sopayla yaptığı saldırı, fiziki yönden saldırıya nispeten güçsüz biri tarafından ateşli silahla defedilebilir; önemli olan ateşli silahın saldırıyı bertaraf edebilecek ölçünün ötesinde kullanılmaması, ölçü yönünden sınırın aşılmamasıdır⁷³. Yargıtay da bir kararında; kendisine yumrukla vurarak burun kemiğinin kırılmasına neden olan iki saldıranın haksız saldırılarını defetmek için bıçakla onları yaralayan sanığın fiilinin meşru savunma kapsamında kaldığını kabul etmiştir⁷⁴.

⁷⁰ Roxin/Greco, § 15, Rn.43.

⁷¹ Heinrich, AT I, s. 231; Lackner/Kühl, § 32, Rn. 9.

⁷² Dönmezer/Erman, II, s. 118; Toroslu, s. 107; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 455-456; Demirbaş, s. 317; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 318; Özen, s. 123-124.

⁷³ Dönmezer/Erman, II, s. 118; Özen, s. 124-125; Centel/Zafer/Çakmut, s. 315; Demirbaş, s. 317; Yargıtay meşru savunmada sınırın aşıp aşılmadığının tartışıldığı bir kararında; “... kendisine karşı gerçekleşmekte olan bir saldırı bulunan sanığın son atışta sol bacağından vurulduğu da göz önüne alındığında aralarındaki mesafe oldukça kapandıktan sonra gerçekleşen son atışın ardından kendisine yönelik gerçekleşmekte olan saldırıyı o andaki hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile hareket edip, maktülün üzerine atlayarak ve silahı almak amaçlı gez kısmından tuttuğu sırada birlikte üst üste düştükleri ve bu sırada yönü değişen silahın düşmenin etkisiyle maktülün göğsüne yaslanarak patlamasıyla maktülün vurularak öldüğünün anlaşılması karşısında, sanığın meşru savunma kapsamında hareket ettiğinin kabulüyle TCK’nın 25/1. ve CMK’nın 223/2-d maddesi gereğince beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın atılı suçu bilinçli taksirle işlediğinden bahisle yazılı şekilde (bilinçli taksirle öldürme suçundan) mahkumiyetine karar verilmesi...” gerekçesiyle hükmü bozmuştur. (Y. 12. CD, 22.1.2020, E. 2019/13688, K. 2020/810, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023)

⁷⁴ “...Katılan sanık ...’nin, sanıklar ... ve ...’dan kendisine gelen ve burnunda kemik kırığına neden olan saldırıyı defetmek için üzerinde taşıdığı çakı bıçağını rastgele savurması sonucu, yaralanmalarına neden olma şeklindeki eyleminin TCK’nın 25/1. maddesindeki meşru müdafaa kapsamında kaldığı ve katılan sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde (kasten yaralama suçundan) hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş...” (Y. 6. CD, 19.10.2020, E. 2018/1097, K. 2020/3536, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023; Yargıtay aynı yöndeki bir başka kararında; “...ölen ...’ün, sanık...’a beni öldürtecekmışsin diyerek bıçak çektiği ve kalçasına dayadığı; sanık

Savunmada kullanılan araç ve bu aracın ne şekilde kullanılacağı olay anındaki hal ve koşullara göre (*ex ante*) yapılacak değerlendirmeyle belirlenebilir. Fiilin gerçekleştiği anda sağduyu sahibi objektif bir üçüncü kişinin bakış açısına göre, savunma sırasında bilinen hal ve şartlar göz önünde bulundurulmak suretiyle bir değerlendirme yapılmalıdır⁷⁵. Aracın saldırıyı derhal sonlandıracak şekilde kullanılması, saldırı ile savunma arasında orantı bulunduğunu kabul etmek için gerekli ve yeterlidir⁷⁶.

Saldırı ve savunmada kullanılan araç ile bu aracın kullanılma şekli arasında orantı bulunması gerektiğine ilişkin doktrinde bir tartışma bulunmamakla birlikte, saldırıya uğrayan ve savunulan konular/hukuki değerler arasında da bir oran aranmasının gerekip gerekmediği konusunda fikir birliği bulunmadığını görmekteyiz. Bizim de iştirak ettiğimiz ağırlıklı görüşe göre⁷⁷, saldırıya uğrayan ve savunulan konular/hukuki değerler arasında da bir oran bulunmalıdır. Bu hukuki değerlerin mutlaka aynı değerde olması yahut savunulan hukuki değerlerin daha üstün olması gerekmez. Burada önemli olan saldırıya uğrayan ve savunulan haklar arasında aşırı bir dengesizliğin olmamasıdır. Örneğin, cinsel saldırıda bulunma şeklinde bir haksız saldırı gerçekleştirmeye çalışan kişinin öldürülmesi veya yaralanması durumunda, saldırıya uğrayan ve savunulan hukuki değerler aynı değildir; ancak bu haksız saldırıyı derhal sonlandıracak nitelikte bir savunma hareketi sonucu fail ölmüş olsa dahi araç yönünden sınır aşılmadığı sürece bu fiil meşru

savunma kapsamında kabul edilecektir⁷⁸. Sonuç itibarı ile, sadece saldırıya uğrayan ve savunulan hakları mukayese etmek doğru olmayacağı gibi böyle bir kıyaslamayı tamamen göz ardı etmek de bizi *-kişilerin yaşam hakkına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelmeyen, sadece malvarlığına karşı yapılan saldırıların bertaraf edilmesi için failin öldürülmesini meşru savunma kapsamında görmek gibi-* hatalı olabilecek sonuçlara götürebilir. Bu nedenle saldırı ile savunma arasında orantı bulunup bulunmadığı somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir⁷⁹.

Meşru savunmada sınırın ölçü yönünden aşılması durumunda fiil bütünüyle hukuka aykırı değildir; savunma sınırının dışında kalan hareketler hukuka aykırı olmaktadır⁸⁰. Meşru savunmada sınırın aşıldığından bahsedilebilmesi için, bu hukuka uygunluk nedeninin tüm şartlarının somut olayda gerçekleşmesi ve fakat saldırı ile savunma arasındaki oranın ölçü yönünden aşılması gerekir; olayda meşru savunmanın şartları yoksa, sınırın aşıldığından da bahsedilemez⁸¹. Meşru savunmanın şartları mevcut değilken *-örneğin haksız bir saldırı yokken veya bitmişken-* var zannedilmesi durumunda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata hükümleri tatbik edilmelidir⁸².

Saldırı ile savunma arasındaki oranın ölçü yönünden aşılması durumunda ne şekilde hareket edileceği TCK'nın 27. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında meşru savunma halini de kapsayacak şekilde tüm

... 'in böyle bir şey olmadığını söylemesine rağmen, kasada ne kadar para var diyerek, kasayı açmasını istediği, bunun üzerine sanık ... 'in kasayı açarak, aldığı ruhsatlı tabancası ile rastgele yere doğru ateş etmeye başladığı, bu sırada, bir merminin ... 'nın karnına isabeti sonucu ölümüne sebep olduğu, sanık ... 'ın olay sırasındaki ruhi durumu, ölenin yanında tanımadığı iki kişi bulunduğu halde, kendisine yönelik bıçaklı saldırısı sırasında, bu saldırının boyutunun ne olabileceğini öngörebilecek bir durumda olmaması beraat eden sanıkların beyanına göre isteseydi üçünü de öldürebilecek durumda iken böyle bir sonucu gerçekleştirmemiş olması nedeniyle sanığın savunmada zaruret sınırını aştığı kabul edilemeyeceğinden, hakkında TCY'nın 49ncu maddesinin uygulanmasına yönelik Özel Daire bozma kararı yerinde bulunmaktadır." (YCGK, 6.2.1995, E. 1994/1-341, K. 1995/6, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023).

⁷⁵ Heinrich, AT I, s. 231; Hilgendorf/Valerius, s. 123; Lackner/Kühl § 32, Rn. 10, Gropp § 32, Rn. 79.

⁷⁶ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 246.

⁷⁷ Dönmezer/Erman, s. 119; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 158-159; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 456-457; Centel/Zafer/Çakmut, s. 315; Toroslu, s. 107-108; Özen, s. 127 vd.; Demirbaş, s. 317; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 317; İnanç İştin, "Yargıtay Kararları Işığında Meşru Müdafaa ve Meşru Müdafada Sınırın Aşılması", *Legal Hukuk Dergisi*, 20(237), 2022, s. 3406-3408.

⁷⁸ Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında; "...Katılan sanık Leyla'nın da Hüseyin'den başlayan, devam eden ve artarak devam etmesi de muhakkak olan cinsel davranışlar şeklindeki haksız saldırıyı, o andaki hal ve şartlara göre kilerin içindeki çuvalların arasında bulunan ve içerisinde iki adet mermi olan tabancayla bitişik atış mesafesinden yalnızca bir kez ateş etmek suretiyle defetmeye çalışması karşısında, katılan sanık Leyla'nın kendisini başka türlü savunmasının imkansız olduğu, saldırının bir sonucu olan ve saldırgana karşı gerçekleştirilen fiilde meşru müdafaa şartlarının bulunduğu kabulü'nün gerektiğine hükmetmiştir. (YCGK, 17.2.2015, E. 2014/1-572, K. 2015/2, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023).

⁷⁹ Aksi görüş bkz. Özgenç, s. 361, dipnot 504 (Yazara göre; "...Önemli olan, savunma sadedinde gerçekleştirilen fiilin tecavüzü defedecek ölçüde olmasıdır. Bu ölçüye riayet edildikten sonra, tecavüze uğrayan hukuki değerle, bu tecavüzü defetmek için kendisine zarar verilen değer arasında bir oranın bulunması gerekmez. Bu itibarla, malı gaspedilmekte olan kişinin malını kurtarmak için gasabın yaralanmasına ve hatta ölümüne sebebiyet vermesi durumunda da, meşru savunmanın varlığını kabul etmek gerekir.")

⁸⁰ Özgenç, s. 504.

⁸¹ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 265; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 356; Mehmet Şahin, "Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (76), 2008, s. 324.

⁸² Koca/Üzülmez, s. 310.

hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılmasına ilişkin düzenleme, 2. fıkrasında ise *-aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz-* meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaşla aşılmasına ilişkin düzenleme yer almaktadır.

Meşru savunmada sınır *-heyecan, korku veya telaşla aşılması hali hariç-* kasten aşılmış ise, bu hukuka uygunluk nedeninin varlığının bir önemi yoktur⁸³; fiilin hukuka uygunluk nedeninin kapsamında olmaması nedeniyle, failin kasten işlemiş olduğu haksızlıktan cezalandırılması gerekir⁸⁴. Üzerine doğru elinde sopayla koşarak gelen akıl hastasının silahla ateş edip korkutularak yahut ayağından basit bir yaralama ile durdurulması mümkün iken doğrudan başına ateş ederek öldürülmesi veya kendisine bıçak doğrultan saldıranın elindeki bıçağı aldıktan sonra O'nun bu bıçakla öldürülmesi örneklerinde olduğu gibi savunmanın sınırı ölçü yönünden kasten aşılmış olup, failin şartları varsa haksız tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle kasten öldürme suçundan cezalandırılması gerekir. Yargıtay da benzeri bir olaya ilişkin verdiği kararında⁸⁵; *"...Sanığın maktulün elindeki tabancayı zorla aldıktan ve böylece kendisine veya yakınlarının hayatına yönelik mutlak tehlike hali zail olduktan sonra ateş edip sırttan giren ve öldürücü etki yapan mermi de dahil onu 3 yerinden vurup öldürdüğünün, mermi isabet yerlerinden ve dosya kapsamından anlaşılmasına mahkemece de oluşun bu şekilde vuku bulduğunun kabul edilmesine, başlangıçta mevcut bulunan yasal savunma halinin maktulün elinden tabanca alındıktan sonra ortadan kalkmış bulunmasına göre, eylemin yasal savunma veya bunun aşılması suretiyle değil*

⁸³ Özgenç, s. 504.

⁸⁴ Dönmezer/Erman, s. 138; Özen, s. 161; Koca/Üzülmez, s. 311; Demirbaş, s. 367; Apaydın, s. 177; Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında; *"...sanık Akın, maktulün üzerine silahla gelmesi nedeniyle kaçmaya çalışıp, yanlışlıkla tuvalete girerek içerde kalmış ve dışarı çıkamamıştır. Bunun üzerine ruhsatlı silahını çekerek maktüle birden fazla kez ateş etmiştir. Olayın bu akışı ile gerçekleştirilmesindeki özellikler, olay sırasında maktulün elinde silah bulunması ve tehdit içeren sözler söylemesi karşısında olayda yasal savunma koşulları oluşmuştur. Ancak, gerek otopsi raporu ile Adli Tıp Kurumu Fizik-Balistik İhtisas Dairesi raporunda bildirildiği ve gerekse olay yerinde yapılan keşifte saptandığı şekilde sanık ölene, yakın mesafeden ve doğrudan doğruya öldürücü bölgelerine ölüm sonucunu alacak şekilde yedi el ateş ettiğinden aşırıya kaçmış, kendisi ile arkadaşına yönelme olasılığı bulunan saldırıyı engellemekle yetinmemiş yasal savunma sınırlarını aşmıştır. Bu nedenle sanık hakkında, İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nün raporları da nazara alındığında TCY.'nin 448, 49, 50. maddelerinin uygulanması gerektiğinden, isabetsiz olan direnme hükmünün bozulmasına karar verilme"si gerektiğine hükmetmiştir.* (YCGK, 30.5.2000, E. 2000/1-112, K. 2000/118, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023.

⁸⁵ Y. 1. CD, 17.3.2003, E. 2003/3103, K. 2003/1962, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023.

*ağır tahrik altında gerçekleştirildiğinin kabulü ile sanığın TCK.nun 448, 51/2 ve 59. maddeleri ile tecziyesi gerekirken TCK.nun 50. maddesi uygulanarak yazılı şekilde hüküm tesisi" nedeniyle ilk derece mahkemesince verilen beraat kararını bozmuştur*⁸⁶.

B. Meşru Savunmada Sınırın Kast Olmaksızın Aşılması

1. Genel Olarak

765 sayılı TCK'da meşru savunmada sınırın aşılması genel olarak hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması kapsamında mütalaa edilmiştir⁸⁷. 765 sayılı mülga TCK'nın 50. maddesinde hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halinde cezadan indirim yapılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu hüküm *"49 uncu maddede yazılı fillerden birini icra ederken kanunun veya salahiyettar makamın veya zaruretten tayin ettiği hududu tecavüz edenler."* şeklinde, 49. maddede sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin tamamında sınır aşılması halinde uygulanmasını öngörmekte idi. Bu itibarla mülga Kanundaki bu düzenleme tüm hukuka uygunluk nedenlerine atıf yapmak suretiyle geniş bir uygulama alanına sahipti.

765 sayılı TCK'daki bu düzenlemenin hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın taksirle aşılmasını da kapsayıp kapsamadığı konusunda ise bir açıklık bulunmamaktaydı⁸⁸. Zira Kanunda 5237 sayılı TCK'nın 27. maddesinin 1. fıkrasındaki gibi bir düzenlemeye yer verilmemişti.

Öğretide bu maddenin, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının sadece taksirle aşılmış halinde uygulanabileceği şeklindeki görüşler ise açık bir hüküm olmaması karşısında tartışmalı idi⁸⁹. Dönmezer/Erman, 50. maddedeki

⁸⁶ Yargıtay bir başka kararında ise; *"...nefsine karşı vukubulan haksız bir saldırıyı, o anda def'etmek zorunluluğu ile işlediği bu suçta sanık, sarhoş halde bulunan öldürülenin elinden bıçağını aldıktan sonra onun hayati organlarının bulunmadığı vücut bölgelerini hedef alarak bu bıçağı kullanması veya bir bıçak darbesiyle yetinmesi mümkün iken; zaruret sınırını aşmış ve karşındakini bıçaklayarak öldürmüş bulunmasına göre; sanığa TCK.nun 49. maddesinin değil 448, 50. maddesinin uygulanması gerektiğinden, müdahil ve C.Savcısının temyiz itirazlarının bu nedenle kabulü ile, yerel mahkeme direnme hükmünün değişik gerekçe ile bozulmasına" hükmetmiştir.* (YCGK, 30.3.1981, E. 1981/32, K. 1981/107, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023.

⁸⁷ Özgenç, s. 513.

⁸⁸ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.II, Beta Yayınları, 1989, s. 247 vd.

⁸⁹ Önder, *Genel Hükümler*, II, s. 248 vd. Yazara göre bu durum, saldırıya karşı gerçekleştirilen savunmanın amaçta değil, araçta aşılarak yerine getirilmesinde işlenen fiilin kasti bir suç olsa dahi, fiilin taksir sebebiyle cezalandırılacağı hükmüne yer veren sistemlerde mümkündür.

düzenlemenin koşullarından birisini “suçun taksirle işlenen suçlardan biri olması gerektiği” şeklinde ifade etmekte idi. *Yazarlara göre failce işlenen suçun sadece kasten işlenen bir suç olması halinde ise, failin cezalandırılmasına imkân bulunmamaktadır*⁹⁰. Ancak *Yazarlar* tarafından, Kanunda bu konuda bir hüküm bulunmadığına da işaret edilmekte idi⁹¹. Ceza Kanunu Ön Tasarısında ise, 5237 sayılı TCK’nın 27/1. maddesindeki düzenlemeye benzer şekilde hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde fiil, taksirle işlendiğinde cezalandırılıyorsa, taksirli suç için verilen cezadan indirim yapılması öngörülmekte idi⁹².

Alman Ceza Kanunu’nda meşru savunmada sınırın taksirle aşılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Avusturya Ceza Kanunu incelendiğinde; meşru savunma başlıklı 3. maddesinin 2. paragrafında (m. 3/2); korku, şaşkınlık ve heyecan halinde sınırın aşılması ile sınırın taksirle aşılması hallerinin birleştirilmiş olduğunu görmekteyiz. Düzenleme failin içine düştüğü panik nedeniyle taksirli hareket etmesi ve fiilin taksirle işlenen bir suç oluşturması halinde, sorumluluğun taksir esaslarına göre belirlenmesini öngörmektedir⁹³. Avusturya Ceza Kanunu’ndaki bu düzenlemenin sadece meşru savunmaya hasredildiğini belirtmek gerekir⁹⁴.

2. Hukuki Niteliği

TCK’nın 27. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.*” şeklindeki düzenlemenin, meşru savunma da dahil olmak üzere tüm hukuka uygunluk

Kanunumuzda bu yönde bir hüküm bulunmaması karşısında kasten kullanılan aracın saldırıya uygun bir şekilde seçilmemiş olması nedeniyle kişinin taksiri sebebiyle sorumlu tutulması mümkün değildir (s. 248-249).

⁹⁰ Dönmezer/Erman, II, 141.

⁹¹ Dönmezer/Erman, II, 142.

⁹² Ceza Kanunu Ön Tasarısı m. 31: “*Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde fiil, taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için Kanunda yazılı cezada altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur. Sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise ceza verilmez.*” (Dönmezer/Erman, II, s. 141-142, 297 nolu Dipnot).

⁹³ Önder, *Genel Hükümler*, II, s. 246.

⁹⁴ Avusturya Ceza Kanunu’nun orijinal tam metni için bkz. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/> paragraf/3

nedenlerini kapsayacak şekilde kaleme alındığı görülmektedir⁹⁵.

Meşru savunmanın sınırının kast olmaksızın aşılması durumunda, haksız saldırıya karşı kendisini savunan kişi hukuk düzeninin izin verdiği sınır içerisinde kaldığını zannederek fiilini gerçekleştirmekte ve savunmanın sınırını bilerek aşmamakta; gerekli dikkat ve özeni gösterseydi sınırı aşabileceğini öngörebilecekken bunu yapmayarak savunmanın sınırını kast olmaksızın aşmaktadır. Kendisini savunan kişinin içine düştüğü bu yanılgı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın özel bir görünüm şekli kabul edilip, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hata olarak adlandırılabilir⁹⁶.

Meşru savunmanın şartları açıklanırken izah edildiği üzere, bu hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarından biri de “*saldırı ile savunma arasında orantının bulunması*”dır. Savunma hareketi yapan kişi, haksız saldırıyı defetmek için saldırı ile orantılı savunma hareketi yaptığını ve hukuk düzeninin izin verdiği sınır içinde kaldığını, sınırı ölçü yönünden aşmadığını zannetmektedir. Gerçekte ise savunma hareketini yaparken gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek saldırıyı bertaraf edecek ölçünün ötesinde savunma hareketi yaptığı için fiili hukuk düzeninin izin verdiği sınırın dışına kısmen çıkmıştır. Meşru savunmanın sınırında düştüğü bu hata, aşkın kısmın oluşturduğu suç açısından failin kastını ortadan kaldırmaktadır; fakat fiil

⁹⁵ Madde metninde “*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler*” ifadesinin kullanılması ve madde gerekçesinin bunu teyit eder tarzda kaleme alınmış olması nedeniyle, söz konusu düzenlemenin hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte kusurluluğu etkileyen nedenleri de kapsadığı düşünülebilir. Ancak, 5237 sayılı TCK’nın benimsediği suç teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri suçun yapısal unsurları içerisinde yer almaktadır ve kast-taksir suçun manevi unsurunun iki temel görünüm şeklidir; kusur suçun unsurlarından biri değildir. 5237 sayılı TCK’nın 30. ve 40/1. maddelerinde yer alan düzenlemelerin yanı sıra 5271 sayılı CMK’nın 223. maddesinde yer alan düzenlemeler bu hususu teyit etmektedir. Bu nedenle, 27. maddenin 1. fıkrasında yer alan sınırın kast olmaksızın aşılması ve aşkın kısmın oluşturduğu suçun taksirle işlenebilen bir suç olması durumunda failin cezalandırılacağı ifadelerinin ancak hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması durumunda uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz. (Aynı yönde Koca/Üzülmez, s. 308).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun aynı yöndeki bir kararı şu şekildedir; “*5237 sayılı TCY’nun 27. maddesinin 1. fıkrası; “Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yer alan cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.” şeklinde olup, madde metninde yer alan “Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması” ibaresinden yasa maddesinin ve gerekçesinin aksine öğretide kabul edilen görüşe uygun olarak “Hukuka uygunluk hallerinde sınırın aşılmasının” anlaşılmasının isabetli olacağı sonucuna ulaşılmıştır.*” (YCGK, 5.10.2010, E. 2010/1-170, K. 2010/182, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 15 Ocak 2023).

⁹⁶ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1-2), 2007, s. 49; Koca/Üzülmez, s. 311.

taksirli bir suç oluşturuyorsa fail bundan dolayı cezasında kanunda öngörülen indirim yapılarak cezalandırılmaktadır⁹⁷.

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında; "... 'sınırın aşılması' bir hukuka uygunluk nedeni değil, 27. maddenin 1. fıkrasındaki durum itibarıyla kusurluluğu azaltan, 27. maddenin 2. fıkrasındaki durum itibarıyla da kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden birisi olduğundan, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, Yasanın 27/1. maddesine göre indirimli ceza veya Yasanın 27/2. maddesine göre 5271 sayılı CYY'nın 223/3-c bendi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir..." diyerek, m.27/1'deki düzenlemenin hukuki niteliğinin "kusurluluğu azaltan neden" olduğunu kabul ettiği görülmektedir⁹⁸. Kast ve taksiri birer kusur şekli olarak kabul eden klasik suç teorisinin etkisinin görüldüğü bu hukuki nitelendirmeye iştirak etmiyoruz. Zira, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere meşru savunmanın sınırında düşülen bu hata haline ilişkin hukuki değerlendirmeyi kusurluluk alanına geçmeden haksızlık alanında yapmak gerekmektedir.

3. Şartları

TCK'nın 27. maddesinin 1. fıkrasının inceleme konumuz kapsamında uygulama alanı bulabilmesi için ilk koşul meşru savunma halinin mevcut olması, ikinci koşul ise meşru savunmanın sınırının kast olmaksızın aşılmasıdır⁹⁹. Meşru savunmanın şartları daha önce açıklandığından, tekrara düşmemek için bu başlık altında aynı açıklamalara yer verilmemiştir. Meşru savunmanın şartları somut olayda mevcut olmadığı halde bu şartların gerçekleştiğini zannederek fiilini gerçekleştiren kişi hakkında, m. 27/1 hükmünün değil, şartları mevcutsa meşru savunmanın maddi şartlarında hata (TCK'nın m. 30/3) hükmünün uygulanması gerekecektir.

Devlete ait olan saldırıları önleme yetki ve görevinin sıkı şartlara bağlı olarak kişilere devri kapsamında haksız saldırıya muhatap olan kişi hukuk

⁹⁷ Koca/Üzülmez, Sınırın Aşılması, s. 50; Koca/Üzülmez, s. 311.

⁹⁸ YCGK, 5.10.2010, E. 2010/1-170, K. 2010/182, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 15.1.2023; aynı yönde Ali Emrah Bozbayındır, "Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", *Ceza Hukuku Dergisi*, 7(18), 2012, s. 120.

⁹⁹ "...5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 27. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabilmesi için; öncelikle ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden söz konusu olmalıdır. Failin, sınırları "kast olmaksızın" aşması da ikinci koşuldur..." (YCGK, 8.5.2012, E. 2011/1-436, K. 2012/190, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 15 Ocak 2023)

düzeninin verdiği izin çerçevesinde, yani saldırıyı bertaraf edecek ölçüde savunma hareketi yaptığı takdirde fiili hukuka uygun olacak, başlangıçta hukuki zeminde bulunmakta iken sınırı kasten aşan kişi ise işlediği kasıtlı suçtan cezalandırılacaktır. Bununla birlikte, saldırıyı defederken gerekli dikkat ve özeni göstermediği için savunmanın sınırını taksirle aşan kişinin fiili taksirli bir suça vücut veriyorsa bundan dolayı cezalandırılacaktır. Örneğin, kendisine karşı sopayla saldıran birini korkutup uzaklaştırmak için yere doğru ateş eden kişinin tabancasından seken bir merminin saldıranın ölümüne neden olması durumunda, savunmanın sınırının taksirle aşıldığını ve aşkın kısım taksirle öldürme suçunu oluşturduğundan failin bundan dolayı cezalandırılabileceğini söyleyebiliriz. Bununla birlikte, savunmanın sınırının taksirle aşılması durumunda örneğin saldıranın cep telefonu aldığı darbeden dolayı kullanılamaz duruma gelmesi halinde, kanunlarımızda taksirle mala zarar verme fiilini cezalandıran bir suç tipi bulunmadığından, aşkın kısımdan dolayı kişinin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte savunmanın sınırını aşan kişinin, sınırı aşmakta taksirinin dahi bulunmadığını söyleyebiliyorsak, bu durumda kişinin taksirli bir suçtan cezalandırılması yoluna gidilemeyeceğini de ilave etmek gerekir.

TCK m. 27/1'deki düzenlemeye göre, meşru savunmanın sınırının kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı ceza altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunacaktır. Madde gerekçesinde taksirli suçtan dolayı verilecek cezadan ne sebeple indirim yapılmasının düzenlendiği hususunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, maruz kaldığı haksız saldırıyı defederken savunmanın sınırını istemeden aşarak taksirli de olsa bir suç işleyen kişinin fiilinin haksızlık içeriğinin azlığı da göz önünde bulundurularak, böyle bir düzenlemenin yapıldığını değerlendirmekteyiz¹⁰⁰.

Yargıtay konu ile ilgili bir kararında¹⁰¹; "...Sanık A.A. ve maktulün olay gecesini alkollü sohbet ettikleri sırada sebebi belli olmayacak şekilde aralarında çıkan tartışma sırasında, maktulün tabancasını çekip sanığa ateş ederek sağ kol ve sol göğüs cilt altından yaraladığı, yaralanıp yere düşen sanığın da kendi üstündeki silahını çekip maktule doğru 6 el ateş ederek maktulü öldürmesiyle sonuçlanan olayda; sanığın kendine yönelik saldırıya

¹⁰⁰ Aynı yönde Aykut Ersan, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 70.

¹⁰¹ Y. 1. CD, 30.5.2007, E. 2006/5834. K. 2007/4280, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023.

karşı savunmada bulunurken daha az bir atışla yetinmesi yerine, çok sayıda ateş ederek savunma sınırını kastı olmaksızın aşması nedeniyle 5237 sayılı Yasanın 27/1, 22/3. maddesi delaletiyle 85. maddesinden mahkûmiyeti yerine, yazılı şekilde hüküm kurulması” nedeniyle ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur.

Yargıtay’ın bu kararında meşru savunmanın sınırının neden taksirle aşıldığının kabul edildiğine dair bir açıklık yoktur. Ancak, saldıranın doğru ateşli silahla yapılan atışların sayısı dikkate alındığında, somut olayda meşru savunmanın sınırının savunma lehine aşıldığı açıktır. Sınırın aşılmasının gerekli dikkat ve özen gösterilmeyerek yani taksirle aşılmasının mı, bilerek yani kasten aşılmasının mı söz konusu olduğu noktasında eldeki verilere göre olay anına gidilerek ex ante bir değerlendirme yapıldığında, failin fiilinin meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin sınırları içinde kaldığını zannetmesi ve böylelikle savunmanın sınırında düşülen bir hatanın olduğunu söylemenin mümkün olmadığını değerlendiriyoruz. Saldıranın silahından çıkan mermilerle sağ kol ve sol göğüs cilt altından yaralanan failin (veya failin durumundaki ortalama bir insanın) devam eden hayatına yönelik böyle bir saldırı karşısında mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaşla savunmanın sınırını kasten aştığının kabul edilmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Böyle bir kabulün sonucunda, kusurunun bulunmaması nedeniyle fail hakkında verilecek olan ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın, Yargıtay’ın failin taksirle öldürme suçundan cezalandırılması gerektiğine dair kabulüne nazaran failin lehine olduğu da açıktır.

C. Meşru Savunmada Sınırın Maruz Görülebilecek Heyecan, Korku veya Telaşla Aşılması

1. Genel Olarak

Meşru savunmada sınırın aşılması taksirin yanında heyecan, korku ya da telaşla olabilmektedir. TCK’nın 27. maddesinin 2. fıkrasında, 765 sayılı Kanun’dan farklı olarak açıkça düzenlenmiş, heyecan, korku veya telaş nedeniyle sınırın aşılması hukuka uygunluk nedenlerinden sadece meşru savunma yönünden ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Düzenleme, bu yönüyle Alman Ceza Kanunu’nun 33. maddesi ile benzerlik göstermektedir. Yine benzer şekilde kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret nedeni olarak kabul edilmiş olması Alman Ceza Kanunu’ndan

esinlendiği düşüncesini doğurmaktadır¹⁰².

5237 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet tasarısında maddenin 2. fıkrası tüm hukuka uygunluk nedenlerini kapsayacak şekilde düzenlenmişti¹⁰³. Ancak heyecan, korku ve telaşın sadece meşru savunma halinde söz konusu olabileceği düşüncesiyle fıkra metninin başına meşru savunmada ibaresi konulmuştur¹⁰⁴.

5237 sayılı Kanun’daki mevcut düzenlemeyi incelemeyi incelemeyi önce hukuki niteliğinin ortaya konulmasında fayda olduğu düşüncesindeyiz. Zira kurumun hukuki niteliği öğretideki tartışmalardan istifade ile olması gereken hukuk açısından uygulanmasının kapsamını ortaya koymak bakımından önem arz etmektedir.

2. Hukuki Niteliği

Meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku ya da telaşla aşılması, yukarıda belirttiğimiz üzere Alman Ceza Kanunu’ndan esinlenerek hazırlanmıştır. Alman Ceza Kanunu’nun 33. maddesindeki hüküm, aynı TCK’da olduğu gibi sadece meşru savunma bakımından sınırın aşılmasını (*Notwehrexess*) içermekte; sınırın şaşkınlık, korku ya da (dehşet) panik halinde aşılması durumunda cezasızlık öngörülmektedir. Düzenleme bu haliyle 1871 tarihli Alman Krallık Ceza Kanunu ile aynıdır. Bu itibarla Alman ceza hukukunda tarihsel bir kökeni olan bu düzenlemeye ilişkin Alman öğretisindeki görüşlere yer vermek gerekmektedir¹⁰⁵.

Alman öğretisinde ağırlıklı görüş düzenlemenin “*kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret nedeni*” olduğu yönündedir¹⁰⁶. Alman öğretisindeki

¹⁰² Aynı görüşte Bozbayındır, s. 114; H. Sefa Eryıldız, “Alman Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa Sınırlarının Aşılması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, *Ceza Hukuku Dergisi*, 11(31), 2016, s. 94; Benzer düzenlemelere İsviçre, Avusturya ve Hollanda Ceza Kanunlarında da yer verilmiştir (Fahri Gökçen Taner, “*Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(12), 2010, s. 239).

¹⁰³ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2 Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), S. 664, s. 39.bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>> Erişim Tarihi 26 Ocak 2023.

¹⁰⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 505.

¹⁰⁵ Alman Ceza Kanunu’nda 1969 yılında yapılan reformda düzenlemenin muhtevasında bir değişiklik yapılmamıştır (Bozbayındır, s. 116). Meşru savunma hakkının tarihsel gelişimi için bkz. Roxin/Greco, § 15, Rn. 4-6.

¹⁰⁶ Volker Erb/Jürgen Schäfer, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, 4. Auflage, Verlag, C.H. Beck, 2020, StGB § 33, Rn. 1; Lackner/Kühl, § 33, Rn. 1; Fischer, § 33, Rn. 3;

hâkim görüş çerçevesinde söz konusu düzenleme “*çifte kusur azalması (doppelte Schuldminderung)*” kavramıyla açıklanmaktadır¹⁰⁷.

Bu durumda bulunan kişiye yönelik haksız bir saldırı nedeniyle, fail bakımından meşru savunmanın koşulları bulunmaktadır. Haksız saldırıya uğrayan kişinin meşru savuma durumunda hareket etmesi, hareketinin haksızlığının içeriğini azaltmaktadır. Zira haksız fiil nedeniyle, kişinin ölçülü şekilde gerekli savunma hareketini yapmasına izin verilmektedir. Haksızlığın içeriğindeki bu azalma, aynı zamanda kusur isnadında buna karşılık gelen bir azalmaya neden olmaktadır¹⁰⁸.

Diğer taraftan, A1.CK’da m.33’te belirtilen etkiler (astenik heyecanlar), failin bireysel olarak normlara uygun davranma yeteneğini önemli ölçüde azaltan istisnai bir psikolojik durumu karakterize etmektedir. Astenik etki olarak nitelendirilen heyecan, korku ve dehşet (panik)¹⁰⁹, irade hakimiyetinin önemli ölçüde azalmasına neden olmaktadır¹¹⁰. Heyecan, korku ve dehşetin hakim olduğu ruhsal durum hukuka uygun bir irade oluşumuna engel olmakta, failin gerçekleştirilmesi gereken savunmanın ölçüsünün tam olarak tespitini zorlaştırmaktadır¹¹¹. Bu iki durum, failin cezai sorumluluğunu sınırlamakta¹¹², failin kusuru cezalandırma gerekliliğinin en alt sınırına dahi ulaşmamaktadır¹¹³.

Alman öğretisinde çifte kusur azalması görüşüne yönelik eleştirilere de rastlamaktayız. Meşru savunmada sınırı aşan failin kusuru azalmış olsa bile aslında kusurlu hareket etmektedir. Bu madde ile kusurluluğu ortadan kaldıran zaruret hali (m.35) kıyaslandığında; Kanun koyucu 35. maddedeki gibi ceza sorumluluğunu kaldıran bir düzenleme getirmek istememiştir. A1.CK.’nın 35.

Gropp § 33, Rn. 82; Hilgendorf/Valerius, s. 168; Heinrich, AT I, s. 382.

¹⁰⁷ Roxin/Greco, § 22, Rn. 71.

¹⁰⁸ Erb/Schäfer, § 33, Rn. 2.

¹⁰⁹ Alman Ceza Kanunu’ndaki (m.33) “*Schrecken*” kavramı Yenisey/Plagemann tarafından “*panik*” olarak tercüme edilmiştir. (Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, Beta Yayınevi, 2009, s. 24.) “*Schrecken*” kavramının doğru çevirisinin “*dehşet*” olduğunu düşündüğümüzden makalede bu kelimeyi kullanmayı tercih ettik.

¹¹⁰ Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn. 71.

¹¹¹ Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur*, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 392.

¹¹² Erb/Schäfer, § 33, Rn. 2.

¹¹³ Meraklı, *Kusur*, s. 392.

maddesinin başlığında “*kusurluluğu kaldıran zorunluluk (Entschuldigender Notstand)*” ibaresine açıkça yer verilmiş iken, 33. maddede “*ceza verilmez (wird...nicht bestraft)*” denilmiştir¹¹⁴. Burada meşru savunmada sınırı aşan failin cezalandırılmamasının nedeni ise “*cezanın özel ve genel önleme amacı kapsamında bir cezalandırmanın gerekli olmaması*” şeklinde ifade edilmektedir. Hukuka aykırı bir saldırıya maruz kalan fail, korku içinde (astenik etki ile) hareket etmektedir ve aslında sosyal bakımdan topluma entegre bir vatandaşdır. Bu nedenle cezanın özel önleme amacı kapsamında cezalandırmak da gerekli değildir¹¹⁵.

Diğer bir görüş ise karma görüş olarak nitelendirilebilir. Bu görüş, cezanın amacını ön plana çıkararak “*kusurun çifte azalması*” görüşünün tamamlayıcısı olarak nitelendirilir. Meşru savunma sınırlarını aşan fail, haksız bir saldırının kurbanı olduğu için hukuka aykırı bir eylemde bulunduğundan, sadece hukuki barışı çığnemiş olanlar için tehlikelidir ve muhtemelen 33. maddede belirtilen astenik etkiler, fail bakımından normun sınırının aşılma olasılığını artıran psikolojik bir eğilim oluşturmaktadır¹¹⁶. Bu görüş çerçevesinde; meşru savunmanın aşılması tek başına hukuki barışı tehlikeye sokmaz. Ayrıca bu durumda fail üzerinde özel bir önleyici etkiye ihtiyaç olmadığı gibi ne genel ne de özel önleyici bir bakış açısıyla ceza kovuşturmasına ihtiyaç duyulmaz. Bu düşünceler, “*kusurun çifte azalması*” modeliyle çelişmez, ancak onun anlamlı tamamlayıcısını temsil eder¹¹⁷.

Türk öğretisinde meşru savunma sınırının korku, heyecan ya da telaş nedeniyle aşılması “*kusurluluğu ortadan kaldıran neden*” olarak kabul edilmektedir¹¹⁸. Alman Ceza Kanunu’ndan farklı olarak TCK’da kişinin içine düştüğü heyecan, korku veya telaşın “*mazur görülebilecek nitelikte*” olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. “*Mazur görülebilir*” ifadesinin öğretilerde çifte fonksiyon icra ettiği kabul edilmektedir. Fonksiyonlardan birincisi; kurumun

¹¹⁴ Roxin/Greco, AT I § 22, Rn.68; Eryıldız, s. 95.

¹¹⁵ Roxin/Greco, AT I § 22, Rn.69.

¹¹⁶ Erb/Schäfer, § 33, Rn. 3.

¹¹⁷ Erb/Schäfer, § 33, Rn. 3; Eryıldız, s. 96.

¹¹⁸ Özgenç, s. 514-515; Koca/Üzülmez, s. 354; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 324; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 417; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 565; Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükmeler Şerhi*, 2. Baskı, Beta Yayınları, 2021, s. 627; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 506; Bozbayındır, s. 118. Aksi yönde görüş için bkz. Taner, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma*, s. 225, 240.

hukuki mahiyetinin kusurluluğu ortadan kaldıran hal olduğunu ortaya koyduğunun kabul edilmesidir¹¹⁹. “*Mazur görülebilir nitelikte*” ifadesine yüklenen ikinci fonksiyon ise; aşağıda ayrıntılı olarak tartışacağımız üzere; her türlü heyecan, korku ya da telaş değil, mazur görülebilecek nitelikte astenik etkinin gerekliliğine vurgu yapılmaktadır¹²⁰.

TCK’nın 27. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen kurumun hukuki niteliğine ilişkin diğer bir tespiti ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun hüküm başlıklı 223. maddesindeki düzenlemede görmekteyiz. Kanun’un ilgili maddesinin 3. bendinde kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gereken hallerden birini “*meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması*” teşkil etmektedir (m. 223/3-c). Dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da kurumun kusurluluğu ortadan kaldıran hal olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır¹²¹.

3. Objektif Şartlar

a. Sınırın ölçü bakımından aşılması

Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ya da telaşla aşılmasının mazeret sebebi teşkil edebilmesi için sınırın ölçü bakımından aşılması (*intensiver Notwehrexess*) gerekmektedir. Meşru savunmada sınırın zaman yönünden aşılması (*extensiver Notwehrexess*) durumunda ise ağırlıklı görüş hükmün (TCK m. 27/2; Al.CK m.33) uygulanmasının mümkün olmadığı yönündedir¹²².

Meşru savunmada sınırın aşılması, gerekli ve zorunlu olanın ötesinde savunma yapılması halinde “*ölçüde/oranda aşım*” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda mevcut bir haksız saldırı bulunduğu aslında meşru savunma koşulları oluşmuştur. Ancak, kişi gerekli olan ölçünün ötesinde orantısız savunma yapmaktadır. Bir başka deyişle kişinin somut olaydaki davranışı zorunluluk ölçütüne uymamaktadır¹²³. Kişinin olayı bir yumrukla savuşturması mümkün iken ateş edip öldürmesi örneğinde olduğu gibi birden fazla araçtan en tehlikeli olanına başvurulması ya da aracın gereken yoğunluğun ötesinde

¹¹⁹ Bozbayındır, s. 128.

¹²⁰ Aynı yönde Bozbayındır, s. 128.

¹²¹ Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 628.

¹²² Heinrich, AT I, s. 381; Gropp, § 33, Rn. 83.

¹²³ Heinrich, AT I, s. 381-382; Öztürk/Erdem, s. 324-325.

kullanılması halinde ölçüde aşım söz konusudur¹²⁴.

Meşru savunma sınırının zaman bakımından aşılması halindeki uygulama ise öğretide tartışmalıdır¹²⁵. Alman öğretisinde zaman bakımından aşmanın 33. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin üçlü bir ayrıma yer verildiğini görmekteyiz.

Alman öğretisinde ağırlıklı görüş olan “*kısıtlayıcı teori (Restriktive Theorie)*”, maddenin uygulanabilmesi için sınır aşımına ilişkin fiilin işlendiği sırada meşru savunma koşullarının mevcut olması gerektiğini savunmaktadır¹²⁶. Alman Krallık Mahkemesi ile Federal Yüksek Mahkemeleri de meşru savunma yoksa, meşru savunmada sınırın aşılmasının kavramsal olarak söz konusu olamayacağı düşüncesindedir¹²⁷. Zaman bakımından sınır aşımında, meşru savunma için gerekli olan haksız saldırı bulunmamaktadır. Bu nedenle 33. madde değil, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

Kişinin meşru savunma koşulları bulunmadığı halde tasavvur hatası nedeniyle kendisine ya da üçüncü bir kişiye yönelik haksız saldırı olduğu düşüncesiyle gerçekleştirdiği fiilden, hatası kaçınılmaz ise sorumlu olmayacaktır. Kişinin kaçınılmaz hatası kastını ortadan kaldırdığından, koşulları mevcut ise m. TCK m.30/1 kapsamında taksirli sorumluluğu söz konusu olacaktır¹²⁸. Ancak kişinin hatası tasavvurda olmayıp, haksız saldırının sona erdiğini bildiği halde hareketinin meşru savunma kapsamında olduğu düşüncesinde ise izin hatası (*Erlaubnisirrtum*) söz konusudur. Bu durumda hatasının kaçınılmaz olması halinde kusurluluğu ortadan kalkacak, Al.CK’nın

¹²⁴ Öztürk/Erdem, s. 325; Koca/Üzülmez, s. 354.

¹²⁵ Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.85.

¹²⁶ Heinrich, AT I, s. 384; Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.85-86.

¹²⁷ RGSt 62, 77; BGH NSTZ 2002, 141 (Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.86’den naklen).

¹²⁸ Koca/Üzülmez, s. 357; Öztürk/Erdem, s. 325; Akbulut, s. 568. Alman Ceza Kanununda TCK’dan farklı olarak bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman öğretisindeki ağırlıklı olan görüşe göre sınırlı kusur teorisi kapsamında hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata, maddi unsurlarda hata ile aynı hukuk sonucu doğurur ve Alman Ceza Kanunu’nun 16 I. hükmü kıyasen uygulanır (Peter Höflich/Frank Weller, *Strafrecht-Schnell Erfasst*, 2. Auflage Springer Verlag, 2005, s. 97; Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Springer Verlag, 2009, s.293; Gropp, s.482; Michael Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1. Auflage, Springer Verlag, 1997, s. 327; Lackner/Kühl, StGB § 17, Rn.10; Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.86). Bu konuda katı ve sınırlı kusur teorisi çerçevesinde ayrıntılı tartışmalar için bkz. Ali Tanju Sarıgül, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata”, *Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(3), 2020, s. 342 vd.

17. maddesinin uygulanması söz konusu olacaktır¹²⁹.

Alman öğretisindeki “*yaygınlaştırıcı teori (extensive Theorie)*” ise; meşru savunmada sınırın hem ölçü hem de zaman bakımından aşılması hallerinin 33. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Azınlık görüşü olarak kabul edilen bu teoriye göre sınırın ölçü ya da zaman bakımından aşılmasında bir farklılık bulunmamaktadır¹³⁰. Maddenin uygulanmasına ilişkin tek ölçüt, “*filin meşru savunma hakkının kullanılması ile bağlantılı işlenip işlenmediğidir*”¹³¹. Bu görüş ceza sorumluluğunun sınırlarını tartışmalı bir şekilde daraltmaktadır.

Üçüncü ve bir diğer görüş ise meşru savunmada sınırın zaman bakımından aşılmasının haksız saldırıdan önce (*der vorzeitige extensive Notwehr*) ya da sonra (*der nachzeitige extensive Notwehr*) olmasına göre ayırım gözetmektedir. Bu görüşe göre, haksız saldırının henüz başlamadığı bir durum ile haksız saldırının sınırının zaman bakımından aşılması arasında fark olduğu gözetilmelidir. Meşru savunmada sınırın aşılması halî, savunma davranışının hemen arkasından gelmiş ise, sınırın ölçü bakımından aşılmasına benzeyen bir psikolojik durum söz konusudur. Ancak Kanunda böyle bir ayırma yer verilmemiş olması karşısında bu görüş eleştiriye açıktır. Burada mağdurun içinde bulunduğu psikolojik zorlanma halinin dikkate alınması durumunda kanunun lafzıyla da çelişmeyeceği ifade edilmektedir¹³². Gerçekten haksız saldırı ile gerçekleştirilen farazi (mefruz) savunma arasında doğrudan ve zamansal bir bağ mevcut ise, bu durum sınırın sonradan aşılması olarak değerlendirilemeyecektir¹³³.

Türk öğretisine bakıldığında; meşru savunmanın zaman bakımından aşılmasında genel itibariyle kısıtlayıcı teorinin kabul gördüğünü söyleyebiliriz¹³⁴. TCK’da meşru savunma tanımlanırken “*gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı*” olması koşuluna atf yapılmaktadır. Bu düzenleme dolayısıyla sadece mevcut bir saldırı

¹²⁹ İzin hatasının, Alman öğretisinde ağırlıklı görüşe göre Alman Ceza Kanunu’nun 17. maddesi kapsamında yasak hatası olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir (Höflich/Weller, s.97; Sarigül, s. 334; Bozbayındır, s. 125).

¹³⁰ Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.88.

¹³¹ Heinrich, AT I, s. 384-385.

¹³² Heinrich, AT I, s. 386.

¹³³ Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.90; Eryıldız, s. 10-108.

¹³⁴ Koca/Üzülmez, s. 356; Öztürk/Erdem, s. 325; Akbulut, s. 568; Bozbayındır, s. 125.

halinde değil, aynı zamanda gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak bir saldırı halinde de meşru savunmada sınırın aşılması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle “*gerçekleşmesi muhakkak*” ve “*tekrarı muhakkak*” kavramlarının yorumlanması, 27/2. maddenin uygulanmasının sınırlarını belirlemek bakımından önem arz etmektedir. Zira bu iki durumda meşru savunmada sınırın zaman bakımından aşılması söz konusu olmayıp, 27/2. maddenin uygulanması gerekmektedir. Saldırının mevcut (güncel) olma koşulunun geniş yorumlanması nedeniyle saldırı tehlikesi tamamen ortadan kalkıncaya kadar, saldırının mevcut olduğunu kabul etmek gerekir¹³⁵. Saldırı sona ermesine rağmen silahlı ile ateş etmeye devam eden kişi meşru savunmadan ya da sınırın aşılmasından değil, haksız tahrikten faydalanabilir¹³⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun konuya ilişkin 2013 tarihli bir kararı incelendiğinde; meydana gelen olayda, sanığın hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı aşmış olmadığı belirlenebilmesi için öncelikle meşru savunma şartlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerekliliğine işaret edildiği anlaşılmaktadır¹³⁷.

Söz konusu Kararda; meşru savunmada orantılılık ilkesinin ihlal edilmesi nedeniyle meşru savunmanın gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceği, TCK’nın 27. maddesinde düzenlenen “*sınırın aşılması*”nın söz konusu olup

¹³⁵ Apaydın, s. 264. Nitekim Yargıtay kararlarında da saldırının tekrarın muhakkak olup olmadığı somut olay çerçevesinde eylemin öncesi ve saldırının tekrar gerçekleşeceğine dair failin kanaati dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmekte, mutlaka mevcut bir saldırının olması aranmamaktadır.

Yargıtay’ın konuya ilişkin bir kararının ilgili bölümü şu şekildedir: “...*maktulün, her zaman yaptığı gibi, gece tekrar taciz ve tecavüz için gelebileceği ve ertesi gün annesini ve kız kardeşini evden uzaklaştırdıktan sonra kendisine silah tehdidi ile tecavüz edeceği endişesiyle korkuya kapılan sanığın, maktule ait silah yerinden alıp yastığının altına koyduğu, sabah saat 07.30 sıralarında annesinin mutfakta olması nedeni ile babasının yalnız olarak uyumakta olduğu odaya girip, çaresizlikten kaynaklanan korku ve panikle ona ikisi enseye ve bir adedi sırt bölgesine olmak üzere 3 el ateş etmek suretiyle öldürdüğü olayda; açıklanan olaylar zinciri içinde uzuna yönelik ısrarlı saldırılardan maktulün vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak, meşru savunma koşulları içinde, ancak mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile sınırı aşarak maktulü öldüren sanık hakkında TCK’nın 27/2 ve CMK’nın 223/2-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine delillerin takdirinde yanılıya düşülerek TCK’nın 82/1-d, 29, 62 maddeleri ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş,...*” (Y.1. CD, 13.7.2011, E. 2011/1267, K. 2011/4491, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023).

¹³⁶ Meraklı, *Kusur*, s. 398-399.

¹³⁷ YCGK, 28.5.2013, E. 2012/1-1286, K. 2013/264, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023.

olamayacağı değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Somut olayda; sanığın, mağdurun göğüs bölgesine doğru çakı bıçağını rastgele salladığı ve sınırın kastla aşıldığı sabit görülmüş, bu nedenle 27. maddenin 1. fıkrasının olayda uygulanma şartlarının bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Yüksek Mahkeme tarafından müteakiben TCK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelen nedenlerle sınırın aşılması hükmünün somut olayda uygulanmasının söz konusu olup olmayacağı tartışılmıştır. Sanığın, aralarında geçmişe dayalı husumet bulunan mağdura saldırarak yere yatırması, vurmaya ve boğazını sıkıya başlaması, ayrıca mağdurun kardeşi Burak'ın da ayaklarından tutması nedeniyle tüm çabalarına rağmen mağdurun sanığın elinden kurtulamadığı göz önüne alındığında, meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile aşıldığı kabul edilmiştir. Sanığın, maruz kaldığı saldırının etkisiyle içine düştüğü psikolojik hal nedeniyle heyecanlanması, paniğe kapılması ve hatta korkması, bunun sonucunda da meşru savunma sınırını aşması hayatın olağan akışında beklenebilecek bir durum olup, somut olayda TCK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma şartları gerçekleştiğine karar verilmiştir.

Bu kararda dikkati çeken husus, öncelikle meşru savunma koşullarının bulunup bulunmadığının incelenmesi nedeniyle zaman bakımından mevcut bir haksız saldırının varlığının gerekli görülmesidir. Haksız saldırının ve meşru savunma koşullarının varlığı tespit edildikten sonra 2. aşamada savunma ile haksız saldırı arasında orantılılık ilkesinin ihlal edildiği tespit edilmiştir. 3. aşamada ise sınırın heyecan, korku ya da telaş ile aşılarak aşılmadığına ilişkin bir sonuca varıldığını görmekteyiz. Kararda ayrıca 27. maddenin 1. fıkrası ile 2. fıkrası arasında hangi hükmün uygulanması gerektiğine ilişkin değerlendirme yapılırken; sınırın kastla mı, yoksa heyecan, korku ya da telaş ile mi aşıldığı konusu açıklığa kavuşturulmuştur. Somut olayda sınırın kasten, ancak heyecan, korku ya da telaş ile aşıldığı kanaatine varılarak 27. maddenin 2. fıkrasının uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Kararda hükmün (m. 27/2) uygulanması için haksız saldırının ve meşru savunma koşullarının varlığının zorunlu görüldüğüne işaret edilmek suretiyle zaman bakımından sınır aşımının hükmün dışında tutulduğunu söyleyebiliriz. Bu itibarla kararın kısıtlayıcı teorisinin bir örneği olduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

b. Mefruz meşru savunmada sınırın aşılması

Somut olayda haksız bir saldırı olmadığı halde fail tarafından haksız bir saldırının bulunduğu düşüncesiyle savunma hareketi gerçekleştirilmesi halinde

ise mefruz (*varsayımsal; der Putativ Notwehr*) meşru savunmada sınırın aşılması söz konusudur¹³⁸. Mefruz meşru savunmada fail aslında ortada haksız bir saldırı olmamasına rağmen tasavvurda hataya düşerek savunmada bulunmaktadır.

Alman öğretisindeki ağırlıklı görüş ve uygulama; bu durumda meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin kuralın uygulanmayacağı şeklindedir¹³⁹. Burada sınırın zaman bakımından aşılmasından farklı bir durum söz konusudur¹⁴⁰. Haksız saldırı başlamadan ya da sona erdikten sonra değil, hiçbir şekilde ortada haksız bir saldırı yok iken savunma niteliğinde hareket gerçekleştirilmektedir. Zaman bakımından sınır aşımında olduğu gibi başlamayan ya da biten haksız saldırı ile doğrudan bir bağ söz konusu değildir¹⁴¹.

Mefruz meşru savunmada sınır aşımında, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata yapılmıştır. Bu nedenle hata hükümlerinin uygulanması gerekir¹⁴². Aksi bir uygulama, bir başka deyişle meşru savunmada sınır aşımına ilişkin hükmün uygulanması halinde failin taksirli sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, meşru savunmanın koşullarında hataya düşen kişiye göre daha failin lehine bir durum yaratılmış olacaktır¹⁴³.

Ancak Alman öğretisinde 33. maddenin (TCK m.27/2) kıyasen

¹³⁸ Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.94; Heinrich, AT I, s. 389-390; Hilgendorf/Valerius, s. 169-170; Koca/Üzülmez, s. 356-357; Bozbayındır, s. 125.

¹³⁹ Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.94; Hilgendorf/Valerius, s. 170.

¹⁴⁰ Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.94.

¹⁴¹ Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.94.

¹⁴² "...Yıllardır ve özellikle bu dönemde yaygın terör olaylarının yaşandığı Güneydoğu Anadolu Bölgesinde bulunan ... İli ... ilçesinde gerçekleşen yargılama konusu olayda sanıkların önceden aldıkları istihbari bilgiler doğrultusunda kendilerine ve polis memuru arkadaşlarına yönelik bombalı araçla yapılacak saldırının ortaya çıkaracağı sonuçların ağırlığı, uyarılara karşın katılanların Emniyet binasına doğru iki araçla gelmeleri ile bölgenin özellikleri bir bütün olarak göz önüne alındığında; sanıkların bölgede yaşadıkları, tanık oldukları, çatışmalarda ve bombalı eylemlerde arkadaşlarını kaybettikleri, yaşanan olayların etkisiyle kendilerine yönelen saldırıları def etme amacıyla *meşru savunma koşullarının oluştuğuna ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşülerek işledikleri anlaşılmalı, sanıkların eylemleri hakkında TCK'nin 30/3 maddesi delaletiyle TCK'nin 25/1 maddesi uyarınca meşru savunma nedeniyle beraatlerine karar verilmesi gerekirken, yanlışlıkla yazılı şekilde TCK'nin 27/2 maddesi delaletiyle meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeni ile ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...*" (Y.1.CD, 14.6.2021, E. 2020/1203, K. 2021/10506, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.1.2023)

¹⁴³ Heinrich, AT I, s. 390.

uygulanabilirliği tartışılmaktadır¹⁴⁴. *Frister*, 33. maddenin uygulanabilmesi için meşru savunmada halinin objektif olarak varlığını değil, fail tarafından tasavvur edilmesini gerektirdiği görüşündedir. Yazara göre, fail heyecan, korku ya da dehşet etkisiyle meşru savunmanın araçlarında olabileceği gibi varlığında da kaçınılmaz bir hataya düşebilir¹⁴⁵. Bu görüş çerçevesinde; failin hatası kaçınılmaz ise ceza sorumluluğu söz konusu olacak, ancak aksi durumda, yani hatası kaçınılmaz ise, bir başka deyişle hatasının taksire dahi dayanmadığı hallerde 33. maddenin uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁴⁶. Burada 33. maddenin değil, hata hükümlerinin tartışılması gerektiğini düşündüğümüzden Alman öğretisindeki bu azınlık görüşüne katılmıyoruz¹⁴⁷.

4. Sübjektif Şartlar

a. Meşru savunmada sınırın “heyecan, korku veya telaş nedeniyle” aşılması

Meşru savunmada sınırın aşılması hükmünün uygulanabilmesi için sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ya da telaş nedeniyle aşılması gerekmektedir¹⁴⁸. Failin astenik heyecanlar (*astenische Affekte*) olarak nitelendirilen ve kişiyi zayıf düşüren, sağlıklı düşünmesini zorlaştıran heyecan, korku ya da telaş nedeniyle sınırı aşması gerekir. Nefret, öfke, kızgınlık, öç alma hırsı ve hiddet ise stenik heyecanlar (*stenische Affekte*) olarak kabul edilmektedir¹⁴⁹. Stenik heyecanlar, astenik heyecanların aksine kişiyi güçlü kılar¹⁵⁰. Hükmün uygulanabilmesi için, failin meşru savunmanın sınırını

¹⁴⁴ Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.96; Heinrich, AT I, s. 389; Hilgendorf/Valerius, s. 170; Koca/Üzülmez, s. 357.

¹⁴⁵ Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, C.H.Beck, 2020 § 16, Rn.43.

¹⁴⁶ Frister § 16, Rn.43; Eryıldız, s. 119.

¹⁴⁷ *Roxin/Greco* de sorunun hata hükümleri çerçevesinde tartışılması gerektiği düşüncesindedir (Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.96).

¹⁴⁸ Alman Ceza Kanunu'nun aynı mahiyette düzenlemeyi içeren 33. maddesinde şaşkınlık (*Verwirrung*), korku (*Furcht*) ve dehşet (*Schrecken*) kavramlarına yer verilmiştir. Heyecan ve telaş kavramları, şaşkınlık ve dehşet kavramları ile birebir aynı anlama gelmemekle birlikte; bu farklılığın normun yorumunda bir değişikliğe neden olmayacağı düşüncesindeyiz. Aynı yönde Serkan Meraklı, “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(12), 2010, s. 293.

¹⁴⁹ Heinrich, AT I, s. 386; Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.75, 76; Öztürk/Erdem, s. 325; Bozbayındır, s. 126.

¹⁵⁰ Bozbayındır, s. 126. Adalet psikolojisi bakımından stenik ve astenik heyecanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Erem, “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(4), 1945, s. 50-79.

astenik heyecanlar nedeniyle aşması gerekmektedir. Meşru savunmanın sınırı hiddet veya elem nedeniyle aşıldıysa, bu durumda 27. maddenin 2. fıkrası değil, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir¹⁵¹.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2010 tarihli Kararı'nda da bu yönde karar vermiştir. Bu Karar'da vurgulandığı üzere; failin niyeti, fiilin icra tarzına ve ruh haline göre ciddi bir saldırının def'inden ziyade, kin duygusunu tatmine yönelik ise “yasal savunmanın” sınırlarını aşma değil, ancak haksız tahrik söz konusu olabilecektir¹⁵².

Bu itibarla astenik heyecanların stenik heyecanlardan ayrı tutulması gerekli olmakla birlikte; astenik ve stenik heyecanların bir arada bulunması söz konusu olabilmektedir. Hatta stenik bir heyecan ferdi reaksiyon enerjisinin tükenmesi ya da yeni sebeplerin eklenmesi ile astenik bir heyecana da dönüşebilir. Ya da bunun tam tersi olacak şekilde içsel ya da dışarıdan etkileyen ani sebepler dolayısıyla astenik heyecanın stenik heyecana dönüşmesi de ihtimal dahilindedir¹⁵³.

Astenik ve stenik heyecanların bir arada bulunması halinde ALCK'nın 33. maddesinin uygulanabileceği Alman öğretisinde ağırlık görüşü olarak kabul edilmektedir¹⁵⁴. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de telaş, korku veya dehşetin diğer etkenlerin karşısında tamamen geri planda ve önemsiz olduğu

¹⁵¹ Mahmutoglu/Karadeniz, s. 637; Akbulut, s. 569.

¹⁵² “...Bu durumda; kişinin, maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü korku, telaş ve şaşkınlık dolayısıyla davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması söz konusu olacağından, yasal savunmada sınırın aşılmasından dolayı kusurlu sayılmayacağı kabul edilir. Dolayısıyla burada belirleyici olan, maruz kalınan saldırının kişiyi içine düşürdüğü psikolojik durumdur. Zira, kişi sırf maruz kaldığı saldırının tesiriyle, “heyecan, korku ve paniğe” kapılarak yasal savunmanın sınırlarını aştığında bu maddeden yararlanabilecek, **buna karşılık; sırf saldırının etkisiyle değil de, (velev ki saldırıdan kaynaklanmış olsa dahi) öfke ve gazap gibi nedenlerle sınırı aştığında ise aynı korumadan faydalanamayacaktır.** Başka bir deyişle, sınırın aşılması konusunda failin o anda içinde bulunduğu ruh hali göz önünde tutulacaktır. **Yani, failin niyeti, fiilin icra tarzına ve ruh haline göre ciddi bir saldırının def'inden ziyade, kin duygusunu tatmine yönelik ise “yasal savunmanın” sınırlarını aşma değil, ancak haksız tahrik söz konusu olabilecektir....Bu şekilde gerçekleşen olayda üzüntü ve kızgınlığın etkili olduğu, dolayısıyla, ağır düzeydeki haksız tahrik altında işlenmiş kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarından bahsedilebilirse de, mazur görülebilecek bir korku, panik ya da heyecanın tesirinden söz edilemeyeceğinden, 5237 sayılı TCY'nın 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma koşullarının oluştuğu söylenemez...**” (YCGK, 5.10.2010, E. 2010/1-170, K. 2010/182; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 10 Ocak 2023).

¹⁵³ Erem, Adalet Psikolojisi, s. 56-57.

¹⁵⁴ Heinrich, AT I, s. 386-387; Eryıldız, s. 114.

durumlar haricinde; 33. maddenin uygulanabileceği düşüncesindedir¹⁵⁵. Zira fail öfke, hiddet ve kızgınlık ile hareket etmesi halinde de az da olsa şaşkınlık ve korku eşlik edebilmektedir¹⁵⁶. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin astenik heyecanların ağırlıklı olması koşulundan vazgeçip, astenik ve stenik heyecanların en azından birlikte olmasını yeterli gören kararları da bulunmaktadır¹⁵⁷. Bu nedenle öğretilerde; Yüksek Mahkeme Kararlarında bu konunun yeterli açıklıkta ortaya konulmadığı şeklinde bir görüşe de rastlamaktayız¹⁵⁸.

Sadece stenik heyecanların etkisi ile meşru savunmanın sınırı aşılmış ise 33. maddenin uygulanmayacağı konusunda ise öğretilerde bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁵⁹.

b. Heyecan, korku veya telaşın “mazur görülebilecek nitelikte” olması

Meşru savunmada sınırın mazur görülebilir nitelikte heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması gerekmektedir. Yukarıda da değindiğimiz üzere; TCK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasında geçen “mazur görülebilir nitelikte” ifadesine yüklenen fonksiyonların birini de; her türlü heyecan, korku ya da telaş değil, mazur görülebilecek nitelikte astenik etkinin gerekliliğine vurgu yapılması oluşturmaktadır¹⁶⁰.

Failin işlemiş olduğu fiilden dolayı kınanabilirliğini kaldırarak düzeydeki haller mazur görülebilecektir. Bu mazur görülebilirlik, kişinin içinde bulunduğu anılan psikolojik etkenlerin, davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli ölçüde etkileyerek meşru savunmada sınırın aşılması halinde söz konusu olmaktadır¹⁶¹. Heyecan, korku ya da telaşın mazur görülebilecek nitelikte olup olmadığı somut olaya göre hâkim tarafından tayin edilecektir¹⁶².

Ancak öğretilerde aksi yönde görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler çerçevesinde; “mazur görülebilecek nitelikte” ibaresinin sadece açıklayıcı

mahiyette olduğu, kişinin maruz kaldığı saldırı neticesinde içine düştüğü heyecan, korku ya da telaşın her zaman mazur görüleceği fikrine yer verildiğini görmekteyiz¹⁶³. Bu görüşlere göre, her ne kadar Kanunda açıkça irade yeteneğinin önemli ölçüde azalması ya da ortadan kalkmasından bahsedilmemiş ise de; haksız saldırıya maruz kalan ve heyecan, korku ya da telaş ile meşru savunma sınırını aşan kişi davranışlarını yönlendirme yeteneği ortadan kalktığı için kusurlu kabul edilemez¹⁶⁴. Kanun koyucu, heyecan, korku ya da telaş ile meşru savunmanın sınırı aşılmış ise, bunun irade yeteneğini etkilediğini ve mazur görüleceğini kabul etmiştir¹⁶⁵. Bu nedenle heyecan, korku ya da telaşın derecesini araştırmaya gerek bulunmamaktadır¹⁶⁶. Heyecan, korku ya da telaş, kişi açısından somut olayda bir mazeret sebebi teşkil etmektedir¹⁶⁷.

Meşru savunmanın doğası gereği her somut olayda kişide bir ölçüde korku, heyecan ya da telaş olması mümkündür. Ancak meşru savunmada sınırın aşılmasının ceza sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için kişinin olaydaki algılama yeteneğini önemli ölçüde azaltmış olması gerekir¹⁶⁸. Failin saldırıyı doğru biçimde algılama yeteneğinin tamamen ortadan kalkmış olması zorunlu olmayıp, önemli ölçüde azalmış olması yeterlidir¹⁶⁹. Bu seviyeye ulaşmayan astenik heyecanlar kanaatimizce ancak cezanın tayininde dikkate alınabilir¹⁷⁰.

c. Meşru savunma sınırının bilinçli veya bilinçsiz olarak aşılması

Meşru savunma koşulları içinde bulunan kişi meşru savunma sınırını heyecan, korku ya da telaşın tesiriyle bilinçsiz bir şekilde aşmış olabileceği gibi bilinçli bir şekilde de aşmış olabilir. Aslında çok hızlı bir reaksiyon gerektiren bir durumda kişinin algılama yeteneği dikkate alındığında sınırın aşılmasında kast (*Vorsatz*) ya da taksirin (*Fahrlässigkeit*) bulunduğu açık bir şekilde tespiti çok zordur¹⁷¹. Dolayısıyla konu sadece teorik değil, pratik

¹⁶³ Özgenç, s. 514-515; Akbulut, s. 571; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 636.

¹⁶⁴ Özgenç, s. 515.

¹⁶⁵ Akbulut, s. 571.

¹⁶⁶ Akbulut, s. 571.

¹⁶⁷ Heinrich, AT I, s. 382; Özgenç, s. 515; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 628.

¹⁶⁸ Fischer § 33, Rn.3; Lackner/Kühl § 33, Rn.3; aynı yönde Meraklı, *Kusur*, s. 393; Meraklı, *Mazeret Sebepleri*, s. 293-294.

¹⁶⁹ Fischer § 33, Rn.3; Öztürk/Erdem, s. 326.

¹⁷⁰ Fischer § 33, Rn.3.

¹⁷¹ Roxin/Greco, AT I, § 22; Rn.82.

¹⁵⁵ BGH 3, 194, 198; BGH StV 1989, 477 (Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn.80); Eryıldız, s. 114.

¹⁵⁶ Roxin/Greco, AT I, § 22; Rn.80.

¹⁵⁷ BGH StV 199, 145; BGH StV 199, 148 (Roxin/Greco, AT I, § 22; Rn.81'den naklen); Lackner/Kühl § 34, Rn.3.

¹⁵⁸ Roxin/Greco, AT I, § 22, Rn. 81.

¹⁵⁹ Hilgendorf/Valerius, s. 168; Eryıldız, s. 102.

¹⁶⁰ Aynı yönde Bozbayındır, s. 128.

¹⁶¹ Mahmutoglu/Karadeniz, s. 635.

¹⁶² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 418.

bakımdan da uygulamada sorun doğuracak niteliktedir.

Alman öğretisinde ağırlıklı görüş ve uygulamaya göre; sınırın bilinçli aşılmış olması halinde de 33. madde uygulanmalıdır¹⁷². Somut olayda failin savunma amacı ile hareket ettiği ve meşru savunmada sınırın astenik heyecanın etkisi ile aşıldığı sabit ise; ek bir manevi unsur aranması yoluna gidilmemesi gerekir¹⁷³. Ancak kişi meşru savunmada sınırı soğukkanlı bir şekilde aşmış ise; bu takdirde astenik heyecanların yokluğu söz konusudur ve 33. maddenin uygulanması söz konusu olmayacaktır¹⁷⁴.

Diğer taraftan şaşkınlık, korku ya da dehşet etkisiyle meşru savunmada sınırın kasıtlı bir şekilde aşılması mümkün görülmemektedir. Zira korku ve panik içinde olan fail hakimiyetini kaybettiğinden aşırı tepki göstermesi her zaman ihtimal dahilindedir. Bu sınır aşımın gereksiz bir sertlik (güç kullanımı) olduğu gerekçesiyle cezalandırılması mümkün değildir. Zira sınırın bilinçli aşılmasının 33. madde kapsamında olmasının Kanun koyucu tarafından arzu edildiği Alman Federal Mahkemesi Kararında da vurgulanmıştır¹⁷⁵.

Türk öğretisinde de meşru savunmada sınırın aşılmasının bilinçsiz aşılması ile sınırlı tutulamayacağı ifade edilmektedir¹⁷⁶. Burada sorun haksızlık ile değil, kusurluluk ile ilgilidir ve sınırın kast ya da taksirle aşılmasına bakılmaması gerekir¹⁷⁷. Kanun koyucu bu konuda bir belirleme yapmamıştır¹⁷⁸. Burada önemli olan sınırın kast ya da taksirle aşılması değil, meşru savunmada sınırın aşılmasına yol açan hareketin heyecan, korku ya da telaştan ileri gelmesi gerektiğidir. Bir başka deyişle failin duyduğu heyecan, korku ya da telaş ile hareketinin arasında iç bağlantı bulunması gerekmektedir¹⁷⁹.

Diğer taraftan Alman öğretisindeki görüşe paralel olarak; olası kast-bilinçli taksir arasında bir sınır çizmek mümkün olmadığından bu konunun

¹⁷² Roxin/Greco, AT I, § 22; Rn.82; Heinrich, AT I, s. 387-388.

¹⁷³ Heinrich, AT I, s. 387-388.

¹⁷⁴ Roxin/Greco, AT I, § 22; Rn.82.

¹⁷⁵ BGH NSStZ 1995, 76 (Roxin, AT I, § 22; Rn.83'den naklen)

¹⁷⁶ Öztürk/Erdem, s.326; Akbulut, s.570; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 639-642.

¹⁷⁷ Akbulut, s. 570.

¹⁷⁸ Akbulut, s. 570; Alman Ceza Kanunu bakımından aynı mahiyette değerlendirme için bkz. Roxin/Greco, AT I, § 22; Rn.82.

¹⁷⁹ Roxin/Greco, AT I, § 22; Rn.77; Meraklı, Mazeret Sebepleri, s. 293.

pratik bakımdan da tespiti pek mümkün görülmemektedir¹⁸⁰.

Tartışmalı konulardan bir diğerini ise; haksız saldırıyı provoke eden kişinin meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin hükümden istifade edip edemeyeceği oluşturmaktadır.

Meşru savunma halinde kişinin kusurlu hareketi ile saldırıyı tahrik etmiş olması 27. maddenin 2. fıkrasının uygulanmasına engel değildir. Zira zorunluluk halinden farklı olarak kişinin kendi kusurlu hareketi ile saldırıya sebep olma durumunda o kişi bakımından mazeret sebebi oluşturmayacağına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır¹⁸¹. Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ya da telaş ile aşılması koşulunun gerçekleşmesinin gerektiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁸².

Haksız saldırının fail tarafından provoke edilmesi haline ilişkin olarak ise farklı değerlendirmeler söz konusudur. “*Provokatif meşru savunma*” olarak nitelendirilen bu durumda provoke eden kişi belli bir amaç için hareketi başlatmakta, meşru savunma örtüsü altında cezadan kurtulmayı amaçlamaktadır¹⁸³. Bu durum haksız saldırıyı yapacak failin, ağır bir şekilde kınanan öncül hareketle (*durch grob missbilligenswerten Vorverhalten*) provoke edilmesi olarak nitelendirilmektedir¹⁸⁴. Maksatlı provokasyonun (*amaççı tahrik; Absichtsprovokation*)¹⁸⁵ söz konusu olduğu bu durumda meşru savunma hakkının kötüye kullanılması söz konusudur ve kendisini savunmak bakımından haksız bir saldırının mağduru olan kişiye göre daha az korunmaya müstahaktır¹⁸⁶.

Alman Federal Mahkemesinin yakın tarihli bazı kararlarında meşru savunma koşulları bulunmasına karşın, failin meşru savunma durumunun ortaya çıkmasını provoke ettiği hallerde meşru savunmada sınırın aşılması

¹⁸⁰ Öztürk/Erdem, s.326.

¹⁸¹ Eryıldız, s. 101.

¹⁸² Akbulut, s. 569.

¹⁸³ Önder, *Genel Hükümler*, II, s. 218; Apaydın, s. 65. Benzer tanım için bkz. Heinrich, AT I, s. 244-245.

¹⁸⁴ Adolf Schönke/ Horst Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30. Auflage, C.H.Beck, 2019, § 33; Rn.9; Fischer §33, Rn. 6; Kühl § 33, Rn. 4.

¹⁸⁵ Önder; bu durumu amaççı tahrik olarak nitelendirmektedir (Önder, *Genel Hükümler*, II, s. 218).

¹⁸⁶ Heinrich, AT I, s. 244-246.

mazeret nedeninin bulunduğunu kabul etmemiştir¹⁸⁷.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin "*Dresdner Rotlicht*" isimli Kararına konu olayda¹⁸⁸; sahibi bulunduğu genelev işletmesine aşırı sağcı bir grup genç tarafından saldırıda bulunulacağını öğrenen fail polise erişme imkânı varken, aramayı kolluğu olayda kasıtlı olarak devre dışı bırakmıştır. Fail saldırıyı kendi yöntemleri ile halletmek suretiyle hasımları nezdinde avantajlı duruma geçmek istemektedir ve bu maksatla hasımları ile arasındaki fiili çatışmayı planlı bir biçimde meydana getirmiştir. Yüksek Mahkeme somut olayda meşru savunmada sınırın aşılmasının mazeret nedeni olarak kabul edilmeyeceğine karar verilmiştir.

Somut olayda failin astenik heyecan altında olduğunu söylemek de mümkün değildir. Fail hasımları ile stenik heyecana dayanan savaşıma (çatışma) kararı almıştır. Bu itibarla da hükmün uygulanabilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir¹⁸⁹. Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında failin provoke eden hareketinin niteliği dikkate alınmaktadır. Bu kararlara göre; saldırıyı provoke eden kişinin kaçma ya da polisi çağırma imkânı varsa bunu kullanması gerekmektedir. Aksi takdirde 27. maddenin 2. fıkrasından yararlanamayacağı kabul edilmektedir¹⁹⁰.

SONUÇ

Meşru savunmanın şartların biri olan "*saldırı ile savunma arasında orantı bulunması*" şartı, savunmanın haksız saldırıyı durduracak ölçüde olmasını ifade etmektedir. Bu şart, meşru savunma niteliğindeki hareketin sınırlarını belirlemekte; saldırıya nazaran ölçüsüz bir savunma hareketi yapıldığında, meşru savunmada sınır aşılmış olmaktadır. Saldırı ile savunma arasındaki orantının olup olmadığı; kullanılan araçlar ve yöneldikleri konular açısından değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Saldırı ve savunmada kullanılan araçlar ile bu araçların kullanılma şekli arasında orantı bulunmasına ilişkin değerlendirmede aranacak olan, somut olay anındaki hal ve koşullara göre (ex ante), aracın saldırıyı defedecek ölçüde kullanılıp kullanılmadığıdır. Aracın

¹⁸⁷ Heinrich, AT I, s. 388.

¹⁸⁸ BGHSt 39, 133 (Karar metni için bkz. <<https://opiniojuris.de/entscheidung/1494>>) ; Heinrich, AT I, s. 388; Roxin/Greco, AT I, § 22; Rn.93.

¹⁸⁹ Roxin/Greco, bu gerekçeye değinmekle birlikte ikna edici bulmamaktadır (Roxin/Greco, AT I, § 22; Rn.93).

¹⁹⁰ BGH NJW 1962, 308; BGH NStZ 1995, 177 (Roxin/Greco, AT I, § 22; Rn.93, 175 nolu dipnot'dan naklen); Fischer §33, Rn. 6; Kühl § 33, Rn. 4; Akbulut, s. 569.

saldırıyı derhal sonlandıracak şekilde kullanılması, saldırı ile savunma arasında orantı bulunduğunu kabul etmek için gerekli ve yeterlidir. Saldırıya uğrayan ve savunulan konular/hukuki değerler arasında da bir oran bulunmalıdır. Bu hukuki değerlerin mutlaka aynı değerde olması yahut savunulan hukuki değerlerin daha üstün olması gerekmez. Burada önemli olan saldırıya uğrayan ve savunulan haklar arasında aşırı bir dengesizliğin olmamasıdır. Sadece saldırıya uğrayan ve savunulan hakları mukayese etmek doğru olmayacağı gibi böyle bir kıyaslamayı tamamen göz ardı etmek de bizi hatalı olabilecek sonuçlara götürebilir. Bu nedenle saldırı ile savunma arasında orantı bulunup bulunmadığı somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir.

Meşru savunmada sınır -*heyecan, korku veya telaşla aşılması hali hariç*- kasten aşılmış ise, bu hukuka uygunluk nedeninin varlığının bir önemi yoktur; fiilin hukuka uygunluk nedeninin kapsamında olmaması nedeniyle, failin kasten işlemiş olduğu haksızlıktan cezalandırılması gerekir.

Meşru savunmada saldırı ile savunma arasındaki ölçünün kast olmaksızın aşılması durumunda TCK'nın 27/1. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Meşru savunma da dahil olmak üzere tüm hukuka uygunluk nedenleri açısından uygulama alanı bulabilecek söz konusu düzenlemeye göre, meşru savunmanın sınırının kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı ceza altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunacaktır. Madde metninde ve gerekçesinde taksirli suçtan dolayı verilecek cezadan ne sebeple indirim yapılmasının düzenlendiği hususunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, maruz kaldığı haksız saldırıyı defederken savunmanın sınırını istemeden aşarak taksirli de olsa bir suç işleyen kişinin fiilinin haksızlık içeriğinin azlığı da göz önünde bulundurulurken, böyle bir düzenlemenin yapıldığını değerlendirilmekteyiz.

Meşru savunmanın sınırının kast olmaksızın aşılması durumunda, haksız saldırıya karşı kendisini savunan kişi hukuk düzeninin izin verdiği sınır içerisinde kaldığını zannederek fiilini gerçekleştirmekte ve savunmanın sınırını bilerek aşmamakta; gerekli dikkat ve özeni gösterseydi sınırı aşabileceğini öngörebilecekken bunu yapmayarak savunmanın sınırını kast olmaksızın aşmaktadır. Kendisini savunan kişinin içine düştüğü bu yanılğı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın özel bir görünüm şekli kabul edilip, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hata olarak adlandırılabilir.

TCK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasında meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve ya telaş ile aşılması hali "*kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret*

nedeni” olarak nitelendirilmektedir. Hüküm, aynı maddenin 1. fıkrasından farklı olarak hukuka uygunluk nedenlerinden sadece meşru savunma bakımından düzenlenmiştir.

Hükümün uygulanabilmesinin objektif koşulunu “*meşru savunmada sınırın aşılması*” oluşturmaktadır. Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ya da telaşla aşılması, sınırın ölçü bakımından aşılması ya da zaman yönünden aşılması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Meşru savunmada gerekli ve zorunlu olanın ötesinde savunma yapılması halinde ölçüde/ oranda aşım şeklinde ortaya çıkmaktadır. Meşru savunma sınırının zaman bakımından aşılması halinde hükümün uygulanabilirliği ise Alman öğretisinde tartışmalıdır. Öğretide ağırlıklı görüş olan “*kısıtlayıcı teori*”, maddenin (Al. CK m. 33) uygulanabilmesi için sınır aşımına ilişkin fiilin işlendiği sırada meşru savunma koşullarının mevcut olması gerektiğini savunmaktadır. Türk öğretisi ve uygulamasında da ağırlıklı görüş olarak bu görüşün esas alındığını söyleyebiliriz. Kısıtlayıcı teori kapsamında; meşru savunma koşulları olmadığı halde, tasavvur hatası nedeniyle böyle bir haksız saldırının mevcut olduğunu zanneden fail bakımından TCK’nın 27. maddesinin 2. fıkrasının (Al. CK. m.33) uygulanması mümkün değildir. Bu durumu hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Eğer failin hatası meşru savunma hakkının varlığına ya da sınırına ilişkin izin normunda ise bu durumda da kusurluluğu ortadan kaldıran izin hatası hükümlerinin (TCK m. 30/3; Al. CK m. 17) uygulanması gerekir.

Meşru savunma koşulları değerlendirilirken sadece mevcut bir saldırı halinde değil, aynı zamanda gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak bir saldırı halinde de meşru savunmada sınırın aşılması söz konusu olabilecektir. Saldırının mevcut olma koşulunun geniş yorumlanması nedeniyle saldırı tehlikesi tamamen ortadan kalkıncaya kadar, saldırının mevcut olduğunu kabul etmek gerekir.

Hükümün uygulanması bakımından sınırın taksirle ya da kastla aşılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla sınırın bilinçli aşılması halinde de hükümün uygulanması gerekir. Ancak haksız saldırıyı provoke eden kişinin meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin hükümden istifade edip edemeyeceği Alman öğretisinde tartışmalıdır. Öğretide ağırlıklı görüş ve uygulamaya göre; saldırıyı provoke eden kişinin kaçma ya da polisi çağırma imkânı varsa bunu kullanması gerekmektedir. Aksi takdirde Al. CK’nun 33. maddesinden yararlanamayacağı kabul edilmektedir. “*Provakatif meşru savunma*” olarak nitelendirilen bu durumda provoke eden kişi belli bir amaç

için hareketi başlatmakta, meşru savunma örtüsü altında cezadan kurtulmayı amaçlamaktadır. Diğer taraftan bu durumda failin astenik heyecan tesiriyle hareket ettiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Bu nedenlerle kanaatimizce faile 27. maddenin 2. fıkrasındaki hükümün uygulanmaması gerekir.

Meşru savunmada sınırın kast olmaksızın aşılması halinde 27. maddenin 1. fıkrasının uygulanması söz konusu olabilecektir. TCK’nın 27. maddenin 2. fıkrasını, 1. fıkradan ayıran ölçütlerden birini “*sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması*” oluşturmaktadır. Bu nedenle sınırın taksirle aşılmasında, astenik heyecanların etkisinin bulunup bulunmadığının tespiti, uygulama bakımından önem arz etmektedir.

TCK’nın 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için failin meşru savunmada sınırı astenik heyecanlar olarak nitelendirilen ve kişiyi zayıf düşüren, sağlıklı düşünmesini zorlaştıran heyecan, korku ya da telaş nedeniyle aşması gerekir. Meşru savunmanın sınırı astenik heyecanların aksine kişiyi güçlü kılan nefret, öfke, kızgınlık, öç alma hırsı ve hiddet gibi stenik heyecanlar nedeniyle aşıldıysa, bu durumda 27. maddenin 2. fıkrası değil, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir. Ayrıca sınırın aşılmasına neden olan heyecan, korku veya telaşın mazur görülebilecek bir nitelikte olması gerekir. Öğretide “*mazur görülebilecek nitelikte*” ibaresinin sadece açıklayıcı mahiyette olduğu, kişinin maruz kaldığı saldırı neticesinde içine düştüğü heyecan, korku ya da telaşın her zaman mazur görüleceği fikrine yer verildiğini görmekteyiz. Bu görüşler çerçevesinde; heyecan, korku ya da telaş ile meşru savunmanın sınırı aşılmış ise, kanun koyucu bunun irade yeteneğini etkilediğini ve mazur görüleceğini kabul etmiştir. Bu nedenle heyecan, korku ya da telaşın derecesini araştırmaya gerek bulunmamaktadır.

Kanaatimizce meşru savunmada sınırı aşmanın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için kişinin olaydaki algılama yeteneğini önemli ölçüde azaltmış olması gerekir. Bu nedenle somut olayda içine düşülen heyecan, korku veya telaşın mazur görülebilecek nitelikte olup olmadığının hâkim tarafından belirlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.
- Apaydın C, *Meşru Savunma*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Artuk M. E/ Gökçen A/ Alşahin M/ Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Adalet Yayınevi, 2018.
- Bozbayındır A. E, “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 7(18), 2012, s. 113-135.
- Centel N / Zafer H / Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, Beta Yayınevi, 2016.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Dönmezer S / Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, 1997.
- Erb V / Schäfer J, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, 4. Auflage, Verlag, C.H. Beck, 2020.
- Erem F, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C. I Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 1993.
- Erem F, “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(4), 1945, s. 50-79.
- Ersan A, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Eryıldız H. S, “Alman Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa Sınırlarının Aşılması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 11(31), 2016, s. 93-124.
- Fischer T, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 16. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2009.
- Freund G, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Springer Verlag, 2009.
- Frister H, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2020.
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Springer Verlag, 2001.
- Hafizoğulları Z / Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, US-A Yayıncılık, 2016.
- Heinrich B, *Ceza Hukuku Genel Kısım-I*, Adalet Yayınevi, 2014 (Heinrich,

AT I).

- Hilgendorf E / Valerius B, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Höflich P / Weller F, *Strafrecht-Schnell Erfasst*, 2. Auflage Springer Verlag, 2005.
- İçel K / Özgenç İ / Sözüer A / Mahmutoğlu F. S / Ünver Y, *Suç Teorisi*, Sebat Yayıncılık, 1999.
- İşten İ, “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Müdafaa ve Meşru Müdafada Sınırını Aşılması”, *Legal Hukuk Dergisi*, 20(237), 2022.
- Kartal M, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Oranlilik*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Koca M / Üzülmöz İ, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1-2), 2007.
- Koca, M / Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, 2022.
- Köhler M, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1. Auflage, Springer Verlag, 1997.
- Lackner K / Kühl K, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 16. Auflage, Verlag, C.H. Beck, 2007.
- Mahmutoğlu F. S / Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 2. Baskı, Beta Yayınları, 2021.
- Meraklı S, “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(12), 2010.
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur*, Seçkin Yayınevi, 2017.
- Önder A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II*, Beta Yayınları, 1989.
- Önder A, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1992.
- Özbek V. Ö / Doğan K / Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Özen M, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Seçkin Yayınevi, 1995.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.

- Öztürk B / Erdem M. R, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Roxin C / Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, Grundlagen- Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, C.H.Beck, 2020.
- Sarıgül A.T, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata”, *Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24(3), 2020, s. 325-359,
- Schönke A / Schröder H, *Strafgesetzbuch*, 30. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2019.
- Şahin M, “Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (76), 2008, s. 321-354.
- Toroslu N, *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2005.
- Taner, F. G, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(12), 2010, s. 219-253.
- Taner, M. T, *Ceza Hukuk Umumî Kısım*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 532, 1953.
- Yenisey F/Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, Beta Yayınevi, 2009.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**CEZA HUKUKUNDA ALTERNATİF KAST
(DOLUS ALTERNATIVUS)**

ALTERNATIVE INTENTION IN CRIMINAL LAW
(DOLUS ALTERNATIVUS)

Mustafa ÇİÇEK* 

Burhan Caner HACIOĞLU** 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1316884](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1316884) 

Failin belirli bir davranışı gerçekleştirirken, birbirini sınırlayan birden fazla suç tipi veya neticeden birini mi yoksa diğerini mi gerçekleştireceğini kesin olarak bilmeden her iki ihtimali göze alıp kabul ederek hareket etmesi, alternatif kast olarak ifade edilmektedir. Alternatif kast, bir kast türü olmayıp birden fazla kast şeklinin bir arada bulunması halidir. Fail tek hareketle birden fazla suç tipine yönelik kasten hareket etmekte; ancak yalnızca bir neticenin meydana gelebileceğini, her iki neticenin birlikte gerçekleşmesinin mümkün olmadığı bilmektedir. Bu noktada failin kastı kapsamında yer alan ve gerçekleşmeyen neticeler bakımından cezai sorumluluğun tespiti tartışmalıdır. Bu çalışmada bilhassa Alman hukukunda oldukça tartışmalı olan ve Türk hukukunda hakkında yeterli çalışma yapılmamış olan alternatif kast konusu incelenmiş, konuyla ilgili doktrinde yer alan görüşlere geniş ölçüde yer verilmeye çalışılmış, mukayeseli hukukta yer alan örneklerle konunun zenginleştirilmesine gayret edilmiş, ayrıca konuyla ilgili bir kısım yüksek yargı kararlarına da değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kast, Alternatif kast, Manevi unsur, Suçların içtimaı, Fikri içtima

* **Arş. Gör.** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ERZİNCAN, **e-posta:** mustafacicek24@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-5789-9078.

** **Dr. Öğr. Üyesi,** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ERZİNCAN, **e-posta:** chacioglu@erzincan.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-7826-6720, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1316884.

* İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

ABSTRACT

Alternative intention is defined as when the perpetrator, while performing a certain act, does not know for certain whether will commit one or the other of the two types of offences or consequences that limit each other, but acts by taking both possibilities into consideration and accepting them. Alternative intention is not a type of intention, but a state of coexistence of more than one type of intention. The perpetrator acts intentionally towards more than one type of offence with a single act; however, he knows that only one consequence may occur, and that it is not possible for both consequences to occur together. However, the determination of criminal responsibility in terms of the unrealized consequences within the scope of the perpetrator's intention is controversial. In this study, the subject of alternative intention, which is highly controversial especially in German law and has not been sufficiently studied in Turkish law, has been examined, the opinions in the doctrine on the subject have been tried to be included to a large extent, the subject has been enriched with examples in comparative law, and some high judicial decisions on the subject have also been mentioned.

Keywords: Intention, Alternative intent, Moral element of crime, Joinder of crimes, Concurrence

EXTENDED ABSTRACT

This study examines alternative intent as a type of intention. Alternative intent refers to situations where the perpetrator acts to commit more than one type of crime, but the perpetrator can only commit one or the other type of crime. At the same time, the perpetrator knows from the very beginning that he can only commit one crime in the end. In this respect, alternative intent differs from cumulative intent. Because in cumulative intent, the perpetrator sees that it is possible to commit more than one type of crime together. In alternative intent, on the other hand, the perpetrator cannot actually commit both types of crimes together, and at the same time, the perpetrator knows that it is not possible to commit both types of crimes together. For example, the perpetrator, who fires a single bullet from his weapon in order to kill two enemies who are side by side, knows that he cannot kill both of his enemies with this single bullet, that this is not possible; nevertheless, he acts to kill at least one of these two people. In the case of alternative intent, there is no mistake in the blow (*aberratio ictus*), and each type of crime, which is more than one, is included within the scope of the perpetrator's intent. The perpetrator with alternative intent must act intentionally in terms of different types of crimes. Here, if the perpetrator acts intentionally in terms of one type of crime, while another consequence occurs with negligence, alternative intent will not be in question. It is also controversial in the doctrine whether there is a need for the existence of alternative intent.

In alternative intent, how the perpetrator will be punished is very controversial. There are many opinions in the doctrine on how the punishment will be carried out. One

of the opinions on the subject argues that punishment should be carried out for the completed crime. According to this view, in the case of alternative intent, punishment should be imposed only for the completed crime, since the intent of the perpetrator for the attempted crime is exhausted with the completion of the other crime. For example, a perpetrator who shoots at a person standing next to his dog with the intention of killing either the dog or himself, should be punished only for the death of the dog if the dog dies, and the perpetrator should not be punished for the crime of attempted murder. According to another opinion, in crimes that are within the scope of the intent of the perpetrator who acts with alternative intent, the perpetrator should be punished for the crime that requires a heavier punishment. According to this view, if the dog dies in the above example, the perpetrator should be punished only for attempted murder, and it should not be considered whether the other crime is completed or not. Another view on the subject argues that a distinction should be made according to the subject of the crime. Within the scope of this view, according to the example above, if the perpetrator's shot hits a human, the perpetrator should be punished for murder; if the perpetrator's shot hits a dog, the conceptual aggregation should be applied between the crime of attempted intentional killing and the crime that occurred due to the death of the dog; if the perpetrator's shot does not hit both targets, the perpetrator should be punished only for the crime of attempted murder. According to the other view, which is the majority view in the doctrine, in such cases, the conceptual aggregation should be applied in relation to both or more crimes; in the above example, if the perpetrator's shot does not hit any target, the conceptual aggregation should be applied between both attempted crimes. In this study, the above-mentioned views on alternative intent are discussed in detail and the criticisms put forward against each view are mentioned.

In this study, the decisions of by both the German Federal Court (BGH) and the Turkish Court of Cassation on the issue of alternative intent have also been mentioned. However, the number of decisions of by both high courts on the subject is very rare. It can be argued that this situation is mostly due to the fact that the issue of alternative intent is evaluated under the joinder of crimes or alternative intent is not considered as a type of intent.

GİRİŞ

Kastın farklı türleri bazı durumlarda alternatif bir şekilde bir araya gelebilmektedir. Alternatif kast konusu oldukça tartışmalı olup, cezalandırmanın tespiti noktasında farklı görüşler ortaya konulmuştur. Burada fail icra hareketlerine başladığında, iki ya da daha fazla suç tipinden hangisinin gerçekleşeceğini bilmemekte, birden fazla neticenin gerçekleşmesinin mümkün olmadığını bilmekte, bununla birlikte her iki neticeyi de göze alarak hareket etmektedir. Bu çalışmada bizzat yaşanan bir olayla¹ bağlantılı olarak,

¹ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi birinci sınıf öğrencisiyken, derslerimizin bir kısmını

Alman ceza hukuku doktrinde çok uzun yıllardan beri tartışma konusu olan ve alternatif kast (dolus alternativus) olarak adlandırılan bir durumda ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği incelenmeye çalışılacaktır. Bahsettiğimiz olayda tamamlanan suçun yanında kağıt uçağın isabet etmesi muhtemel diğer öğrenciler bakımından da teşebbüs sorumluluğu söz konusu olabilir mi? Bu soruyla bağlantılı olarak çalışmamızda ilk olarak alternatif kast kavramına, alternatif kastın hukuki niteliğine, alternatif kast konusuyla bağlantılı *kümülatif kast* konusuna, alternatif kast-olası kast ilişkisine, alternatif kast durumunda cezalandırmanın nasıl belirleneceğine yönelik doktrinde yer alan görüşlere ve son olarak konuyla ilgili yüksek mahkeme kararlarına değinilmeye çalışılacaktır.

I. ALTERNATİF KAST KAVRAMI

Kast, suçun gerçekleştirilmesine yönelik bilme ve isteme unsurlarını ifade ettiğinden, her zaman somut bir suç tipi ile bağlantılı olmalı ve kastın varlığı her bir suç tipi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.² Failin belirli bir eylemi gerçekleştirirken, birbirini sınırlayan birden fazla suç tipi veya neticeden birini mi yoksa diğerini mi gerçekleştireceğini kesin olarak

bilmemekle birlikte, her iki ihtimali göze alıp kabul ederek hareket etmesi söz konusu olabilir.³ Bu durumda bir kişinin farklı kast biçimlerinde olsa bile tek eylemle farklı neticelere neden olması, dolayısıyla suçun birden fazla kasıtlı gerçekleşmesi mevzu bahis olacaktır.⁴ Örneğin, yan yana duran iki kişiden en azından birini öldürmek veya yaralamak amacıyla elindeki bıçağı fırlatan bir kimse, bıçağın bu iki kişiden yalnızca birisine isabet edeceğini, her ikisine de isabet edemeyeceğini bilmesine rağmen her iki neticeyi de göze alıp kabul ederek bıçağını fırlatabilir. Alternatif kast olarak değerlendirilen bu hâl, failin hareketiyle birbirlerini sınırlayan iki suç tipinden yalnızca birisini gerçekleştirebileceğini, bununla birlikte failin her iki ihtimali de göze aldığı, fakat her durumda iki suç tipini de birlikte gerçekleştiremeyeceği durumları ifade etmektedir.⁵

Doktrinde alternatif kast⁶ (alternativer Vorsatz)⁷ kavramı, “seçenekli kast”⁸ ya da “dolus alternativus”⁹ olarak adlandırılmaktadır. Burada kastın iki (ya da daha fazla) suç tipine yöneldiği, ancak bu suç tiplerinin birbirlerini sınırladığı¹⁰, dolayısıyla yalnızca bir ya da diğer suç tipinin gerçekleştirilebildiği durumlara ilişkin failin alternatif kastı, ifade edilmektedir.¹¹ Bu kast türünde fail birbirini sınırlayan iki suç tipinden hangisini gerçekleştirdiğini bilmeden

geçici olarak kampüs dışında yer alan, Ek-Bina (Yeni Amfi) olarak isimlendirilen bir binadaki amfide görmekteydik. Bu amfi kampüs içerisindeki diğer amfilere göre daha dar bir alanda inşa edildiği için daha küçük ve oturma düzeni açısından daha dik bir yapıya sahipti. Derslerimizin yeni başladığı ve amfinin tıklım tıklım dolu olduğu, yukarıdan bakıldığında adeta iğne atılsa yere düşmeyeceği bir gün ders arasında, mutlak üzere oturduğum en arka sırada, gayet mahir olduğum kağıt uçak yapımıyla meşgul idim. Kağıt uçağı muntazam bir şekilde tamamladıktan sonra, bugün bile niçin yaptığımı anlam veremediğim tarzda, kime isabet edeceğini bilmeden kağıt uçağı havaya fırlattım. Bu kağıt uçağın yalnızca bir öğrencinin başına isabet etmesi muhakkaktı, zira çarpma sonrası kağıt uçağın tekrar hareket kazanması mümkün değildi. Ayrıca amfi tamamen dolu, sıralar birbirine çok yakın ve sıralar arasındaki koridorlar dar olduğu için yukarıdan bakıldığında yalnızca öğrencilerin başları görünüyordu. Kağıt uçağın bir öğrenciye isabet etmesi çarpmanın etkisine göre öğrencinin ciddi bir şekilde yaralanmasına sebebiyet verebilirdi (Nitekim ABD Güney Carolina eyaletindeki bir lisede benzer olayda bir öğretmen çarpma sonrası görme kaybı yaşamıştır. bkz <https://reason.com/2017/01/26/teen-throws-paper-airplane-in-class-he-w/>> Erişim Tarihi 11 Mayıs 2023). Kağıt uçağın birinin başına isabet edeceğini biliyor ve istiyordum, heyecan ve korkuyla karışık olarak bu durumu göze alıp kabullendim, daha da ötesi bu kağıt uçağın kime isabet edeceği o anda benim için artık önemsizdi. Bununla birlikte kağıt uçağın birisine isabet etmesi durumunda ya kavga çıkacak ya da hakaret işitecektim. Ucu oldukça sivri kağıt uçak bir müddet havada süzülerek ivme kazandı, sonrasında bir öğrenci başını arka tarafa çevirirken tam da beklediğim gibi kağıt uçak bu öğrenci arkadaşın başına sert bir şekilde isabet etti. Tamamen tesadüf eseri tanıdığım bu arkadaş ciddi bir şekilde yaralanmadı, ancak olayı gören herkes, bu öğrenci arkadaşına güldüğü için o da en az benim kadar mahcup oldu.

² Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2006, § 12, Kn. 92.

³ Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 48. Auflage, C. F. Müller, 2018, § 7, Kn. 350.

⁴ Roxin, *AT*, Band I, § 12, Kn. 92.

⁵ Eric Hilgendorf/Brian Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, C. H. Beck, 2015, § 4, Kn. 99.

⁶ M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim,Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 417; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 22. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022, s. 253; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 460.

⁷ Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Nomos, 2015, § 14, Kn. 33.

⁸ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1992, s. 313.

⁹ Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, C. H. Beck, 2018, § 14, Kn. 48.

¹⁰ Burada ifade edilen “sınırlama” kavramı, failin birden fazla neticeyi aynı anda gerçekleştiremeyeceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla sınırlama yalnızca bir suçun işlenebileceği diğer suçun en baştan işlenemeyeceği anlamında değildir. Diğer bir ifadeyle her iki ya da daha fazla suç tipi bakımından icra hareketlerine başlanıldığı anda, bu suçlardan herhangi birisinin gerçekleşme ihtimali söz konusudur. Bu sebeple sınırlama kavramı, “yarışan suçlar” olarak da ifade edilebilir.

¹¹ Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 12. Auflage, Verlag Gieseking, 2016, § 11, Kn. 54.

belirli bir fiili işlemeye kast etmektedir.¹² Fail bu öngördüğü suçlardan yalnızca birini gerçekleştirebilme, ayrıca failin kastı fiilen netice bakımından normal bir kast gibi değerlendirilmektedir.¹³ Belirleyici ölçüt olarak failin her iki ihtimali de göze aldığı kabul edilmektedir. Fail, ya bir suç tipini veya diğer suç tipini gerçekleştireceğini (veyahut hiçbirini), fakat her durumda iki suç tipini de birlikte gerçekleştiremeyeceğini bilmektedir.¹⁴ Burada failin kastı her ne kadar objektif olarak yalnızca bir hukuken korunan menfaati ihlal edebiliyor olsa da, failin kastının en başından itibaren her iki suç tipini de kapsadığı ifade edilmelidir. Nihayetinde bu konu çoğunlukla içtima öğretisine (Konkurrenzlehre) ilişkin bir sorun olarak değerlendirilmektedir.¹⁵

Alternatif kast konusuyla ilgili verilen tipik örnek şudur:¹⁶ A, bir polis memuru ve onun çoban köpeği tarafından takip edilmektedir. A, en azından birini öldürmeyi umarak son mermisini onlara doğru ateşler. a) Köpek vurulur ve telef olur b) Polis memuru (P) ölümcül bir şekilde vurulur. A'nın her iki alternatifte de cezai sorumluluğunun tespiti önem arz etmektedir. Yine örneğin A'nın atlı polis O'ya ateş etmesi ve yalnızca atı ya da O'yu ölümcül bir şekilde yaralayacağını varsayması halinde alternatif bir kast mevcuttur.¹⁷ Bu durumda A, kendi tasavvuruna göre ya sadece sahipli hayvanı kasten öldürme suçunu¹⁸ ya da kasten öldürme suçunu işleyecektir. Her iki örnek bakımından failin kastı her iki suçun maddi unsuru bağlamında suçun konusunu kapsamaktadır (insan ve hayvan = suçun konusu).¹⁹ Ancak bu örneklerde fail yalnızca bir suç tipini işleyebileceğini bilmektedir.

Birinci ayırım olarak değerlendirebileceğimiz yukarıdaki örneklerde

¹² Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, 65. Auflage, C. H. Beck, 2018, § 15, Kn. 11.

¹³ Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Verlag Kohlhammer, 2016, § 12, Kn. 292.

¹⁴ Hilgendorf/Valerius, *AT*, § 4, Kn. 99.

¹⁵ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *AT*, § 11, Kn. 54.

¹⁶ Volker Krey/Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Verlag Kohlhammer, 2016, § 12, Kn. 403.

¹⁷ Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Mohr Siebeck Verlag, 2015, 2. Kapitel, Kn. 169.

¹⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 151. Maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış, böylelikle sahipli bir hayvan mal (eşya) olmaktan çıkarılmış, can olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla sahipli hayvana karşı işlenen öldürme ve yaralama suçu mala zarar verme suçu olarak artık değerlendirilmeyecektir.

¹⁹ Kristian Kühn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Verlag Vahlen, 2012, § 5, Kn. 27a.

fail hukuken korunmak istenen birden fazla menfaati ihlal edecek hareketi gerçekleştirmekte, ancak neticenin hangi suç konusu üzerinde ortaya çıkacağını bilmemektedir.²⁰ Alternatif kasta ilişkin ikinci ayırım bakımından durum farklıdır. Burada fail hareketiyle yalnızca bir suç konusu ile karşı karşıya kalmakta, ancak hangi suç tipinin gerçekleşeceğini net olarak bilmemektedir.²¹ Örneğin²²; yürüyüşçü A, avcı J'ya ait avlanma alanında kaçak avcı W tarafından vurulmuş ve kaldırılmak üzere yere serilmiş bir geyik bulur. A, geyiği kimin vurduğunu bilmemekte, bununla birlikte geyiğin J tarafından mı yoksa W tarafından mı vurulduğunu önemsememektedir. İlk durumda, J geyiğin sahibi haline gelir, böylece A'nın davranışı hırsızlık suçunu oluşturur (StGB § 242); ikinci durumda, geyik avlanma haklarına tabi olmaya devam eder, böylece A tarafından el konulması kaçak avlanma suçunu oluşturur (StGB § 292).²³ Her iki ayırım bakımından verilen örneklerde cezalandırmanın nasıl tespit edileceğine aşağıda yer verilecektir.

II. ALTERNATİF KASTIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kast, TCK m. 21/1'e göre, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Alternatif kast gerçekleşen netice bakımından normal bir kast gibi değerlendirilmektedir.²⁴ Bir görüşe göre, alternatif kast diğer kast türlerinin birleşmesinden meydana geldiği için bu kastın yeni olmadığı ve bu kast türüne gerek olmadığı ifade edilmektedir.²⁵

Alternatif kast halinde hedefte sapma (aberratio ictus) durumu söz konusu değildir, zira gerek somut olarak gerçekleşen netice gerekse failin kendi tasavvurunda amaçladığı netice failin "kastı" kapsamına dâhil ise bu

²⁰ Florian Jeßberger/Camill Sander, "Der Dolus Alternativus", *Juristische Schulung*, 2006, 12, s.1065-1067, s. 1066; Serkan Meraklı (Çeviren), Jeßberger Florian/Sander Camill, "Alternatif Kast (Dolus Alternativus)", *Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, II, 2010, s. 1153-1158, s. 1154.

²¹ Detlev Sternberg-Lieben/Frank Peter Schuster in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, C. H. Beck, 2019, § 15, Kn. 91.

²² Wessels/Beulke/Satzger, *AT*, § 7, Kn. 350.

²³ 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu madde 12 kapsamında, bu örnekte ifade edildiği üzere "özel avlak" alanları söz konusudur. Bu özel avlaklarda avlanma hakkı, avlak sahibine aittir.

²⁴ Jörg Eisele/Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil für Studienanfänger*, 1. Auflage, Verlag Kohlhammer, 2017, Kapitel 6, Kn. 198.

²⁵ Önder, s. 313. Alternatif kastın varlığına Mezger gibi bir takım yazarlar gerek görmezken, Hippel gibi bazı yazarlar ise bu kast türünün gerekli olduğunu savunmaktadırlar. bkz. Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 392.

halde hedefte sapma değil alternatif kast ortaya çıkacaktır.²⁶ Failin amaçladığı netice haricinde somut olarak gerçekleşen neticeye yönelik olası kastla hareket etmesi konusunda, hedefte sapma ile bağlantılı farklı görüşler olsa da bu tartışmayı çalışma konumuz dışında görmekteyiz.²⁷

Alternatif kasta sahip failin haliyle farklı suç tipleri bakımından kasten hareket etmesi gerekmektedir. Burada failin bir suç tipi bakımından kasten hareket etmesi, buna karşılık bir başka neticenin ise taksirle meydana gelmesi durumunda alternatif kastın söz konusu olmayacağı açıktır. Alternatif kastta fail, her iki suç tipinin de sübjektif unsurunu yerine getirmekte, ancak her iki suç tipinin de kümülatif olarak gerçekleşmesini mümkün gören bir başka faile göre daha az kusurlu hareket etmektedir.²⁸ Bununla birlikte, alternatif kastla hareket eden fail, basit kastı olan faile göre çok daha kayıtsız hareket eder ve bu da netice kısmına yansıtılmalıdır.²⁹ Bu bağlamda netice cezanın belirlenmesinde, örneğin, TCK m. 61/1-f kapsamında failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı dikkate alınmalıdır.

Alternatif kastta gerçekleşmeyen neticeler bakımından elverişsiz teşebbüsün gündeme gelmesi söz konusu olmayacaktır.³⁰ Zira failin başlangıçta kastı, bütün neticeleri kapsamakta, fail her bir neticeye yönelik elverişli hareketlerle suçun icrasına başlamakta, ancak hangi neticenin meydana geleceği fail tarafından bilinmemektedir. Örneğin,³¹ bir müzenin

²⁶ M. Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahısta ve Konuda Hata (error in persona vel obiecto)*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 200.

²⁷ Hedefte sapma konusunda Türk Hukuku ile ilgili ayrıntılı değerlendirme ve doktrinde yer alan görüşler için bkz. Tulay, s. 208 vd. 5237 sayılı TCK'nın gerekçesinde, hedefte sapma halinde bir hata halinin söz konusu olmadığı, bu tarz durumlarda suçların içtimal hükümleri kapsamında bir değerlendirmenin yapılması gerektiği vurgulanmaktadır.

²⁸ Ingeborg Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 5. Auflage, Nomos, 2017, § 15, Kn. 115.

²⁹ Sternberg-Lieben/Schuster in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 15, Kn. 91.

³⁰ Elverişsiz teşebbüsün mümkün olabileceğini değerlendiren görüş göre örneğin, failin yerden aldığı bir eşya kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilen bir eşya ise fail yalnızca bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır, bu anlamda eşya hırsızlığa konu olamayacağı için burada suç konusu bakımından elverişsiz teşebbüs söz konusu olacaktır. Helmut Fuchs/Ingeborg Zerbes, *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre von der Straftat*, 10. Auflage, Verlag Österreich 2018, 14. Kapitel, Kn. 40. Ancak kanaatimizce buradaki ayırım yalnızca suç konusunun tek olduğu örnekler bakımından söz konusu olup, genel olarak suç konusunun birden fazla olduğu hallerde gerçekleşmeyen diğer neticeler bakımından elverişsiz teşebbüs gündeme gelmeyecektir.

³¹ Schmitz, s. 319.

resim odasında asılı olan on adet tablodan herhangi birini çalmak üzere resim odasına giren failin kastı, bu on adet tablonun her birine elverişli hareketle yönelmiştir. Buna karşılık fail neticede yalnızca bir resmi aldığı için tamamlanan bir hırsızlık suçu, elverişsiz teşebbüs aşamasında kalan dokuz hırsızlık suçu olduğundan bahsedilmesi söz konusu değildir.

Alternatif kastta fail, kendi tasavvuruna göre, birden fazla suç konusunun zarar görebileceğini kabul etmekte, her ne kadar zararın sadece muhtemel suç konularından biri üzerinde gerçekleşeceğini bilse bile, hepsine yönelik somut tehlikenin farkında olarak hareket etmektedir.³² Belirtildiği üzere alternatif kast bir kast türü olmayıp, bilakis birden fazla kastın bileşimini ifade etmekte,³³ böylece kastın çeşitli biçimleri, alternatif biçimde bir araya gelmektedir.³⁴ Bu birleşme doğrudan kast-doğrudan kast şeklinde olabileceği gibi,³⁵ doğrudan kast-olası kast şeklinde de gerçekleşebilir.

III. ALTERNATİF KASTIN GERÇEKLEŞME ŞARTLARI

A) Birden Fazla Suç Tipine Yönelik Suç İşleme Kastı

Failin kastı aynı zamanda birkaç suç tipi veya neticenin gerçekleşmesini de kapsamakta birlikte burada belirleyici nokta, failin, ya o ya da diğeri ilişkisi anlamında, tasavvur edilen suç tiplerinden/neticelerden yalnızca birini gerçekleştirebileceğini varsayması gerçeğinde yatmaktadır.³⁶ Bu yönüyle alternatif kast, doğrudan kast ve olası kasttan ayrılmaktadır. Zira doğrudan kast ve olası kast tek suç tipi bakımından söz konusu olabilirken, alternatif kast bu kast türlerinin bileşiminden ibaret olduğu için birden fazla suç tipiyle ilişkili olmalıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere birden fazla suçun maddi konusu üzerinde alternatif kast söz konusu olabilir. Örneğin,³⁷ A, köpeği bütün gün boyunca havladığı için komşusu N'ye öfkeli. Bu sebeple A, o sırada

³² Otto Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Auflage, De Gruyter, 2005, § 7, s. 74.

³³ Urs Kindhäuser, *Nomoskommentar, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*, 7. Auflage, Nomos, 2017, § 15, Kn. 28.

³⁴ Wessels/Beulke/Satzger, *AT*, §7, Kn. 350.

³⁵ Roland Schmitz, "Der Dolus Alternativus", *ZStW*, Heft 2(112), 2000, s. 302.

³⁶ Rengier, *AT*, § 14, Kn. 48. Örneğin, fail yeni tüfeğinin menziline test etmek amacıyla, uzak bir mesafede yan yana oturma olan A ve B'ye doğru tek el ateş eder. Fail atışıyla bu iki kişiden birinin ya da hiçbirinin isabet alacağını mümkün görmekle birlikte her halükarda bu kişilerden yalnızca birine atışının isabet edeceğinden emindir. Bkz. Schmitz, s. 301.

³⁷ Hilgendorf/Valerius, *AT*, § 4, Kn. 103.

köpeğini sevmekte olan komşusu N'ye doğru bir tuğla fırlatır. A bakımından atılan tuğlanın N'ye ya da köpeğine isabet edip etmediği farksızdır. A, tuğlanın her ikisini birden yaralamasını ihtimal dışı görmektedir. Tuğla N'nin köpeğine isabet ederek onu yaralamıştır. Yahut suçun konusu tek olmakla birlikte fail hangi suç tipinin gerçekleşeceğini bilmemektedir. Örneğin,³⁸ failin bulunduğu yerden aldığı cüzdanın kaybolduğundan dolayı, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçen eşya üzerinde tasarruf (TCK m. 160) suçunu veya cüzdanın yanlış yere konulmasından dolayı hırsızlık suçunu (TCK m. 141) işlediğinden şüphe etmesi halinde olduğu gibi. Burada da suçun konusu tek olmakla birlikte fail hangi suç tipini işlediğini bilmeden taşınır eşyayı yerinden aldığı için alternatif kast söz konusu olacaktır.

B) Failin Birden Fazla Suçtan Hangisinin Gerçekleşeceğini Bilmemesi

Failin belirli bir hareketi gerçekleştirirken, birbirini sınırlayan iki suç tipi veya neticeden birini mi yoksa diğerini mi gerçekleştireceğini kesin olarak bilmemesi, ancak her iki suç tipinin de gerçekleşeceğini kabul ederek göze alması halinde de kastın farklı biçimlerinin çakıştığı varsayılır (dolus alternativus - alternatif kast).³⁹ Burada fail birden fazla suç tipini gerçekleştireceğini ya da birden fazla neticenin ortaya çıkacağını bilmekte, bu konuda hataya düşmemekte, ancak failin meydana gelecek neticeye yönelik kuşkuları olması nedeniyle hangi suç tipinin gerçekleşeceğini ya da hangi neticenin ortaya çıkacağını bilmemesi söz konusu olmaktadır.⁴⁰ Örneğin,⁴¹ A, binici R'ye ateş etmiştir, ancak bu atışın R'ye ya da yalnızca ata isabet etmesini yahut atışının hiçbirine isabet etmemesini aynı ölçüde mümkün görmektedir. Bu ihtimal dâhilinde 3 durum söz konusu olabilir: 1) A'nın atışı ölümcül şekilde R'ye isabet eder. 2) A'nın atışı ata isabet eder. 3) A'nın atışı ne R'ye ne de ata isabet eder. Örnekte A'nın kastı her iki suç tipini de (sahipli hayvanı kasten öldürme/yaralama-kasten öldürme/yaralama) kapsamakla birlikte, A atışıyla hangi neticenin meydana geleceğini bilmemektedir. Bununla birlikte A her iki neticenin de meydana gelmesini kabul etmekte, göze almaktadır. Ayrıca A, göze aldığı bu neticelerden yalnızca birinin meydana geleceğini, her

³⁸ Fuchs/Zerbes, *AT*, 14. Kapitel, Kn. 38.

³⁹ Rolf Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 19. Auflage, Verlag Rolf Schmidt, 2018, 6. Kapitel, Kn. 260.

⁴⁰ Jeßberger/Sander, s. 1066. Alternatif kastta gerçekleşmeyen aynı konudaki neticeler bakımından, failin gönüllü vazgeçtiği değerlendirilmesi için bkz. Schmitz, s. 320 vd.

⁴¹ Kindhäuser, *Nomoskommentar*, § 15, Kn. 28.

iki neticenin de birlikte meydana gelmesini mümkün görmemektedir.

Alternatif kast durumunda failin birden fazla suç tipinden hangisini işleyeceğini bilmemesi, yukarıda ifade edildiği üzere failin ortaya çıkacak neticeye ilişkin sahip olduğu kuşku ve şüpheden kaynaklanabileceği gibi, failin hareketinin tek olması dolayısıyla birden fazla suç tipinin işlenmesinin hâlihazırda imkân dâhilinde olmamasından kaynaklanabilir. Örneğin, yan yana duran iki hasmını öldürmek için son kalan mermisiyle ateş eden bir kimse, her ne kadar bu atışıyla her iki kişiyi de öldürmeye kast etse de, tek kurşunuyla hasımlarından yalnızca birini öldüreceğini bilmektedir. Yine failin alternatif işlenebilecek suç tipleri hakkında, içinde bulunduğu durum itibarıyla yeterince bilgi sahibi olmaması söz konusu olabilir. (Örneğin⁴², A komşusundan intikam almak istemektedir. Komşusunun çocuğunun sık sık köpek kulübesinde oynadığını bilen A, köpek kulübesinde hareket eden bir şey gördüğünde, köpeği ya da hatta çocuğu öldürmeyi umarak bu nesneye ateş eder. Olayda A, ateş ettiği anda atışının çocuğa mı yoksa köpeğe mi isabet edeceğini bilmemekte, buna rağmen her iki suç tipinden birinin gerçekleşeceğini göze alıp kabullenerek ateş etmektedir. Burada A'nın kastı her iki suç tipini kapsamakla birlikte, bulunduğu konum itibarıyla hangi suç tipinin gerçekleşeceğini bilmemektedir. Alternatif kast olarak değerlendirilen bu durumlardan ayrı olarak kümülatif kastta ise failin farklı suç tiplerine yönelik kast değerlendirmesi farklılık arz etmektedir.

III. ALTERNATİF KAST-KÜMÜLATİF KAST İLİŞKİSİ

Dolus cumulativus ya da kümülatif kast olarak adlandırılan durumda ise, failin fiili işlerken birden fazla suç tipinin gerçekleşmesine yönelik kasten hareket etmesi, belirli bir suç tipinin gerçekleşmesine ek olarak başka bir neticenin de gerçekleşmesinin mümkün olduğunu düşünmesi söz konusudur.⁴³ Alternatif kastta ise tam aksine fail her iki suç tipini birlikte gerçekleştiremeyeceğini bilmektedir. Alternatif kasta benzer şekilde kümülatif kast da mevcut kast biçimlerinin bir alt türünden başka bir şey değildir, zira fail en azından varsaydığı bütün ihtimalleri kabul eder ve bu şekilde kasten hareket eder.⁴⁴ Böylece fail hareketiyle birden fazla suç tipini birlikte gerçekleştireceğini göze alıp kabul ettiği takdirde, kasten gerçekleştirdiği her

⁴² Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, 4. Auflage, C. H. Beck, 2017, § 24, Kn. 34.

⁴³ Hoffman-Holland, *AT*, 2. Kapitel, Kn. 168.

⁴⁴ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *AT*, § 11, Kn. 54.

bir suç tipi kendisine isnat edilecektir.⁴⁵ Örneğin, A, köpeği bütün gün boyunca havladığı için komşusu N'ye öfkeli. Bu sebeple A, o sırada köpeğini sevmekte olan komşusu N'ye doğru bir eliyle iki taş fırlatır. A bakımından atılan taşın N'ye köpeğine veyahut her ikisine birden isabet edip etmediği farksızdır. Bir taş isabet etmezken, diğer taş N'nin köpeğini yaralar.⁴⁶ Bu durumda A, sahipli hayvanı kasten yaralama suçunu ve teşebbüs aşamasında kalan kasten yaralama suçunu işlemiş olacaktır. Zira bu örnekte fail iki taş atıp, her iki neticenin de bu sayede birlikte gerçekleşebileceğini mümkün gördüğü için burada alternatif kast değil, kümülatif kast söz konusudur. Başka bir örnekte, keskin nişancı A, politikacı P'yi pusu kurmak suretiyle öldürmek ister. A bu eylemi gerçekleştirirken, P'nin yanında duran koruması L'nin de aynı atışla ölümcül şekilde vurulacağını tasavvur ederek göze alır ve atış ile L vurulur.⁴⁷ Burada fail kümülatif kastla hareket etmektedir. Zira fail hareketiyle birden fazla suç tipini birlikte gerçekleştireceğini göze alıp kabul ettiği için, kasten gerçekleştirdiği her bir suç tipi kendisine isnat edilecektir.⁴⁸

Kümülatif kastta fail bütün suçlardan (tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış) dolayı cezalandırılmalıdır, zira failin kastı gerçekleştirilen bütün suç tiplerini kapsamaktadır.⁴⁹ İfade edildiği üzere kümülatif kastta fail

⁴⁵ Kindhäuser, *Nomoskommentar*, § 15, Kn. 27. Örneğin, T, 30 kişinin kaldığını bildiği bir öğrenci yurdu geceleyin ateşe verir. T her ne kadar yurttaki kalanların hepsinin öleceğinin mümkün olduğunu düşünse de yalnızca bazılarının ölebileceğini, bazılarının yaralanabileceğini ve bazılarının ise yaralanmadan kurtulabileceğini hesap eder. Bu durumda kastın belirli kişilere yönelik olması gerekmediğinden, 10 kişinin ölmesi halinde, T § 212, 52 kapsamında 10 kasten öldürme suçundan dolayı sorumludur. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *AT*, § 11, Kn. 53.

⁴⁶ Hilgendorf/Valerius, *AT*, § 4, Kn. 97. Yine örneğin, A'nın gece yürüyüşüne çıkan O'yu öldürmek için bir tuzak kurması ve O'nun köpeğiyle birlikte tuzağa düşeceğini ve her ikisinin de öleceğini düşünmesi halinde kümülatif kast varsayılacaktır. Bkz. Hoffman-Holland, *AT*, 2. Kapitel, Kn. 168.

⁴⁷ Johannes Kaspar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Nomos, 2017, § 5, Kn. 150. T, ağır hamile olan O'nun sadakatsizliğini öğrendikten sonra onu merdivenlerden aşağı iterek çocuğunu düşürmesine neden olur. Anne karnındaki çocuk ölür. T, O'nun ölümünün imkânsız olduğunu düşünmektedir, ancak O'nun önemli ölçüde bedensel zarar görmesini kabul etmektedir. Aslında, O birkaç ezik ve bir şok geçirir. Burada T, tamamlanmış çocuk düşürtme suçuna ek olarak, O'ya ilişkin olarak kasten yaralama suçunu da işlemiştir. T böylece tek eylemle birbirini sınırlamayan iki suçu işlemiştir. T bu eylemle, birbirini sınırlamayan birden fazla suç tipini işlemeyi amaçladığından, burada kümülatif kast söz konusudur. Kastan yaralama bakımından da kasıtlı hareket ettiğinden, her iki suçtan dolayı fikri içtima çerçevesinde cezalandırılacaktır. bkz. Schmidt, *AT*, 6. Kapitel, Kn. 259.

⁴⁸ Kindhäuser, *Nomoskommentar*, § 15, Kn. 27.

⁴⁹ Hilgendorf/Valerius, *AT*, § 4, Kn. 96.

davranışıyla birden fazla suçun oluşabileceğini öngörmekte ve bu suçların işlenmesini göze almakta, ayrıca alternatif kasttan farklı olarak burada fail öngördüğü suçların hepsini gerçekleştirmeye muktedir bulunmaktadır.⁵⁰ Genel kabule göre, kümülatif kast durumunda, fail kastının kapsadığı tüm suçlar bakımından cezalandırılmalıdır.⁵¹ Ancak fail tek hareketle birden fazla suç işlediği için fikri içtima (teşebbüs edilen veya tamamlanan) olduğu kabul edilmekle birlikte aşağıda değinileceği üzere alternatif kastın hukuki değerlendirmesi oldukça tartışmalıdır.⁵²

Bu bağlamda ilk örneğimizde A, sahipli hayvanı kasten yaralama suçu ile N'ye yönelik teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu bakımından fikri içtima kapsamında sorumlu olacaktır.⁵³ Diğer örnekte ise, A tamamlanan kasten öldürme ve teşebbüs aşamasında kalan kasten öldürme suçlarından fikri içtima çerçevesinde cezalandırılacaktır.

IV. ALTERNATİF KAST-OLASI KAST İLİŞKİSİ

Dolus eventualis⁵⁴, gayri muayyen⁵⁵ kast olarak da ifade edilen olası kast, failin suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen hareketine devam etmesini ve failin muhtemel sonuçlarını kabul etmesini ifade etmektedir.⁵⁶ Burada hareketinin belirli bir neticeyi meydana getirebileceği fail tarafından öngörülmekte, ancak fail bu hareketi yapmaktan kaçınmamakta, “olursa olsun” şeklinde hareket etmektedir.⁵⁷ Diğer bir ifadeyle aslında olası kast, kastın isteme unsuru ile bağlantılı olup burada fail neticenin meydana gelmesini istememekle birlikte neticenin meydana gelecek olmasına aldırılmamakta bu durumu kabullenmektedir.⁵⁸ Olası kastın

⁵⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 418.

⁵¹ Hoffman-Holland, *AT*, 2. Kapitel, Kn. 168.

⁵² Kühl, *AT*, 7, § 5, Kn. 27b.

⁵³ Hilgendorf/Valerius, *AT*, § 4, Kn. 97.

⁵⁴ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *AT*, § 11, Kn. 19. Alternatif kastı, olası kastın bir özel formu olarak gören görüş için bkz. Paul Johann Anselm Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14. Auflage, Verlag Giessen, Heyer, 1847, § 59; Schmitz, s. 301.

⁵⁵ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II*, 12. Bası, Beta Yayıncılık, 1999, Kn. 945.

⁵⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 399.

⁵⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 399.

⁵⁸ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 268.

doğrudan kasttan bir diğer farkı ise, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşmesi fail tarafından doğrudan kastta muhakkak olarak görülmekte iken, olası kastta bu durum fail tarafından muhtemel görünmektedir.⁵⁹

Alternatif kastta fail hangi suç tipini gerçekleştireceğini bilmeden “ya o ya da diğeri” şeklinde seçenekle hareket etmektedir.⁶⁰ Bu yönüyle alternatif kast olası kasttan farklıdır,⁶¹ zira olası kastta failin hareketi bir konu üzerinde netice meydana getirsin veya getirsin fail bu neticeyi kabul ederek hareket etmekte iken, alternatif kastta hareketin netice meydana getirebileceği konu birden fazladır, ancak her iki konudan yalnızca biri zarar görecektir.⁶² Ayrıca olası kast yalnızca bir suç tipi bakımından söz konusu olabilirken, alternatif kastta failin hareketinin mutlaka birden fazla suç tipiyle bağlantılı olması gerekmektedir. Örneğin, bir kimseye yönelik ateş açan fail, atışıyla bu kimseyi öldürmeyi ya da yaralamayı göze alarak ateş edebilir. Burada failin kastı (olası) tek kişiyle ilgilidir. Ancak alternatif kastın mevzu bahis olabilmesi için birden fazla suç konusunun (örnek bakımından birden fazla kişi) mevcut olması gerekir. Bundan başka, failin alternatif kastla hareket etmesi, yalnızca olası kastla hareket edeceği anlamına gelmemektedir.⁶³ Tipik örnek bakımından konuyu değerlendirdiğimizde, polis ve köpeği tarafından kovalanan failin, hedefinin öncelikle polis olması, ancak failin kalan son mermisinin köpeğe isabet etmesini de göze alıp kabullenmesi durumunda; failin polise yönelik doğrudan kastla, köpeğe yönelik ise olası kastla hareket etmesi söz konusu olacaktır. Bu takdirde, gerçekleşmeyen netice bakımından olası kastla hareket edilmesi, teşebbüs sorumluluğu noktasında önem arz edecektir.

Olası kast ve teşebbüs ilişkisi Türk ve Alman hukukunda farklı şekilde ele alınmaktadır. Olası kastla işlenen suçlarda, Alman hukukunda çoğunluk görüşü teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmekte iken, Türk hukukunda ise çoğunluk görüşü, “olası kast netice ile belirlenir” kuralı kapsamında teşebbüsün mümkün olmadığını savunmaktadır.⁶⁴ Elbette bu görüş farkı alternatif kastın ele alınmasında ve cezalandırmanın tayini noktasında farklı

⁵⁹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 171.

⁶⁰ Jeßberger/Sander, s. 1066.

⁶¹ Fischer, § 15, Kn. 11.

⁶² Önder, s. 314.

⁶³ Günter Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, De Gruyter, 1991, 8/33.

⁶⁴ Önder Tozman, “Türk ve Alman Hukukunda Olası Kastla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi”, *CHD*, (12), 2010 s.168.

sonuçlara ulaşılmasına neden olmaktadır.

V. ALTERNATİF KASTIN CEZALANDIRILMASI

Alternatif kastla hareket eden failin nasıl cezalandırılacağı oldukça tartışmalıdır. Bu durumda, failin söz konusu her iki suçla ilgili olarak kasten mi hareket ettiği yoksa sonuçta en fazla bir suçta tamamlayacağını bildiği için kastının en başından itibaren yalnızca bir suçta mı yönelik olabileceği tartışmalıdır.⁶⁵ Gerçekten de failin kastı iki ya da daha fazla suç tipine yönelse de fail aslında yalnızca bir suç tipini işleyebileceğini bilmektedir.

Alternatif kastta cezalandırmanın ne şekilde yapılacağına yönelik görüşlerden önce, alternatif kastla gerçekleşebilecek olay durumlarına⁶⁶ değinilmesi gerekmektedir.

a) Birden fazla aynı suç tipine yönelik failin hareketi, ancak ilgili suç tiplerinin tamamlanmaması (örneğin, fail atışının isabet alıp almayacağını yahut isabet alırsa kime isabet edeceğini bilmeden, öldürme kastıyla bir insan topluluğuna ateş etmesi, ancak atışın kimseye isabet etmemesi, bu halde toplulukta yer alan her bir kimse için öldürmeye teşebbüs suçu ihtimal dâhilindedir.)

b) Birden fazla aynı suç tipine yönelik failin hareketi, bu suç tiplerinden yalnızca birisinin tamamlanması (örneğin, yukarıdaki örnekte atışın sadece bir kimseye isabet edip bu kimsenin ölmesi halinde, tamamlanmış kasten öldürme ve topluluktaki diğer kişiler bakımından öldürmeye teşebbüs ihtimal dâhilindedir.)

c) Birden fazla farklı suç tiplerine yönelik failin kastı, ancak ilgili suç tiplerinden hiçbirinin tamamlanmaması (örneğin fail, insan ve hayvanlardan oluşan bir kalabalığa karşı bir kez ateş eder ve en azından bir insanı veya bir sahipli hayvanı öldürmeyi göze alıp kabul ederse, bu takdirde failin tasavvuruna göre isabet alabilecek tüm insanlar ve hayvanlar açısından öldürmeye teşebbüs ve sahipli hayvanı öldürmeye teşebbüs ihtimal dâhilindedir.)

d) Birden fazla farklı suç tiplerine yönelik failin kastı, ancak yalnızca haksızlık içeriği daha ağır nitelik arz eden bir suçun tamamlanması (örneğin, yukarıdaki örnekte insan ve hayvanlardan oluşan kalabalıkta, failin atışının bir insana isabet ederek ölümüne yol açması halinde, tamamlanmış bir öldürme

⁶⁵ Hilgendorf/Valerius, *AT*, § 4, Kn. 100.

⁶⁶ Olay grupları ve örnekler için bkz. Yao Li, “Der dolus alternativus” <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2022_1_1464.pdf> Erişim Tarihi 11 Mayıs 2023.

suçu ve diğer insanlar bakımından öldürmeye teşebbüs; sahipli hayvanlar bakımından da öldürmeye teşebbüs, ihtimal dâhilindedir.)

e) Birden fazla farklı suç tiplerine yönelik failin kastı, ancak yalnızca haksızlık içeriği daha hafif nitelik arz eden bir suçun tamamlanması (örneğin, yukarıdaki örnekte insan ve hayvanlardan oluşan kalabalıkta, failin atışının sahipli bir hayvana isabet ederek ölümüne sebep olması halinde, tamamlanmış sahipli hayvanın öldürülmesi ve diğer insanlar bakımından öldürmeye teşebbüs; diğer hayvanlar bakımından da sahipli hayvanı öldürmeye teşebbüs, ihtimal dâhilindedir.)

A) Tamamlanan Suçun Cezalandırılması Görüşü

Bu görüşe göre, yalnızca tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırma yapılmalıdır, zira teşebbüs aşamasında kalan suça ilişkin kastın diğer suçun tamamlanmasıyla birlikte tüketildiği savunulmaktadır.⁶⁷ Bu görüş çerçevesinde, failin netice itibariyle yalnızca bir suç işlemek istediği (fail hangi suçu işleyeceğini bilmemektedir), bu nedenle birden fazla kez cezalandırılmasının mantıksız olduğu iddia edebilecektir.⁶⁸ Ancak bu durum, örneğin köpeğinin yanında duran bir kimseye karşı yapılan atışta yalnızca köpeğin ölmesi halinde, öldürmeye teşebbüs suçu açıkça daha ciddi ve daha yüksek bir ceza ile cezalandırılabilir olmasına rağmen, yalnızca tamamlanmış sahipli hayvanı öldürme suçundan ceza verilmesi gibi garip bir sonuca yol açacaktır.⁶⁹ Failin kastına alternatif olarak başka bir suç neticesini de dâhil etmesi halinde, yalnızca öldürme niyetiyle hareket eden bir failden neden daha iyi bir konumda olması gerektiği gibi mantıklı değildir.⁷⁰ Ayrıca yukarıdaki örnekte olduğu gibi bu görüş kapsamında, tamamlanan suçun haksızlık içeriğinin daha az olması, buna karşılık teşebbüs edilen suçun haksızlık içeriği (öldürmeye teşebbüs suçunda olduğu gibi) daha ağırsa, bunun göz ardı edilmesi ikna edici olmayacaktır.⁷¹

⁶⁷ Nomos Kommentar StGB/Zaczyk, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 20; Rengier, AT, § 14, Kn. 50.

⁶⁸ Roxin, AT, Band I, § 12, Kn. 94.

⁶⁹ Kaspar, AT, § 5, Kn. 154.

⁷⁰ Kaspar, AT, § 5, Kn. 154.

⁷¹ Rengier, AT, § 14, Kn. 51. Bir görüşe göre, daha ağır nitelikteki suç her zaman kastla işlenirken, daha hafif nitelik arz eden suçun neticenin gerçekleşmesi halinde taksirle işlendiği varsayılmaktadır. Nitekim bir insanın yanında köpeğinin vurulması halinde, burada öldürmeye teşebbüs ve taksirle mala zarar verme suçu söz konusu olacaktır ki, taksirle mala zarar verme cezalandırılmamaktadır. Bkz. Wolfgang Joecks/Tobias Kulhanek, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Auflage, C.H. Beck, 2020, StGB § 16, Kn. 19.

Bu görüş kapsamında ayrıca herhangi bir neticenin meydana gelmemesi halinde, (yukarıdaki örneğe göre failin atışının ne köpeğe ne de köpeğin sahibine isabet etmemesi) fail daha ağır nitelik arz eden suça teşebbüs (öldürmeye teşebbüs) dolayısıyla cezalandırılmalıdır.⁷²

Bu görüşü yukarıdaki ihtimaller çerçevesinde değerlendirdiğimizde, a) bu ihtimalde kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırma, b) bu ihtimalde yalnızca tamamlanan kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırma, c) bu ihtimalde daha ağır nitelik arz eden suça teşebbüsten dolayı cezalandırma, d) bu ihtimalde yalnızca tamamlanan kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırma, e) bu ihmalde yalnızca tamamlanan sahipli hayvanı öldürme suçundan dolayı cezalandırma, söz konusu olacaktır.

B) Daha Ağır Nitelik Arz Eden Suçun Cezalandırılması Görüşü

Bu görüşe göre, fail sonuçta yalnızca bir netice elde etmek istediğinden, ilgili suç tipleri bakımından yalnızca bir - ve daha ağır nitelikteki suça ilişkin - kastı dikkate almak, böylece daha hafif suça yönelik kastı göz ardı etmek ve yalnızca (teşebbüs edilen veya tamamlanan) en ağır nitelikteki suç bakımından cezalandırma daha uygun görünmektedir.⁷³ Bu görüş, daha ağır nitelikte olması durumunda, haksızlık içeriğine göre teşebbüsün öncelikli olması gerektiğini ifade etmekle birlikte, bu durumda failin planına göre neden tamamlanan suçtan dolayı ceza verilmediği ve başkaca olay grupları bakımından daha ağır nitelik arz eden suçun belirlenmesindeki güçlükler nedeniyle eleştirilmektedir.⁷⁴ Gerçekten de daha hafif nitelikte bir suç gerçekleştiğinde bu görüş ikna edici olmayacaktır, zira gerçekleşen bu suç bakımından hukuken korunan menfaatin ihlal edilmesi göz ardı edilmektedir. Örneğin, bu görüşe göre atının yanında duran biniciye doğru ateş eden ve bu atıyla ya atı ya da biniciyi vuracağını alternatif olarak göze alan failin atışı sonrası yalnızca atın vurulması halinde, bu görüş öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırmanın yapılması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu durumda hâlihazırda at vurulduğu için sahipli hayvanı öldürme suçu gerçekleşmiş, bu suçla korunan yasal menfaat ihlal edilmiştir. Gerçekleşen suçun değerlendirilmemesi makul olmayacaktır, zira failin kastı bu suçu (sahipli hayvanı öldürme) da kapsamaktadır. Bu görüş aslında tamamlanan suçu cezalandıran görüşe benzetmekle birlikte, o görüşten farklı olarak fikri içtima çerçevesinde bir değerlendirme olmaksızın

⁷² Kindhäuser, AT, § 14, Kn. 34.

⁷³ Kristian Kühl, in: *Lackner/Kühl StGB*, 29. Auflage, C. H. Beck, 2018, § 15 Rn. 29.

⁷⁴ Rengier, AT, § 14, Kn. 51.

yalnızca daha ağır nitelik arz eden suç değerlendirilmeye almakta, bunun haricinde olayda tamamlanan suç niteliği itibariyle ağır bir suç değilse, bu suç dikkate almamaktadır. Özetle bu görüş daha hafif suça yönelik kastı göz ardı etmektedir.

Bu görüşü yukarıdaki ihtimaller çerçevesinde değerlendirdiğimizde, a) bu ihtimalde kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırma, b) bu ihtimalde yalnızca tamamlanan kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırma, c) bu ihtimalde daha ağır nitelik arz eden suçtan dolayı cezalandırma, d) bu ihtimalde yalnızca tamamlanan kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırma, e) bu ihmalde kasten öldürmeye teşebbüs suçundan dolayı cezalandırma, söz konusu olacaktır.

C) Suçun Konusunun Niteliğine Göre Ayrım Yapan Görüş

Alternatif kastla hareket eden failin cezai sorumluluğunun belirlenmesinde esas itibariyle problem teşkil eden alan, failin kastının kapsamına dâhil olmakla birlikte, somut durumda gerçekleşmeyen suçlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Nitekim atının yanında duran bir kimseye karşı bir el ateş eden failin, ya atı ya da atın sahibini vurmaya kast etmesi, fakat neticede yalnızca atın isabet alması durumunda esas problem daha ağır nitelik arz eden teşebbüs edilen öldürme suçu ile ilgilidir. Bu bağlamda bu görüşe göre, cezalandırmanın tespiti bakımından suçun konusuna göre bir ayrım yapılmalıdır, şöyle ki alternatif kastla hareket eden fail tarafından hedef alınan nesnelere bütünü konusu itibariyle eşdeğer nitelikte ise (örneğin, iki insan hedef alınır) failin kastının yöneldiği yalnızca bir tamamlanan suç vardır, diğer suç konusu ile ilgili ayrıca teşebbüs sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.⁷⁵ Bununla birlikte, failin kastının yöneldiği suçun konuları eşit değerde değilse, (örneğin, bir insan ve bir hayvan hedef alınır) fail hukuken korunan daha yüksek bir değeri ihlal ederse (bir insanı öldürse) bu halde yalnızca tamamlanan suç bakımından cezalandırma söz konusu olacak, ayrıca diğer suç (sahipli hayvanı öldürme) bakımından teşebbüs sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.⁷⁶ Öte yandan, fail daha düşük bir hukuki menfaati ihlal ederse (örneğin bir köpeği öldürürse), tamamlanan bu suçla birlikte, daha yüksek değerdeki hukuki menfaatin (bir insanın yaşamının) ihlaline ilişkin bir teşebbüs söz konusu olacak, bu nedenle failin hem tamamlanmış sahipli hayvanı öldürme suçu hem de kasten öldürmeye teşebbüs suçlarını işlediği

⁷⁵ Eisele/Heinrich, *AT*, Kapitel 6, Kn. 199.

⁷⁶ Eisele/Heinrich, *AT*, Kapitel 6, Kn. 199.

kabul edilecektir.⁷⁷ Burada yine fail tek fiil ile birden fazla suçu işlemeye kast ettiği, fikri içtima kapsamında cezalandırmanın tespiti yapılacaktır.⁷⁸ Ancak fail hiçbir hedefi vuramazsa, bu durumda daha ağır bir suç olduğu için öldürmeye teşebbüs dikkate alınacaktır.⁷⁹

Yine bu görüşe göre fail, birden fazla insanın ve bu insanlara ait köpeklerin bir arada bulunduğu bir kalabalığa karşı alternatif kastla hareket ederek örneğin, ateş edebilir veya taş atabilir. Bu durumda failin atışı bir insana denk gelirse, fail yalnızca kasten öldürme/öldürmeye teşebbüsten cezalandırılacak, diğer suç konuları dikkate alınmayacak; failin atışı bir köpeğe isabet ederse, bu halde sahipli hayvanı öldürme suçu ile öldürmeye teşebbüs suçu arasında fikri içtima hükümleri uygulanacak; atışın hiçbir suç konusuna isabet etmemesi halinde ise yalnızca öldürmeye teşebbüs suçu dikkate alınacaktır.⁸⁰ Aynı nitelikte olan suçlardan birinin tamamlanması diğerinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda, teşebbüs aşamasında kalan suçun göz ardı edilmesi, bu görüşe yönelik en önemli eleştiri olarak ileri sürülebilir. Bununla birlikte bu görüşün alternatif kast-kümülatif kast ayrımını, hâkim görüşe göre daha tutarlı olarak saptadığı ifade edilebilir. Zira hakim görüş hem alternatif kast durumunda hem de kümülatif kast durumunda, fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Bu görüşü yukarıdaki ihtimaller çerçevesinde değerlendirdiğimizde, a) bu ihtimalde kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırma, b) bu ihtimalde yalnızca tamamlanan kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırma, c) bu ihtimalde daha ağır nitelik arz eden suça teşebbüsten dolayı cezalandırma, d) bu ihtimalde yalnızca tamamlanan kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırma, e) bu ihmalde sahipli hayvanı öldürme suçu ve kasten öldürmeye teşebbüs suçu arasında fikri içtima kapsamında cezalandırma, söz konusu olacaktır.

D) Hâkim Görüş

Alternatif kast durumunda, Alman hukukunda hâkim görüş fikri içtimaı kabul etmektedir.⁸¹ Diğer bir ifadeyle hâkim görüşe göre failin alternatif

⁷⁷ Eisele/Heinrich, *AT*, Kapitel 6, Kn. 199.

⁷⁸ Heinrich, *AT*, § 12, Kn. 294.

⁷⁹ Eisele/Heinrich, *AT*, Kapitel 6, Kn. 199.

⁸⁰ Heinrich, *AT*, § 12, Kn. 294.

⁸¹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *AT*, § 11, Kn. 56.

kastıyla ilgili bütün suçlar cezalandırılmada dikkate alınmalıdır.⁸² Örneğin, gece karanlığından kısa bir süre sonra ormancı F, av köpeğiyle birlikte kaçak avcı W'nin peşine düşer. W, F'yi öldürmek veya en azından köpeğini öldürmek amacıyla son kurşununu takipçilerine doğru ateşler, kurşun köpeğe isabet eder.⁸³ Hâkim görüşe göre bu durumda W tamamlanmış sahipli hayvanı öldürme suçu ile adam öldürmeye teşebbüs suçundan fikri içtima çerçevesinde cezalandırılacaktır. Bu noktada hâkim görüşe getirilen eleştiri, alternatif kast ile kümülatif kast arasındaki ayrımın farklı olması gerektiğine yöneliktir. Nitekim alternatif kastla hareket eden fail yalnızca bir suç işleyebileceğini, bunun mümkün olduğunu bilmesine karşın, kümülatif kastla hareket eden fail, hareketiyle birden fazla suç tipini birlikte işleyebileceğini mümkün görmektedir. Kümülatif ve alternatif kastın geniş kapsamlı bir birlikteliğine yol açan hâkim görüş, davranışıyla en fazla bir suç tipini meydana getireceğini varsayan bir faili, davranışıyla birden fazla suç tipini meydana getirmenin mümkün olduğunu düşünen bir faille aynı şekilde cezalandırmanın ikna edici olmaması nedeniyle eleştirilmektedir.⁸⁴ Nitekim yukarıdaki örnekte her iki suçun da cezalandırmada dikkate alınması (sahipli hayvanı öldürme ve öldürme suçu), failin her iki suçun da gerçekleşmesini ciddi şekilde mümkün olduğunu düşündüğü kümülatif kast ile alternatif kast arasındaki farkın tespiti bakımından belirsizliğe yol açmaktadır.⁸⁵ Bu eleştiriye karşı hakim görüş, cezanın belirlenmesi aşamasında hakkaniyete aykırı bir şekilde cezalandırmanın ağırlaştırılmasından kaçınmak için, cezanın belirlenmesinde yalnızca bir hukuken korunan menfaatin ihlal edilebileceğinin hafifletici bir sebep olarak dikkate alınabileceğini savunmaktadır.⁸⁶ Ancak somut olarak uygulamada bunun nasıl yapılacağı, hâkim görüş bakımından hala tartışmalıdır.

Hâkim görüş çerçevesinde yukarıdaki örnekte, sahipli hayvanı öldürme suçu ile öldürmeye teşebbüs suçu arasında fikri içtima hükümleri uygulanacak, tamamlanan suçun haksızlık içeriğinin az olması bu suçun geri planda kalmasına yol açmayacak; hiçbir suçun gerçekleşmemesi halinde yine

⁸² Wessels/Beulke/Satzger, *AT*, § 7, Kn. 351.

⁸³ Wessels/Beulke/Satzger, *AT*, § 7, Kn. 350.

⁸⁴ Hoffman-Holland, *AT*, 2. Kapitel, Kn. 170.

⁸⁵ Murmann, *AT*, § 24, Kn. 36; Joachim Hruschka, "Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?", *Juristen Zeitung (JZ)*, 40. Jahrgang, 1985, Nr. 1, 1-10, s. 6.

⁸⁶ Rengier, *AT*, § 14, Kn. 52.

daha ağır suç dolayısıyla sorumluluk yoluna gidilmeyip yine fikri içtima uygulanacaktır.⁸⁷

Türk hukukunda da benzer şekilde alternatif kast durumunda Önder,⁸⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır,⁸⁹ Öztürk/Erdem,⁹⁰ Demirbaş⁹¹ ve Akbulut⁹² fikri içtimayı kabul etmektedir.

Bu görüşü yukarıdaki ihtimaller çerçevesinde değerlendirdiğimizde, a) bu ihtimalde kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı fikri içtima kapsamında cezalandırma, b) bu ihtimalde tamamlanan kasten öldürme suçu ile öldürmeye teşebbüs suçu bakımından fikri içtimadan dolayı cezalandırma, c) bu ihtimalde her iki suça teşebbüsten fikri içtima kapsamında cezalandırma, d) bu ihtimalde tamamlanan kasten öldürme ve diğer suça teşebbüsten fikri içtima dolayısıyla cezalandırma, e) bu ihmalde sahipli hayvanı öldürme ve kasten öldürmeye teşebbüs suçu arasında fikri içtima kapsamında cezalandırma, söz konusu olacaktır.

E) Görüşümüz

Alternatif kast birden fazla kast türünün bir arada bulunmasını ifade etmekle birlikte, bu kast türü bakımından en esaslı kısım, failin kastının yöneldiği suç tiplerinden aslında yalnızca birisini gerçekleştirebileceğini bilmesidir. Aksi durum kümülatif kast olacağı için konumuz dışındadır. Alternatif kasta sahip fail herhangi bir şekilde hataya düşmemektir, ancak fail bakımından muallakta kalan nokta, neticede hangi suçun işleneceğidir. Bu durumu bilen fail, bir nevi ya o netice ya da diğer netice gerçekleşsin şeklinde hareket etmektedir. Dolayısıyla fail her iki suçu da birlikte işleyemeyeceğini, bunun mümkün olmadığını bilmektedir. Kümülatif kasttan farklı olarak alternatif kastta öncelikle bu durumun göz önünde bulundurulması gerekir. Nitekim davranışıyla en fazla bir suç tipini meydana getireceğini varsayan bir faili, davranışıyla birden fazla suç tipini meydana getirmenin mümkün olduğunu düşünen bir faille aynı şekilde cezalandırma, kanaatimizce ikna edici olmayacaktır.

⁸⁷ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *AT*, § 11, Kn. 56.

⁸⁸ Önder, s. 314.

⁸⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 418.

⁹⁰ Öztürk/Erdem, s. 254.

⁹¹ Demirbaş, s. 392.

⁹² Akbulut, s. 462.

Yukarıda ifade edildiği üzere gerek Türk Hukukunda gerekse Alman Hukukunda alternatif kastla hareket eden failin cezalandırılması bakımından hâkim görüş mevcut suç tipleri bakımından fikri içtimaı savunmaktadır. Ancak kanaatimizce suçun konusunun niteliğine göre ayırım yapan görüşün, alternatif kastla hareket eden failin cezalandırılması noktasında daha isabetli ve makul olduğunu düşünmekteyiz. Zira yalnızca iki suç konusunun mevcut olduğu durumlar bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanması makul olabilirken, çoklu durumlar bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanması kanaatimizce problem arz etmektedir. Örneğin,⁹³ bir hastanede 50 kişi bir kan preparatı ile tedavi edilmiştir. Birkaç saat sonra tüm hastalarda hastalık belirtileri ortaya çıkmıştır. Sorumlu doktor A, bunların saatler içinde ölüme yol açan nadir bir hastalığın belirtileri olduğunu belirlemiştir. Hastanede tedavi için acil olarak gerekli olan ilaçtan sadece bir tane vardır. Hastane dışından getirilecek ilaçlar, diğer hastaların tedavi edilmesi için vaktinde getirilmeye uygun değildir. A bu olayda bütün hastalar bakımından garantör konumundadır. A'nın mevcut bir ilaçla bir kişiyi kurtardığını ve böylece görevini yerine getirdiği varsayımında, geri kalan 49 hastayla ilgili olarak A bakımından ihmal yoluyla adam öldürme dikkate alınmayacaktır. Zira A'nın birden fazla kişiyi kurtarması mümkün değildir. Bu nedenle, A'nın davranışı hukuka aykırı değildir. Bununla birlikte, A'nın en başından itibaren herhangi bir hastayı kurtarması reddetmesi ihtimalinde hâkim görüş, A kurtarma gerekliliklerinden hiçbirini yerine getirmediği için, 49 adam öldürmeye teşebbüs ile birlikte tamamlanmış bir adam öldürme suçunu varsaymak zorunda kalacaktır. Ancak bunun doğru bir sonuç olamayacağı açıktır, çünkü A bir hastayı kurtarırsa, diğer 49 hastayı kurtarmadığı için suçlanamaz. Tam tersine A'nın görevini ihlal ederek bir kişiyi kurtarmaması, diğer 49 kişiyi de kurtarmaya çalışmamakla suçlanmasına yol açmamalıdır.

Suç konusunun niteliğine göre ayırım yapan görüşü, her ne kadar farklı açılardan eleştirilebilir olsa da daha makul ve uygulanabilir olarak görmekteyiz. Ayrıca suç konusunun tek olduğu fakat failin içinde bulunduğu durum dolayısıyla hangi suç tipinin gerçekleşeceğini bilmediği durumlar (örneğin, hırsızlık veya kaybolan eşyayı alma) bakımından, yalnızca gerçekleşen suç tipinin dikkate alınması gerektiğini savunmaktayız.

Bu bağlamda savunduğumuz bu görüşe göre, giriş kısmında yer verilen kâğıt uçak olayıyla ilgili olarak yalnızca tamamlanan kasten yaralama suçu

⁹³ Schmitz, s. 305.

dikkate alınacak, ayrıca teşebbüs sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Yukarıda yer alan alternatif kastla ilgili olay grupları bakımından ise: a) Burada yalnızca bir öldürmeye teşebbüs suçu değerlendirilecek b) Bu ihtimalde yalnızca bir tamamlanan öldürme suçu dikkate alınacak, c) Bu ihtimalde yalnızca bir öldürmeye teşebbüs suçu dikkate alınacak d) Bu ihtimalde yalnızca tamamlanan öldürme suçu cezalandırma bakımından değerlendirilecek e) Bu ihtimalde ise tamamlanan sahipli hayvanı öldürme suçu ile yalnızca bir öldürmeye teşebbüs suçları arasında fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.

VI. ALTERNATİF KASTLA İLGİLİ YÜKSEK MAHKEME KARARLARI

Alternatif kastla ilgili Alman Federal Mahkemesi (BGH) tarafından verilen karar sayısı çok nadirdir.⁹⁴ Bu durum alternatif kastın bir kast türü olarak değerlendirilmemesi, aslında birden fazla kast türünün bir araya gelmesi nedeniyle söz konusu olduğu gibi, sorunun daha çok suçların içtimaı düzeyinde ele alınmasından da kaynaklanmaktadır. Türk hukukunda da benzer yaklaşım söz konusudur. Nitekim alternatif kast konusu çoğunlukla suçların içtimaı kapsamında değerlendirildiğinden doktrinde yeterince ele alınmamakta, ayrıca bizatihi bu kast türünün anıldığı Yargıtay kararına ulaşılamamaktadır.

Bu başlıkta alternatif kast konusuyla bağlantılı gerek BGH (Alman Federal Mahkemesi) tarafından verilen gerekse Yargıtay tarafından verilen birkaç karara değinerek, yüksek mahkemelerce cezalandırmanın tespiti noktasında ne şekilde çözüme varıldığına yer verilecektir.

BGH kararına konu bir olayda, A gece uyandığında, karısı E ve en yakın arkadaşı F'yi oturma odasındaki kanepede yarı çıplak yatarken görür. Onların kendi rızalarıyla cinsel ilişkiye girdiklerine kanaat getirerek bir balta alır ve kendiliğinden oluşan bir öfke patlamasıyla E'nin yanında yatan F'nin kafasına doğru vurur. Bunu yaparken, F'ye vurmak yerine, yanında yatan E'nin kafasına vuracağını ve balta ile güçlü bir darbenin hayati tehlikeye neden olabileceğinin farkındadır. Nitekim darbe F'yi ıskalayıp E'ye isabet eder ve E ertesi sabah yaralanmanın sonucu olarak ölür. F ise zarar görmeden kaçmayı başarır.⁹⁵ BGH, bu olayda durumu, aberratio ictus (hedefte sapma) olarak

⁹⁴ Yüz yıldan fazla bir süredir tartışma konusu olan alternatif kast konusuna Yüksek yargı kararlarında yeterince değinilmediğine yönelik eleştiri için bkz. Schmitz, s. 318.

⁹⁵ Christian Jäger, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, C. F. Müller, 2019, § 3, Kn. 71, (BGH NSTZ 2009, 210).

değerlendirmiş, faili yalnızca tamamlanan suçtan dolayı (kasten öldürme) cezalandırmıştır.⁹⁶

Ancak bu olayda alternatif kast değerlendirilmesi yapılması gerekirdi, zira fail yalnızca eşinin değil aynı zamanda arkadaşının da balta darbesiyle isabet alacağını öngörmüş ve buna göre icra hareketlerine başlamıştır. Dolayısıyla failin en azından arkadaşı bakımından olası kastla hareket ettiği, her ne kadar netice gerçekleşme de, alternatif kast kapsamında failin arkadaşına yönelik kastının da göz önünde bulundurulması gerekirdi. Her ne kadar bizim de katıldığımız görüşe göre, alternatif kastla hareket eden failin, suçun konusuna göre bir ayırım yapıp, bu olay bakımından sonuçta yalnızca kasten öldürme suçundan ceza verilmesi gerekse de, olayda alternatif kasta ilişkin Yüksek Mahkemece değerlendirme yapılmasının daha isabetli olacağı söylenebilir.

BGH kararına konu başka bir olayda, fail sekiz on kişilik yaya grubundan birisine çarpmak üzere arabasını bu kişilere doğru sürmüş, netice olarak kimseye bir şey olmamıştır. İstinaf mahkemesi trafik güvenliğini tehlikeye koyma ve kasten öldürmeye teşebbüs suçları bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. BGH ise, öldürmeye yönelik kastın yeterince temellendirilememesi sebebiyle kararı bozmuştur.⁹⁷

Kanaatimizce olayda fail, yaya grubundan bir kimseye çarpmak üzere aracını bu gruba doğru sürse de, çarpacağı kişinin netice olarak kim olacağını bilmemektedir. Diğer bir ifadeyle fail bu olayda alternatif kastla hareket etmektedir. Ancak trafik güvenliğinin tehlikeye konulması suçu ve yaya grubundan bir kişiye karşı işlenecek suç bakımından ise failin kümülatif kastla hareket ettiği söylenebilir. Bu bağlamda savunduğumuz görüş çerçevesinde, olayda trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ve kasten öldürmeye/ yaralamaya teşebbüs suçu arasında fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.

Ocak 2021 tarihli bir BGH kararında, sanık iki kişiye doğru bir çekiç fırlatmış ve iki kişiden hangisine isabet edeceğini önceden bilmeden bir kişiyi yaralamıştır. İstinaf Mahkemesi sanığı kasten yaralamaya teşebbüs ile fikri içtima hükümleri çerçevesinde kasten yaralama suçundan mahkûm etmiş;

⁹⁶ Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2021_4_1542.pdf> Erişim Tarihi 11 Mayıs 2023. Ayrıca bkz. Bernd von Heintschel-Heinegg, Alternativer Vorsatz oder «Die untreue Ehefrau», *JA* 2009, s. 149-150.

⁹⁷ Schmitz, s. 317. Benzer bir olayla ilgili yüksek mahkeme kararı değerlendirmesi için ayrıca bkz. Jan C. Joerden, “Zum Vorsatz beim Hineinfahren in eine Fußgängergruppe”, BGH, 24.7.1989-4StR 356/89, *Juristen Zeitung (JZ)*, 45. Jahrgang, 1990, Nr. 6, 297-298.

sanığın temyizi üzerine BGH bu mahkûmiyeti onamıştır. Sanığın, suçun her iki mağduru için değil de sadece biri için bedensel zararın meydana gelmesinin mümkün olduğunu belirtmesi, iki olası kastla yaralamanın varsayılmasına engel teşkil etmemiştir.⁹⁸

Savunduğumuz görüş çerçevesinde, hedefte sapma söz konusu değildir, zira fail somut neticenin gerçekleştiği ki bakımından da kasten (olası) hareket etmektedir. Kanaatimizce bu olayda yalnızca kasten yaralama suçundan dolayı ceza verilmesi gerekmektedir. Zira bu olayda sanığın beyanına uygun şekilde, her ne kadar failin kastı yöneldiği her iki suç tipini de kapsamakta ise de, netice olarak fail yalnızca bir suç tipini gerçekleştirebileceğini mümkün görmektedir.

BGH tarafından verilen yukarıdaki olaya benzer bir olay ülkemizde yaşanmıştır. Nitekim Yargıtay kararına konu olayda,⁹⁹ sanık aralarında çıkan tartışma sırasında elindeki çay bardağını eşine doğru fırlatmış, çay bardağı sanığın eşine isabet etmeyerek sanığın eşinin yanında bulunan katılana isabet etmiştir. Yargıtay, olayda sanığın eylemini hukuki anlamda tek fiil olarak görmüş, sanığın bu fiili ile hem silahla basit yaralamaya teşebbüs hem de olası kastla silahla yüzde sabit iz oluşacak şekilde yaralama suçlarını işlediğini belirtmiştir. Ancak Yargıtay, kasten yaralama suçunun, TCK'nın 43/3. maddesinde belirtilen suçlardan olması dolayısıyla aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanamayacağı ve işlenen suçların farklı neviden olmaması nedeniyle TCK'nın 44. maddesinin uygulanma olanağının bulunmadığını kabul etmiştir. Bu sebeple Yargıtay olayda, TCK m. 44 çerçevesinde fikri içtima hükümlerinin uygulanmaması gerektiğine, sanığın katılana yönelik olası kastla silahla yüzde sabit iz oluşacak şekilde yaralama suçundan ve mağdura yönelik silahla kasten yaralamaya teşebbüs suçundan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir.

Kanaatimizce, olayda sanık eşine yönelik doğrudan kastla hareket etmiş, eşinin yanında bulunan katılana yönelik ise olası kastla hareket

⁹⁸ Yao Li, “Der dolus alternativus” *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, 1, 2022, <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2022_1_1464.pdf>; Tobias Reinbacher, “Der Alternativvorsatz”, *Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift*, 4, 2022, <<https://www.dgstz.de/storage/documents/piZYpqiW4X85ftxi4f9bkfUloJN3oj3KfFEIF11.pdf>>, Erişim Tarihi 11 Mayıs 2023. Alternatif kastla azmettirme arasındaki ilişki bağlamında bkz. Wolfgang Mitsch, “Dolus alternativus, Anstiftung und Tatsachenalternativität”, *Juristische Ausbildung*, (1), 2023, s. 57 vd; Alternatif kast ve gönüllü vazgeçme konusunda ayrıca bkz. Nikolaus Bosch, “Dolus alternativus und Rücktritt vom Versuch”, *JA*, 2006, 330-332.

⁹⁹ Yargıtay 3. CD., E. 2019/11369, K. 2019/12131, T. 10.06.2019.

etmiştir. Dolayısıyla olayda tek fiille birden fazla suça yönelen, ancak bu suçlardan yalnızca birisinin işlenmesinin mümkün olduğu alternatif kast söz konusudur. Burada failinin her iki kişiyi de öncelikli hedef alabileceği, diğer bir ifadeyle olaydaki gibi doğrudan kast-olası kast birlikteliğinin söz konusu olduğu alternatif kast birleşiminden farklı olarak, doğrudan kast-doğrudan kast birlikteliğinin ortaya çıkması da mümkündür. Dolayısıyla vurgulamak istediğimiz nokta, bu tarz olayları yalnızca hedefte sapma konusuyla bağlantılı değerlendirmek her durumda ikna edici olmayabilir. Bu bağlamda savunduğumuz görüş çerçevesinde olayda benzer suç konuları mevcut olduğu için, yalnızca tamamlanan kasten yaralama suçundan dolayı ceza verilmeli, aynı zamanda teşebbüs aşamasında kalan suç dolayısıyla ceza verilmemelidir.

Bir başka Yargıtay kararında,¹⁰⁰ sanık ve katılanlar arasında tartışma çıkmış, tartışma sonrasında sanık yerden aldığı taşı katılana doğru fırlatmış, taş katılana isabet etmeyerek, katılanın yakınında bulunan diğer katılana isabet ederek yaralanmasına sebep olmuştur. İlk derece mahkemesi olası kast ile silahla kasten yaralama ve silahla kasten yaralamaya teşebbüs suçlarından sanığın ayrı ayrı mahkûmiyetine karar vermiştir. Ceza Dairesi ise, olası kastla yaralama” ve “silahla kasten yaralamaya teşebbüs” suçlarının aynı neviden olduğu hususunda şüphe bulunmadığı, kasten yaralama suçunun TCK’nin 43/3. maddesinde belirtilen suçlardan olması nedeniyle bu suçta zincirleme suç hükümleri uygulanamayacağı, dolayısıyla aynı neviden fikri içtima hükümlerinin düzenlendiği TCK’nin 43/2. maddesinin ve ayrıca işlenen suçların farklı neviden olmaması nedeniyle TCK’nin 44. maddesindeki fikri içtimanın uygulanma olanağı da bulunmadığı, bu sebeple sanığın katılana yönelik olası kastla yaralama suçundan ve diğer katılana yönelik silahla kasten yaralamaya teşebbüs suçundan ayrı ayrı cezalandırılmasına karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir.

Kanaatimizce yukarıda yer verilen olayda, fail katılana yönelik doğrudan kastla hareket etmekte, katılanın yanında yer alan diğer katılana yönelik ise olası kastla hareket etmektedir. Burada doğrudan kast-olası kast birlikteliğinin olduğu alternatif kast söz konusudur. Savunduğumuz görüş çerçevesinde, burada hedef alınan suç konuları eşit değerde olduğu için yalnızca tamamlanan kasten yaralama suçundan dolayı ceza verilmesi gerekirdi.

Yargıtay 1. Ceza Dairesince hükme konu, alternatif kast ve kümülatif

¹⁰⁰ Yargıtay 1. CD., E. 2021/10263, K. 2021/12766, T. 27.09.2021.

kastın birlikte mevcut olduğu ilginç bir olay vardır.¹⁰¹ Dosya kapsamına göre; olay günü mağdur, yakınlarını ziyaret etme amacıyla aracıyla seyir halindeyken, üzerine araç sürülmesine sinirlenen sanığın, yakın mesafeden mağduru hedef gözeterek atmış olduğu taş aracın arka kısmına ve araç içerisinde bulunan maktulün başına isabet etmiş, maktul kafatası kemik kırıklarına bağlı solunum ve dolaşım durması neticesinde hayatını kaybetmiş, mağdur ise herhangi bir isabet almamıştır. Ceza Dairesi olayda, sanığın eyleminin tek taş atımı ile maktule yönelik olası kastla öldürme, mağdura yönelik ise kasten yaralamaya teşebbüs eylemi olduğu, sanığın 5237 sayılı TCK’nin 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima nedeniyle tek fiille birden fazla farklı suçun işlenmesine sebep olduğu, olayda “farklı neviden fikri içtima” kabul edilerek olası kastla öldürme ve yaralamaya teşebbüs suçlarından en ağır cezayı gerektiren suç olan sadece olası kastla öldürme suçundan cezalandırılması gerekirken, yazılı şekilde ayrıca mağdura karşı öldürmeye teşebbüs suçundan ceza verilerek fazla ceza tayininin, bozmayı gerektirdiğine hükmetmiştir.

Her ne kadar Yargıtay kararında sanığın attığı taşın arabanın camını kırarak, maktule isabet etmesi dolayısıyla ayrıca mala zarar verme suçu değerlendirmeye alınmasa da, olayda ilk derece mahkemesinin kararında bu duruma değinilmiştir. Bu olayda ayrıca kümülatif kastın söz konusu olması, atılan taşın mağdura ya da maktule isabet edebilmesi için mutlaka araç camını kırmasına bağlı olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle sanık araç camını kırmadan mağdura ya da diğer kişiye zarar veremeyecektir. Olayda bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde, sanık araçta yer alan kişilere yönelik her iki neticeyi de birlikte gerçekleştiremeyeceği için, diğer bir ifadeyle alternatif kastla hareket ettiği için, yalnızca tamamlanan öldürme suçundan dolayı cezalandırılmalıdır. Bununla birlikte fail aynı zamanda mala zarar verme suçunu gerçekleştirmeden diğer suç tipini gerçekleştiremeyeceği için, diğer bir ifadeyle fail aynı zamanda kümülatif kastla hareket ettiği için, kanaatimizce netice olarak tamamlanan öldürme suçu ile mala zarar verme suçu arasında fikri içtima hükümleri uygulanması gerekir.

SONUÇ

Kastın çeşitli biçimleri, bazen alternatif bir şekilde bir araya gelebilir. Bu tarz durumlarda fail belirli bir eylemi gerçekleştirirken, birbirini dışlayan iki

¹⁰¹ Yargıtay 1. CD., E. 2021/12108, K. 2021/14960, T. 14.12.2021. İlgili karara ulaşmama yardımcı olan, karar üzerinde birlikte değerlendirme yaptığımız, kıymetli arkadaşım Cumhuriyet Savcısı Sedat SEKBAN’a yardımları dolayısıyla teşekkür ederim.

suç tipi veya neticeden birini mi yoksa diğerini mi gerçekleştireceğini kesin olarak bilmemekte, ancak her iki olasılığı da göze alarak kabul etmektedir. Ancak burada önemli olan failin her iki neticeyi de birlikte gerçekleştirmesinin mümkün olmadığını bilmesidir. Alternatif kast olarak ifade edilen bu haller kümülatif kasttan farklıdır, zira kümülatif kastta fail her iki neticenin de gerçekleşmesini mümkün görmektedir. Alternatif kast konusunda yapılan tartışma yüz yıldan fazla bir süredir devam etmesine karşın, alternatif kastla hareket eden failin gerçekleştirdiği haksızlığın kusur yargısı bağlamında ne şekilde ele alınması gerektiği halâ açıklığa kavuşturulamamıştır.¹⁰²

Alternatif kastta failin mutlaka bir suç tipi bakımından doğrudan kastla, diğer suç tipi bakımından ise olası kastla hareket etmesine gerek yoktur. Örneğin, bir terör örgütü mensubunun, tek mermisi kalmış silahıyla toplu halde bir yerde duran güvenlik güçlerine ateş ettiğini varsayalım. Burada teröristin yalnızca bir askere ya da polise yönelik doğrudan kastla hareket ettiği, diğerlerine yönelik ise olursa olsun diyerek olası kastla hareket ettiği düşünülemez. Failin suçun tamamlaması konusunda bilerek ve isteyerek hareket ettiği inkâr edilemez. Fail, suçun gerçekleşmesine ilişkin her iki olasılığı da failen kastına dâhil etmiş ve bu bakımdan her durumda koşulsuz bir irade ile hareket etmiştir. Belirsizlik sadece neticede failin hangi suç tipini gerçekten gerçekleştirebileceği konusunda vardır. Ancak bu gibi durumlar, failin kontrolü dışındadır ve kastı üzerinde hiçbir etkisi yoktur.

Alternatif kastta cezalandırmanın ne şekilde belirleneceği çok tartışmalıdır. Burada esas problem gerçekleşmeyen, diğer bir ifadeyle teşebbüs aşamasında kalan neticeler bakımından ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre fail yalnızca tamamlanan suç dolayısıyla cezalandırmanın yapılması gerektiğini savunmaktadır, zira bu görüşe göre teşebbüs aşamasında kalan suça ilişkin kast, diğer suçun tamamlanmasıyla tüketilmektedir. Ancak bu görüş teşebbüs aşamasında kalan suçun haksızlık içeriğinin daha fazla olması durumunda ikna edici olmamaktadır. Nitekim fail her iki suça yönelik kasten icra hareketlerine başlamıştır. Bir diğer görüş ise failin daha ağır suç dolayısıyla cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Örneğin bir insan ve hayvana yönelik alternatif kastla gerçekleştirilen atışın yalnızca hayvana isabet etmesi durumunda, bu görüş haksızlık içeriğinin daha fazla olması nedeniyle, cezalandırmanın yalnızca öldürmeye teşebbüs olması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu görüş de niçin tamamlanan suç dolayısıyla cezalandırmanın yapılmadığı

¹⁰² Schmitz, s. 331.

gereğesiyle eleştirilmektedir. Türk ve Alman hukukunda hâkim görüş ise alternatif kastla hareket eden failin cezalandırılması noktasında fikri içtimain söz konusu olması gerektiğini savunmaktadır. Alternatif kastın cezalandırılması noktasında savunduğumuz görüş, suçun konusuna göre ayırım yapan görüştür. Bu görüşün hâkim görüşten farkı, yalnızca iki suç konusunun mevcut olduğu durumlarda hâkim görüşe göre suç konusuna göre ayırım yapan görüş daha tutarlı bir görüş ortaya koymaktadır. Kaldı ki hâkim görüşe göre hedef alınan ve suç konularının söz konusu olduğu iki suç konusundan her ikisi de isabet almazsa, hâkim görüş yalnızca daha ağır suça ilişkin teşebbüs sorumluluğu değil, aynı zamanda teşebbüs aşamasında kalan her iki suç tipi bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Kanaatimizce bu çözüm kümülatif kast-alternatif kast arasındaki ayrımını muğlak hala getirmektedir.

Gerek Türk hukuku gerekse Alman hukuku yüksek yargı kararlarında alternatif kasta pek değinilmemektedir. Bu durum alternatif kastın hem bir kast türü olmayıp birden fazla kast türünün bir araya gelmesinden kaynaklandığı gibi, sorunun daha çok içtima düzeyinde ele alınmasından da kaynaklanmaktadır. Yukarıda yer verilen bir BGH kararında, yüksek mahkeme olayı hedefte sapma olarak değerlendirmiştir. Kanaatimizce alternatif kastla ilgili durumları hedefte sapma olarak değerlendirmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Yargıtay kararlarında da konuyla ilgili yeknesaklık söz konusu olmayıp, bazı durumlarda fikri içtima hükümleri uygulanırken bazı hallerde ise gerçek içtima hükümleri uygulanmaktadır.

Netice olarak alternatif kast konusunda ortaya koyduğumuz çözüm önerisi elbette öznel bir yaklaşım olduğu için konuyla ilgili tartışmayı sona erdirme gibi iddialı bir amaç taşımamaktadır.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Artuk M/Gökçen, A/Alşahin, M/Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Baumann J/Weber U/Mitsch W/Eisele J, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 12. Auflage, Verlag Giesecking, 2016.
- Bosch N, “Dolus alternativus und Rücktritt vom Versuch”, *JA 2006*, s. 330-332.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Dönmezer S/Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II*, 12. Bası, Beta Yayıncılık, 1999.
- Eisele J/Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil für Studienanfänger*, 1. Auflage, Verlag Kohlhammer, 2017.
- Feuerbach, P, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14. Auflage, Verlag Giessen, Heyer, 1847.
- Fischer T, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, 65. Auflage, C. H. Beck, 2018.
- Fuchs H/Zerbes I, *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre von der Straftat*, 10. Auflage, Verlag Österreich, 2018.
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Verlag Kohlhammer, 2016.
- Heintschel-Heinegg B, “Alternativer Vorsatz oder «Die untreue Ehefrau»”, *JA 2009*, 149-150.
- Hilgendorf E/Valerius B, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, C. H. Beck, 2015.
- Hoffman-Holland K, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Mohr Siebeck Verlag, 2015.
- Hruschka J, “Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?”, *Juristen Zeitung (JZ)*, 40. Jahrgang, 1, 1985, s. 1-10.
- Jakops G, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, De Gruyter, 1991.

- Jäger C, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, C. F. Müller, 2019.
- Jeßberger F/Sander C, “Der Dolus Alternativus”, *Juristische Schulung*, 12, s.1065-1067.
- Jeßberger F/Sander, C, “Alternatif Kast (Dolus Alternativus)”, *Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, II, 2010, s. 1153-1158. (Çeviren: Meraklı S)
- Joecks W/Kulhanek T, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Auflage, C.H. Beck, 2020.
- Joerden J, “Zum Vorsatz beim Hineinfahren in eine Fußgängergruppe”, BGH, 24.7.1989-4StR 356/89, *Juristen Zeitung (JZ)*, 45. Jahrgang, 1990, Nr. 6, s. 297-298.
- Kaspar J, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Nomos, 2017.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Kindhäuser U, *Nomoskommentar, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*, 7. Auflage, Nomos, 2017.
- Kindhäuser U, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Nomos 2015.
- Krey V/Esser R, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Verlag Kohlhammer, 2016.
- Kühl K, in: *Lackner/Kühl StGB*, 29. Auflage, C. H. Beck, 2018.
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Vahlen, Verlag Vahlen, 2012.
- Li, Yao “Der dolus alternativus” *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, 1, 2022, <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2022_1_1464.pdf>, Erişim Tarihi 11 Mayıs 2023, s. 27-34.
- Mitsch W, “Dolus alternativus, Anstiftung und Tatsachenalternativität”, *Juristische Ausbildung*, (1), 2023, s. 57–63.
- Murmann U, *Grundkurs Strafrecht*, 4. Auflage, C. H. Beck, 2017.
- Otto H, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Auflage, De Gruyter, 2005.

- Önder A, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1992.
- Özbek V/Doğan K/Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Öztürk B/Erdem M, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 22. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022.
- Puppe I, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch*, 5. Auflage, Nomos, 2017.
- Reinbacher T, “Der Alternativvorsatz”, *Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift*, 4, 2022, <<https://www.dgstz.de/storage/documents/piZYpqeiw4X85ftxi4f9bkfUloJN3oj3KFfEIF11.pdf>>, Erişim Tarihi 11 Mayıs 2023, s. 137-142.
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, C. H. Beck, 2018.
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, 2006.
- Schmidt R, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 19. Auflage, Verlag Rolf Schmidt, 2018.
- Schmitz R, “Der Dolus Alternativus”, *ZStW* 112, Heft 2, 2000, s. 301-333.
- Sternberg-Lieben D/Schuster F, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, C. H. Beck, 2019.
- Tozman Ö, “Türk ve Alman Hukukunda Olası Kastla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi”, *CHD*, 12, 2010, s. 139-171.
- Tulay M, *Ceza Hukukunda Şahista ve Konuda Hata (error in persona vel obiecto)*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Wessels J/Beulke W/Satzger H, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 48. Auflage, C. F. Müller, 2018.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**HELAL GIDA SERTİFİKASYONUNUN İDARİ BOYUTU VE
REKABET HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**
ADMINISTRATIVE ASPECTS OF HALAL FOOD CERTIFICATION
AND ITS EVALUATION IN TERMS OF COMPETITION LAW

Elif Banu VARLI*  

Sümeyye ŞİMŞEK**  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1318533](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1318533) 

Helal sertifikasyonu, gıda da dahil pek çok alanı içine alan bir faaliyettir. Fakat hem dünyada hem ülkemizde helal sertifikasyon kuruluşlarının dağınık bir yapısı bulunmakta ve bunlar farklı standartlar benimseyebilmektedir. Bu durumun sebep olduğu uygulama farklılıkları karşısında akreditasyon kurumlarının rolü ve etkinliğinin incelenmesi önem arz etmektedir. Sertifikasyon kurumları ve akreditasyon yetkisi bakımından idare hukukunu, rekabet ihlalleri bakımından ise rekabet hukukunu ilgilendiriyor oluşu konunun idare hukuku ve rekabet hukuku boyutlarıyla detaylı şekilde incelenmesini gerekli kılmıştır. Helal sertifikası veren kuruluşlar özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olabildiği gibi kamu hukuku tüzel kişiliği şeklinde de olabilmektedir. Akreditasyon yetkisi ise bir kamu tüzel kişiliği olan Helal Akreditasyon Kurumuna (HAK) aittir. Sertifika kuruluşları 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen yasaklanan faaliyetlerin bulunması durumunda düzenleyici ve denetleyici bir üst kurul olarak Rekabet Kurumu tarafından cezai müeyyidelere tabi tutulmaktadır. Rekabetin ihlal edildiği noktada Rekabet Kurumu, piyasadaki güvenli rekabet ortamını sağlayarak piyasa düzenini tesis etmelidir.

Anahtar Kelimeler: İdare Hukuku, Rekabet Hukuku, Akreditasyon, Rekabet Kurumu, Helal Akreditasyon Kurumu

* **Arş. Gör.**, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** banu.varli@asbu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-8416-2079,

** **Arş. Gör.**, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** sumeyye.simsek@asbu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-9528-1543, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1318533.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

ABSTRACT

Halal certification is an activity that encompasses many areas, including food. However, both globally and in our country, halal certification organizations have a dispersed structure and can adopt different standards. It is crucial to examine the role and effectiveness of accreditation bodies in the face of the differences in implementation caused by this situation. The fact that administrative law is relevant in terms of certification bodies and accreditation, and competition law is relevant in terms of competition infringements, necessitates a detailed examination of the issue with its administrative law and competition law dimensions. Organizations issuing halal certificates can be legal bodies under private law as well as public law. The authority for accreditation belongs to the Halal Accreditation Institution, a public legal entity. If the conditions of the organizations issuing certificates are formed within the framework of Law No. 4054 on the Protection of Competition, their impact on the market that restricts or inhibits competition can be subject to the acts prohibited by the Law. At the point where competition is violated, as a regulatory and supervisory superior board, the Competition Authority must ensure market order by ensuring a safe competition environment in the market.

Keywords: Administrative Law, Competition Law, Accreditation, Competition Authority, Halal Accreditation Agency

EXTENDED ABSTRACT

Halal food certification is a significant field that necessitates effective legal regulation and supervision, both at the national and international level. This certification, while primarily associated with the food industry, has far-reaching impacts across various sectors. Its primary role is to serve as a determinant of product acceptability in markets adhering to Islamic principles, not only within our country but globally as well. The immense influence of halal certification has resulted in a surge of organizations providing these services, creating a rather dispersed structure. While these organizations must ensure compliance with Islamic law, they also have the liberty to adopt different standards based on their interpretations and methodologies. Such diversity adds versatility to the halal market but simultaneously leads to differences in implementation, creating a complex landscape for consumers and producers. This complexity underlines the importance of effective regulation and monitoring to protect the consumer and ensure fair competition. Institutions like the Halal Accreditation Council (HAC) and the Competition Authority have significant roles in navigating this complexity and enforcing regulations to maintain market order.

The Halal Accreditation Council (HAC), a branch of the Ministry of Commerce, plays a significant role in this complex landscape by accrediting organizations issuing halal certificates based on OIC/SMIIC standards and conducting subsequent inspections. This set of organizations, which include entities under both private and public law such as the TSE (a public legal entity related to the Ministry of Industry and

Technology), can create their own halal standards or adopt international ones, adding to the diversity of the halal market. Amidst this diversity, the fundamental principles of competition law, independence and impartiality, become crucial to maintain a healthy and fair competitive environment. These principles allow an organization to function free from external influences and treat all market players equally without discrimination, thereby protecting consumer interests.

Organizations involved in halal certification must operate in accordance with Law No. 4054 to ensure fair competition in the market. Accreditation bodies play a significant role in maintaining the integrity of the certification process, affecting consumer trust in the halal market. Laws outline the rights, responsibilities, and operations of these bodies, ensuring lawful and transparent activities. As more certification bodies emerge, competition law plays a protective role against anti-competitive practices. Provided they adhere to competition laws, both private and public certification organizations can offer diverse choices to consumers, improve service quality, and decrease costs. State organizations, companies, and associations involved in the halal food market, such as GIMDES, HELALDER, TSE, and KASCERT, need to undergo thorough examination to determine if they hinder competition. The Competition Board holds the authority to decide on legal sanctions following the assessment. To maintain competition, each organization should avoid practices that constrain or distort competition while setting halal certification standards. They must ensure impartial, fair, and non-discriminatory practices when establishing standards and issuing certificates.

Organizations accredited by the Halal Accreditation Council (HAC) are subject to the OIC/SMIIC standards that HAC adopts. However, confusion arises in the application of these standards when it comes to accreditation of certification organizations from other countries, accredited under bilateral or multilateral agreements to which HAC is a party. To eliminate the inconsistency arising from the use of different standards, it is proposed that the accreditation activity, now mandatory through legal regulation by HAC, or institutions authorized by other countries under such agreements, should be carried out based on a single standard. Thus, legal requirements that necessitate accreditation through HAC or institutions authorized by other countries should ideally enforce a uniform set of standards, thereby eradicating any inconsistencies.

In this environment, halal certificate issuing organizations can be either legal entities under private law, such as private corporations or non-profit organizations, or public law, like state-owned entities or governmental bodies. The Halal Accreditation Institution, a public law legal entity, plays a pivotal role as an authority for accreditation, overseeing private entities, and ensuring adherence to set standards. The dynamics between these certification bodies and Law No. 4054 on the Protection of Competition is significant. Should these organizations' conditions align with the provisions of the law, they risk influencing the market in a way that potentially restricts or inhibits competition, thereby falling under the acts that the law prohibits.

Consequently, the competition law and the Competition Authority, as a regulatory and supervisory superior board, must maintain a safe competition environment in the halal market to prevent this from happening and to preserve market order.

In summary, halal certification, as a significant activity spanning across multiple industries, presents unique administrative and competition law challenges. These need to be addressed effectively to ensure the integrity of the certification process, protect the interests of the consumers and producers, and promote fair competition within the market.

GİRİŞ

Helal gıda sertifikasyonu, giderek küreselleşen gıda pazarında önemli bir yer tutmaktadır. Fakat helal gıda sertifikasyonunun karmaşıklığı ve bunun getirdiği zorluklar hem tüketiciler hem de sektördeki diğer aktörler için birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, bu konunun kapsamlı bir şekilde anlaşılması ve çözüm yollarının bulunması, helal gıda sektörünün sağlıklı ve adil bir şekilde büyümesi için önemlidir. Tüketici bilinci arttıkça gıda güvenliği, kalite ve etik standartlar konusunda daha fazla bilgi talep ettikleri görülmektedir. Bu talepleri karşılamak amacıyla, helal gıda sertifikası veren çeşitli kuruluşlar ortaya çıkmıştır. Ancak mevcut sertifikasyon süreci ve standartlarının uygulanması, bir dizi zorluğu da beraberinde getirmektedir. Bu zorlukların başında tek bir standardın olmaması gelmektedir.

Çeşitli sertifikasyon kurumlarının, kendi helal standartlarını oluşturması ya da uluslararası standartları benimsemiş olmaları helal gıda piyasasında standardizasyon konusunda bir belirsizliğe yol açmaktadır. Hem üreticiler hem de tüketiciler açısından bu durum, pazarın düzgün işlenmesini engelleme ve tüketicilerin helal gıda ürünlerine olan güvenini zedeleme tehlikesini bünyesinde barındırmaktadır. Bununla birlikte, standardizasyon kurumlarının fazlalığı, sertifikasyon sürecini karmaşıklştırılabilmekte ve etkinliğini azaltabilmektedir. Çok sayıda standardizasyon kurumunun ve farklı standartların söz konusu olması, sektörde rekabeti zorlaştırabilir ve tüketici nezdinde belirsizliklere neden olabilir.

Kamu hukuku tüzel kişiliği olarak yalnızca Türk Standartları Enstitüsü (TSE) helal sertifikasyonu yapıyor olsa da özel hukuk tüzel kişisi olarak pek çok kuruluş sertifikasyon faaliyeti yürütmektedir. Çalışmada özel hukuk tüzel kişiliği şeklindeki bazı sertifikasyon kuruluşlarının isimlerine örnek kabilinden yer verilmiştir. Fakat sertifika kuruluşlarının burada sayılanlarla sınırlı olmadığını ifade etmek gerekir.

Denetimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusu, dikkat edilmesi gereken bir başka husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim denetim yapan kuruluşların tarafsızlığı ve bağımsızlığı, helal gıda sertifikasyon sürecinin düzgün işlemesi için büyük önem arz etmektedir. Bu konuda devlete önemli görevler düşmektedir. Zira devlet, yasal düzenlemeler yapmak ve gerekli denetim mekanizmasını kurmak suretiyle helal ürünlerin piyasada güvenli bir şekilde dolaşımını ve vatandaşların bu ürünlere güvenli bir şekilde ulaşabilmesini sağlamaktır. Nitekim Anayasa'nın m. 167'de piyasaların sağlıklı ve düzenli bir şekilde işleyebilmesi adına devletin gereken tedbirleri alacağı, tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği hüküm altına alınmıştır. İlgili maddede buna ek olarak, dış ticaretin ülke yararına düzenlenmesi için Cumhurbaşkanının yetkilendirmesi ile ithalat, ihracat gibi işlemler üzerine ek mali yükümlülükler getirilebileceği ifade edilmiştir. Anayasa m. 172'de ise devletin, tüketicileri koruyucu ve onları aydınlatıcı tedbirleri alacağı hüküm altına alınmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) kapsamında rekabet ihlallerinin önüne geçilmesi amacıyla bir dizi hüküm sevk edilmiştir. Bu çalışmada 4054 sayılı Kanun çerçevesinde sertifika kuruluşlarının piyasada rekabeti engelleyici veya kısıtlayıcı etkisi olup olmadığına dair değerlendirmelerde bulunulmuştur. Ayrıca helal sertifikası veren kuruluşlardan kendi standartlarını benimseyenler ile uluslararası standartları benimseyenler arasındaki hukuki durum, rekabet hukuku boyutuyla ele alınmıştır. Sertifika kuruluşlarının, özellikle tek bir standart uygulamama eğilimleri ve bu durumun sağlıklı rekabet ortamı üzerindeki olası olumsuz etkileri, rekabet hukuku açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu durum, rekabet otoritesinin bu konuda müdahale ederek uygun denetimlerde bulunmasını gerekli kılmaktadır.

Rekabetin teşebbüs birliği oluşturarak ihlal edilmesi olasılığı, önemli bir sorundur. Helal sertifikası veren kuruluşlar, sektörde hakim duruma gelebilir ve rekabeti kısıtlayabilir. Bu durum, helal gıda pazarındaki diğer aktörlerin ve tüketicilerin zararına olabilir. Teşebbüs birliği oluşturarak rekabeti ihlal etme riski, özellikle tek bir standart olmaması ve standardizasyon kurumlarının fazlalığı durumlarında artmaktadır. Bu nedenle, bu durumun önlem alınarak düzeltilmesi, sektördeki adil rekabetin sağlanması açısından önemlidir.

Çalışmada, helal gıda sertifikasyonunun idari boyutu ele alınmıştır. Ayrıca, yukarıda belirtilen zorluklar ve rekabet hukuku çerçevesindeki muhtemel ihlaller üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda, helal gıda sertifikasyonunun

rekabet hukuku açısından değerlendirmesi yapılmıştır. Bu amaçla çalışmada Rekabet Kurumunun, Helal Akreditasyon Kurumunun (HAK) ve sertifika kuruluşlarının bu konudaki rolü ve sorumlulukları irdelenmiştir.

I. HELAL GIDA SERTİFİKASI: TEMEL KAVRAMLAR VE SÜREÇLER

Helal sertifikasyonu konusunda standart, akreditasyon gibi pek çok kavramla karşılaşmaktadır. Bu kavramların bu başlık altında tanımlamaları yapılacak ve bunların daha iyi anlaşılabilmesi için süreçler hakkında kısaca bilgi verilecektir.

A. Standart

Standart, esasen kural koyma ve konulan bu kuralları uygulamayı ifade etmektedir. Uluslararası Standardizasyon Organizasyonu (International Organization for Standardization/ ISO), standardı “*bir şeyi yapmanın en iyi yolunu tanımlayan bir formül*” olarak nitelendirmektedir. Standart, kendisine uyulması beklenen birtakım şartlardan teşekkül eder. İçeriğinde kurallar, tanımlar, gereklilikler, sınırlar, rehberlik bilgileri gibi hususlar bulunmaktadır.¹ Standartlar sayesinde tüketiciler ürünlerin güvenilir ve kaliteli olduğu konusunda kuşkuya düşmemektedir. Aynı zamanda standartlar, yasal düzenlemeler konusunda düzenleyici otoriteler için yol gösterici olabilmektedir.² İşletmelerde ise standartlara uygunluk, kalitenin alt sınırını oluşturmaktadır.³

Sultan II. Bayezid tarafından ferman olarak hazırlanan ve yürürlüğe konulan “*Kanunname-i İhtisab-ı Bursa*” bugünkü anlamda bir standart örneğidir. Bu düzenlemede gıda, tekstil, deri gibi ürünlerle ilgili standartlar öngörülmüştür. Bu ürünlerin boyut, ambalaj ve kalitesi gibi hususlarda

standartlar oluşturulmuştur. Aynı zamanda bu düzenlemede narh⁴ ve ceza hükümleri de bulunmaktadır.⁵ Aynı tarihte hazırlanan İstanbul ve Edirne İhtisab Kanunnamelerinde de gıdalarla ilgili fiyat ve hijyen şartları gibi birtakım standartların belirlendiği görülmektedir. Örneğin gıda hijyen standardı ile ilgili olarak Kanunname-i İhtisab-ı İstanbul El-Mahrûse’de “*...filcümle ta’âm bişirüb satanlar eyü pak bişüreler ve kabların pâk su ile yuyalar, pâk bez ile sileler ve bir kerre tabak ve çanak yudukları su ile tekrar bir çanak ve bir tabak dahi yumayalar ve kazanların kalaysız ve kepçelerin kalaysız dutmayalar, vaktiyle kalayladalar...*” şeklinde emirler yer almaktadır. Gıda güvenliğinin tesisi için mezkûr düzenlemelerde bu şekilde hijyen standartları oluşturulmuştur. Sultan II. Bayezid döneminde yapılan bu düzenlemeler geniş ölçüde uygulanmış ve etkisi uzun bir müddet devam etmiştir.⁶

Helal belgelendirme faaliyetlerinin ortaya çıkışıyla birlikte standartlar daha da önem kazanmıştır. Nitekim sertifika düzenlenirken belirli bir standardın esas alınması söz konusudur. Özellikle hem ülke hem de kurum olarak helal sertifikası düzenleyen kuruluşlar arttıkça bunların kullandığı helal standartlarında da bir çeşitlenmenin olduğu gözlemlenmiştir. Örneğin helal sertifikasının düzenlenmesinde Malezya kendi helal standardını uygularken⁷ Türkiye’de TSE, OIC/SMIIC standartlarını uygulamaktadır.⁸ Türkiye’de helal sertifikası veren bir başka kuruluş olan Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Denetleme ve Sertifikalama Araştırmaları Derneği (GİMDES) ise kendi helal standartlarını oluşturmuştur.⁹ Görüldüğü üzere hem ülkelerin hem de aynı ülke içerisindeki kurumların benimsediği standartlar farklı olabilmektedir. Standartlar arasındaki bu farklılık ise pek çok alanda sorun teşkil edebilmektedir.

⁴ Narh, fiyat takdir edilmesi ya da sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Türkiye Diyanet Vakfı (TDV) İslam Ansiklopedisi, “Narh”, <https://islamansiklopedisi.org.tr/narh> Erişim Tarihi 02 Mart 2023.

⁵ Türk Standartları Enstitüsü (TSE), “Kanunname-i İhtisab-ı Bursa”, <https://statik.tse.org.tr/upload/tr/dosya/icerikyonetimi/7865/26092017113800-2.pdf> Erişim Tarihi 03 Mart 2023.

⁶ Ömer Lütfi Barkan, “XV. Asrın sonunda Bazı Büyük Şehirlerde Eşya ve Yiyecek Fiyatlarının Tespit ve Teftişi Hususlarını Tazim Eden Kanunlar, I. Kanunname-i İhtisab-ı İstanbul El-Mahrûse”, *Tarih Vesikaları* 1(5), 1942, s. 328 vd.

⁷ Mehmet Ali Fındık, “Malezya’nın Helal Gıda Sertifikasyonundaki Rolü”, *Helal ve Etik Araştırmalar Dergisi* 1(2), 2019, s. 86-87.

⁸ Türk Standartları Enstitüsü (TSE), “Helal Belgelendirme Hizmetleri” <https://www.tse.org.tr/helal-belgelendirme-hizmetleri-2helal-belgelendirme-islemleri/> Erişim Tarihi 13 Mart 2023.

⁹ Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Denetleme ve Sertifikalama Araştırmaları Derneği (GİMDES), “Standartlarımız” <http://www.gimdes.org/gimdes-standartlari> Erişim Tarihi 13 Mart 2023.

¹ Murat Şimşek, “Helal Belgelendirme ve SMIIC Standardı”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 22(22), 2013, s. 19.

² International Organization for Standardization (ISO), “Benefits of Standards” <https://www.iso.org/benefits-of-standards.html> Erişim Tarihi 26 Şubat 2023.

³ Bkz. Tayfun Özdemir, *İstatistiksel Kalite*, Ankara Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, 2000, s. 4 vd; Yakup Erdal Ertürk, *Gıda Sanayinde Kullanılan Kalite Güvence Sistemlerinin Tüketicilerin Satın Alma Davranışlarına Etkisi: ISO 9000, ISO 22000 (HACCP) Örneği*, Ankara Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, 2009, 40 vd; Neslihan Taşkıran, *Bilişim Alanında Kalite Uygulamaları ve Standartlar*, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2010, 84 vd.

B. Sertifikasyon ve Helal Sertifikası

Sertifikasyon ISO tarafından, bir ürün ya da hizmetin yahut bir sistemin, bir standardın gerekliliklerini sağladığına dair bağımsız bir belgelendirme kuruluşunca güvence verilmesi olarak tanımlanmaktadır. Aynı zamanda sertifikasyon, üçüncü bir tarafın uygunluk değerlendirmesi olarak da ifade edilmektedir. Ürün, hizmet ya da bir sistemin, ilgili gereklilikleri karşılayıp karşılamadığı uygunluk değerlendirme süreci sonucunda ortaya çıkmaktadır. Söz konusu gereklilikler yönetmeliklerde, standartlarda ya da diğer normatif belgelerde yer almaktadır.¹⁰

Helal sertifikası ise en basit anlatımla, önceden belirlenmiş bir standarda uygun olduğu anlaşılan ürünlere verilen belgedir. Helal sertifikasyon kuruluşunun kabul ettiği standarda uygunluğu bulunan ürüne bu sertifika verilerek o ürünün helal olduğu tescillenmektedir. Helal sertifikasının geçerliliği bulunduğu müddetçe de o ürün, helal ürün olarak kabul edilmekte ve tüketici tercihlerini etkilemektedir.

Ülkemizde helal sertifikasyonu vakıflar, dernekler, şirketler vs. eliyle yapılmaktadır. Devlet eliyle sertifikasyon ise TSE tarafından yapılmaktadır. Sertifikasyon yapan bu kuruluşların bazıları kendi standardını oluşturup ona göre sertifika vermekteyken bazıları ise mevcut standartlardan birini benimseyerek ona uygun bir şekilde sertifikasyon yapmaktadır. Sertifikasyon yapan kuruluşlar, farklı standartlar benimseyip farklı süreçler uyguladıkları için tek bir kuruluşun sertifikasyon sürecini genel bir süreç olarak kabul etmek doğru olmayacaktır.

Dünyada olduğu gibi bizim ülkemizde de “helal”¹¹ kavramını tanımlayan, helal sertifikası verilmesi ve şartlarını belirleyen, ayrıca helal sertifika vermeye yetkili olan kişilerin ve onların statülerini düzenleyen belirgin bir pozitif hukuk kuralı yoktur.¹² Ülkemizde, helal sertifikasyonu ile ilgili yahut helal gıdalarla ilgili münferit bir düzenleme olmaması helal sertifikasyon sürecinde

birtakım karışıklıklara ve belirsizliklere yol açabilmektedir. Bu konularda ayrıntılı yasal düzenlemeler yapılması bu alandaki karışıklığın giderilmesi konusunda faydalı olacaktır.

Bu noktada literatürde yer alan, laik bir ülkede helal sertifikaları hakkında düzenleme yapılıp yapılmayacağı konusundaki tartışmaya değinmekte fayda vardır. Batu bu konuda, laik devletin kendisinin helal sertifikası veremeyeceğini fakat sertifika verecek olanların uyacağı kuralları koyacağını ve denetimini yapacağını ifade etmektedir. Bu konuda AİHM tarafından 2000 yılında verilen bir karar örnek gösterilmektedir. Mezkûr kararda Fransa'nın helal sertifikası konusundaki engelleyici tutumu karşısında AİHM, helal sertifikasına yönelik talebin en temel insan haklarından olduğunu ifade etmiştir.¹³ Tüzüner de Fransa'daki duruma dikkat çekerek helal sertifikasına yönelik ihtiyacın dini mesele olarak görülmesi ve laiklik sebebiyle devletin bu alana müdahaleden kaçınmasını doğru bulmamıştır. Zira bu konunun dini bir yönü olduğu kadar sosyal, ekonomik ve politik boyutları de söz konusudur.¹⁴ Dolayısıyla helal sertifikaları ile ilgili talepler temel insan hakkı olarak görülmeli ve konuya çok yönlü bakılmalıdır. Laik olup olmadığına bakılmaksızın devlet bu konuda yasal düzenlemeler yapmalı ve bu alanı denetim altına almalıdır.

C. Akreditasyon

Akreditasyon, üçüncü kişiler tarafından, bir sertifikasyon kuruluşunun değerlendirme faaliyeti yapma yetkinliğinin resmî olarak onaylanması anlamına gelmektedir. Buna ilaveten, sertifikasyon kuruluşunun ulusal ya da uluslararası standartların gerekliliklerini karşılayıp karşılamadığının akreditasyon kurumunca tespiti ve resmî kabulüne yönelik bir kamu faaliyeti olarak da görülmektedir.¹⁵ Böylece sertifikasyon kuruluşunun yapmış olduğu faaliyetler ile bunun sonucunda düzenlenen belgelerin geçerliliği ve güvenilirliği akreditasyon sayesinde desteklenmiş olmaktadır. Bu yönüyle akreditasyon, bir kalite altyapısıdır.¹⁶

¹⁰ International Organization for Standardization (ISO), “Conformity Assessment”, <<https://www.iso.org/conformity-assessment.html>> Erişim Tarihi 03 Mart 2023.

¹¹ Ülkemizde “helal” kavramı, genellikle gıda sektörüne özgü bir terim olmasına rağmen, belirli bir kavramsal çerçeve ile tanımlanmamıştır. Ramazan Kurtoğlu, Behiye Çiçek, “Tüketicilerin Helal Ürünler Hakkındaki Algılama, Tutum ve Beklentilerini Tespit Etmeye Yönelik Bir Araştırma”, *Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi* 8(3), 2013, s. 181.

¹² Tetty Havinga, “Regulating Halal and Kosher Foods: Different Arrangements between State, Industry and Religious Actors”, *Erasmus Law Review* 3(4), 2010, s. 251.

¹³ Ali Batu, “Türkiye’de Helal (Mahzursuz) Gıda ve Helal Belgelendirme Sistemi”, *Gıda Teknolojileri Elektronik Dergisi* 7(1), 2012, s. 67.

¹⁴ Özlem Tüzüner, “Helâl Sertifikasına Yöneltilen Eleştiriler ve Bu Sertifikadan Kaynaklanması Muhtemel Özel Hukuk İhtilafları”, *Doğu Anadolu Sosyal Bilimlerde Eğilimler Dergisi* 4 (2), 2020, s. 21.

¹⁵ Helal Akreditasyon Kurumu (HAK), “Akreditasyon ve Helal Akreditasyon Nedir?” <<https://www.hak.gov.tr/>> Erişim Tarihi 05 Mart 2023.

¹⁶ Türk Akreditasyon Kurumu (TÜRKAK), “Akreditasyon Nedir?” <<https://www.turkak.org.tr/akreditasyon/akreditasyon-nedir.html>> Erişim Tarihi 05 Mart 2023.

D. Helal Akreditasyon ve Akreditasyon Süreci

Helal sertifikası veren kuruluşların ulusal ve uluslararası kabul görmüş standartlar açısından değerlendirilerek yeterliliklerinin test edilmesi ve onaylanması, belirli aralıklarla denetimler yapılmak suretiyle izlenmesi ise helal akreditasyonudur. Helal belgelendirmesi yapan kuruluşun bu şekilde standartlara uygunluğunun denetimini, akreditasyon kuruluşları yapmaktadır.¹⁷

Ülkemizde 7060 sayılı “Helal Akreditasyon Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun”¹⁸ m. 3 ve 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK)¹⁹, HAK hakkında düzenlemelerin yer aldığı ilgili on beşinci bölümündeki m. 176/2 gereğince, yalnızca HAK tarafından helal akreditasyonu yapılmaktadır. Bir başka ifade ile helal akreditasyonu yapmaya yetkili tek kurum HAK’tır.²⁰ 4 sayılı CBK m. 174’te HAK’ın kamu tüzel kişiliğini haiz özel bütçeli bir kurum olmasından, ayrıca idari ve mali özerkliğe sahip olduğundan bahsedilmektedir. HAK, Ticaret Bakanlığının ilgili²¹ kuruluşudur.

Helal Akreditasyon Dairesi Başkanlığı tarafından hazırlanan “Helal Akreditasyon Denetimi Usul ve Esasları Rehberi’ne” göre helal akreditasyon denetimi üç aşamadan oluşmaktadır. Bunlar ofis denetimi, tanık denetimi ve denetim raporunun hazırlanmasıdır. Ofis denetiminde, helal sertifikasyonu yapan kuruluşun başvuruda bulunması halinde, bu kuruluşun yönetim sistemi ile teknik yeterliliğinin OIC/SMIIC standartlarına, HAK tarafından hazırlanan rehberlere ve yasal mevzuata uygun olup olmadığı araştırılmaktadır. Tanık denetimi ise helal sertifikası verilen üçüncü kişinin sahasında bildirimli yahut bildirimli olarak yapılmaktadır. Denetim ekibi, bu süreçleri tamamladıktan sonra helal sertifikası veren kuruluşla ilgili gözlemlerini ve bulgularını

¹⁷ Helal Akreditasyon Kurumu (HAK), “Akreditasyon ve Helal Akreditasyon Nedir?” <<https://www.hak.gov.tr/>> Erişim Tarihi 05 Mart 2023.

¹⁸ Helal Akreditasyon Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7060, Kabul Tarihi: 01.11.2017, R.G. 18.11.2017/30244.

¹⁹ Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kararname Sayısı: 4, R.G. 15.07.2018/30479.

²⁰ Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 176/1-a: “Ülkemizde ve yurt dışında yerleşik helal uygunluk değerlendirme kuruluşlarına helal akreditasyon hizmeti sunmak, helal akreditasyon ile ilgili kıstas ve tedbirleri belirlemek ve bunları uygulamak.”

²¹ “İlgili kuruluş” ile ifade edilmek istenilen şey, kamu tüzel kişiliğine sahip olan bu Kurumun, merkezi yönetimin idari vesayet denetimi altında olmasıdır. Bkz. Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Derstleri*, 8. Bası, Adalet Yayınevi, 2020, s. 222.

içeren bir denetim raporunu HAK’a vermektedir.²² Görüldüğü üzere HAK, akreditasyon esnasında OIC/SMIIC standartlarını benimsemektedir.²³

Ülkemizde helal sertifikası veren kuruluşların HAK tarafından akredite edilmesi zorunluluğu bulunmamaktaydı. Başka bir deyişle tıpkı helal sertifikası almanın zorunlu olmaması gibi HAK tarafından helal akreditasyonu yapılması da zorunlu değildi. Fakat 4 Haziran 2022 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 7408 sayılı Kanun m. 10 ile 7060 sayılı Kanun m. 3’e eklenen hüküm uyarınca, helal sertifikası veren kuruluşların HAK veya HAK’ın taraf olduğu anlaşmalar kapsamında diğer ülkeler tarafından yetkili kılınan kurumlarca akreditasyonu artık zorunlu hale getirilmiştir. Bu hüküm 4 Haziran 2023 tarihi itibariyle yürürlük kazanmıştır. Böylelikle helal sertifikasyonu isteğe bağlı olmaya devam etmekle birlikte, bu tarihten itibaren sertifikasyon yapan kuruluşlara mezkûr Kanun’da belirtilen kurumlardan akredite olma zorunluluğu getirilmiştir.

7060 sayılı Kanun’a 7408 sayılı Kanun ile eklenen ek m. 1’de helal akreditasyonuna sahip olmaksızın helal sertifikası veren kuruluşlar ile 7060 sayılı Kanun m. 3’ün ilk fıkrasına aykırı hareket ederek akredite yetkisi bulunmamasına rağmen helal akreditasyon yapmaya çalışanlara HAK’ın idari para cezası uygulayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bahsi geçen düzenlemeler göstermektedir ki akreditasyonun zorunlu olmasıyla birlikte devlet, HAK vasıtasıyla sertifikasyon alanında daha fazla söz sahibi olma imkanını elde etmiştir. Zira Ticaret Bakanlığının ilgili kuruluşu olan HAK, akreditasyon faaliyeti esnasında kendisine başvuran kuruluşun, belirlenen standartlara uygunluğunu test etmekte, akredite ettiği kuruluşları belirli aralıklarla denetlemekte ve onları izlemektedir. Böylece akreditasyon faaliyeti sayesinde devletin, dağıtık vaziyette bulunan sertifikasyon kuruluşları üzerinde daha kolay denetim ve gözetimde bulunabileceği açıkça görülmektedir. Fakat akreditasyonun, daha önce belirtildiği şekilde zorunlu olmasıyla birlikte farklı kurumlardan akredite olan kuruluşların hangi

²² Helal Akreditasyon Dairesi Başkanlığı (HAK), “Helal Akreditasyon Denetimi Usul ve Esasları Rehberi” <<https://www.hak.gov.tr/data/5dc2c44a13b876761460c896/AKR-Pr01.pdf>> Erişim Tarihi 08 Mart 2023. Ayrıca bkz. Helal Akreditasyon Dairesi Başkanlığı (HAK) “Helal Uygunluk Değerlendirme Kuruluşlarına Yönelik Şahit/Tanık Denetimi Uygulama Rehberi” <<https://www.hak.gov.tr/data/5dc2c44a13b876761460c896/AKR-Pr01-Rh-004-Rv02.pdf>> Erişim Tarihi 08 Mart 2023.

²³ Helal Akreditasyon Kurumu (HAK), “Sıkça Sorulan Sorular” <Helal Akreditasyon Kurumu (hak.gov.tr)> Erişim Tarihi 08 Mart 2023.

standartları benimseyeceği sorusu akla gelebilmektedir. Nitekim HAK'ın akreditasyon verdiği kuruluşlar HAK'ın benimsediği standarda yani OIC/SMIIC standartlarına tabi iken HAK'ın taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar gereği diğer ülkelerden akredite olan kuruluşların hangi standartlara tabi olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Şayet bu ülkeler tek bir standart benimsememişse bu halde, farklı standartların uygulanması sebebiyle meydana gelen karışıklıklar yine çözüme kavuşturulamamış olmaktadır. Dolayısıyla zorunlu akreditasyon esnasında tek bir standardın da öngörülmesi, bu alandaki karışıklığın giderilmesi için bir öneri olarak sunulabilir.

I. HELAL SERTİFİKASYONUNUN GELİŞİMİ

Helal gıda sertifikasyonu hem ulusal hem de uluslararası düzeyde etkin bir hukuki düzenlemeye ve denetime ihtiyaç duyan bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁴ Uluslararası ticaretin gelişmesiyle birlikte, uygulama farklılıklarının ticari işlemlerin önünde engel oluşturması, bir standart ve bu standarda dayalı olarak sertifikasyon ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Helal gıda sertifikası ihtiyacı ise özellikle Müslüman olmayan ülkelerde yaşayan Müslümanların helal ve temiz gıda arayışları sonucunda görünür hale gelmiştir. Böylece helal sertifikasyonu faaliyetleri başlamış ve günümüze kadar gelişerek devam etmiştir.

Helal sertifikaları ve daha özeldir helal gıda sertifikasının nasıl bir gelişim gösterdiği, günümüzdeki durumun anlaşılması ve mevcut sorunların daha sağlıklı bir şekilde tespit edilerek onlara somut çözümler getirilebilmesi açısından önemlidir. Bu sebeple, bu başlık altında helal sertifikasyonun gelişimi konusunda önemli hususlara değinilecektir.

A. Osmanlı Dönemi

Devletin ilk teşkilatlandığı zamandan itibaren ticaretin söz konusu olduğu yerlerde tebaanın haklarını koruyan ve yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayan denetim mekanizmaları öngörülmüştür. İslam devletlerinde bu denetimi yapmak üzere hisbe teşkilatı oluşturulmuştur. Resmî görevli olan muhtesipler, denetim ve yaptırım uygulama yetkisini ellerinde bulundurmışlar ve kamu düzeninin tesisi için çalışmışlardır. İlerleyen süreçte hisbe teşkilatının görevleri belediyeler ve bazı bakanlıklar arasında paylaştırılmıştır. Hisbe

²⁴ Metin Topçuoğlu, Burcu Özkul, "Rekabet Hukuku Özellikle Haksız Rekabet Açısından Helal Gıda Sertifikası", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4(1), 2019, s. 10, 25.

teşkilatı ve ahilik, lonca gibi esnaf örgütleri sayesinde o dönemlerde helal güvencesi tesis edilebilmiştir. Ayrıca hisbe teşkilatı ve esnaf örgütlerinin yürüttükleri faaliyetler sayesinde kalite ve standardizasyonun tesisi de mümkün olabilmıştır.²⁵ Hisbe teşkilatı ve esnaf örgütleri gibi yapılarla helal güvencesi tesis edilmiş olsa da bugünkü anlamda bir helal gıda sertifikasyonundan bahsedilemeyecektir.

Her ne kadar gıda ürünü için olmasa da 1862 yılında Sultan Abdülaziz'in saltanatı döneminde Müslümanların kullanımına sunulan deriden mamul ürünlerde "tahirdir" ibaresinin kullanılması suretiyle şerî/dini ölçütlere göre bir belgelendirme yapılması öngörülmüştür. Bu ürünlerin yumuşatılması için kan ve idrar gibi helal olmayan bazı malzemelerin kullanılıyor olması, bunu satın alan esnafı rahatsız etmiş ve yapılan şikayetler sonucunda şerî ölçülere uygun olanlara "tahirdir" ibareli damga vurulması kararı alınmıştır.²⁶ Osmanlı döneminde bir deri ürünün helal olduğunun sertifikalanması yönündeki bu karar, o dönemlerde de sertifikasyon konusunun gündeme gelmiş olduğunu göstermesi bakımından önemli bir örnektir. Ancak "helal sertifikası" ile "helal gıda sertifikası" kavramlarının birbirinden ayrı olduğuna dikkat etmek gerekmektedir. Helal sertifikası daha geniş anlamda gıda, kozmetik, turizm gibi alanlarda verilirken helal gıda sertifikası bunlardan sadece birisi yani sadece gıdalar için verilen sertifikayı ifade etmektedir. Dolayısıyla "tahirdir" ibaresi ile damgalamanın öngörüldüğü bu örnekte helal gıda sertifikası değil daha genel anlamda bir helal sertifikasının varlığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu cihetle bahsi geçen örneği helal gıda sertifikasının ilk örneği olarak kabul etmek doğru olmayacaktır.

²⁵ İsmail Yalçın, "Fıkıh ve Siyaseti Şer'iyye Bağlamında Küresel Helal Belgelendirme Çalışmalarına Eleştirel Bir Bakış", *Journal of History Culture and Art Research*, 6(3), 2017, s. 439-440. Ayrıca bkz. Mehmet Yıldız, "Osmanlı'da Ürünlerin Dinî/Şerî Standardizasyonunda Dönüm Noktası: Tahirdir Damgalı Sertifikasyona Geçiş", *Turkish Studies*, 5(1), 2010, s. 1473.

²⁶ Yıldız, s. 1478. Bu kararın yer aldığı Meclis-i Valâ Mazbatası ve ekleri ile Sadaret Tezkiresinin asılları için bkz. Yıldız, s. 1482 vd. Bazı kaynaklarda "tahirdir" ibaresinin gıdalarla ilgili olduğu ifade edilse de kararın aslının yer aldığı Meclis-i Valâ Mazbatası ve ekleri ile Sadaret Tezkiresinde bu ibarenin deri ürünleri (ayakkabı) hakkında çıkan uyuşmazlık sonucunda sadece deri ürünleri için öngörülmüş olduğu bariz bir şekilde görülmektedir. Dolayısıyla tahirdir ibaresini helal gıda sertifikasyonunun başlangıç noktası olarak görmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bu ibarenin gıdalar hakkında olduğu ile ilgili görüşler için bkz. Batu, s. 52; Savaş Fındık, *Türkiye'de Helal Gıda Sertifikasyon Faaliyetleri ve İlgili Kuruluşların Çalışma Prensiplerinin Karşılaştırılması*, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 27.

B. Dünyada Gelişimi

Dünyada uluslararası ticaretin gelişmesiyle birlikte ihracat ve ithalatın, dolayısıyla ürün alışverişinin artması, Müslüman olmayan ülkelere yapılan göçler ve bu ülkelerde yaşayan Müslümanların helal ve tayyib ürün arayışı gibi durumlar, helal gıda sertifikasyonu ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Henüz helal gıda sertifikasının var olmadığı bu dönemlerde gayr-i müslim ülkelerde yaşayan Müslümanlar, Koşer²⁷ sertifikalı ürünlere yönelmiştir.

Yahudilikte yenilmesine müsaade edilen gıdalar ve bu kapsamda uygulanan kurallar olarak ifade edilen koşer, her ne kadar yalnızca Yahudileri bağlayan ve onlara has beslenme kuralları olsa da farklı din ve kültürlerden pek çok insan da çeşitli sebeplerle koşer sertifikalı ürünleri tercih etmişlerdir. Helal sertifikalı ürün bulamadıkları hallerde Müslümanlar da koşer sertifikalı ürünlere yönelmişlerdir. Zira koşer yasaları, İslam'ın sınırlarını çizdiği helal-haram hükümlerine daha yakın görülmüştür. Nitekim Yahudilikte de domuz ve ürünleri yasaktır. Aynı zamanda Yahudiler de kitap ehlidir.²⁸

Yahudilerin koşer sertifikası, helal sertifikasından çok daha önce, 1920'li yıllarda ABD'de uygulamaya konulmuştur. Dünyanın pek çok ülkesinde bir helal gıda sertifikası ihtiyacını hisseden Müslümanların gayretleri ise 1960'lı yılların ortalarında meyvelerini vermiş ve ABD'de bir grup Müslüman bilim insanı tarafından helal sertifikası uygulamaya konulmuştur.²⁹

ABD'deki helal sertifikası ile ilgili bu gelişmeleri Malezya ve Endonezya'daki çalışmalar takip etmiştir.³⁰ Malezya'da 1972'den itibaren bu amaçla yasal düzenlemeler yapılmış, sonrasında Başbakanlık bünyesinde komisyonlar oluşturulmuş ve bir belge verilmek suretiyle helal ürünler onaylanmıştır. 1994'ten itibaren helal logo uygulaması başlatılmıştır. 1997 yılında bir devlet kurumu olan İslami İşler Kalkınma Dairesi (JAKIM) hizmete başlamış ve 2008 yılına kadar helal sertifikasyon sürecini yürüten en yetkili kurum olarak varlığını sürdürmüştür. Malezya aynı zamanda 2000 yılında bir helal standardı yayınlamış ve uluslararası düzeyde büyük yankı

uyandırmıştır. Daha sonra bu standardı birkaç kez revize etmiştir.³¹ Malezya, oluşturduğu standardın uluslararası tek standart olması için İslam İşbirliği Teşkilatı (Organisation of Islamic Cooperation/OIC) nezdinde başvurulara da bulunmuştur.³²

1999 yılında Dünya Helal Konseyi (World Halal Council/WHC), üyelerinin belgelendirme ve akreditasyon faaliyetlerine standart getirme amacıyla Cakarta'da kurulmuştur.³³ Endonezya'da ise helal belgelendirme standardı oluşturulmuş ve bu konuda yasal düzenlemeler yapılmıştır.³⁴ Burada tek helal sertifika kurumu olan Meclis-i Ulema (MUI) helal sertifikasyon ve akreditasyon işlemlerini yapmaktadır.³⁵ İran'da ise 2003'te kurulan İslam Odası Araştırma ve Bilgilendirme Merkezi (Islamic Chamber Research & Information Center/ICRIC) çatısı altında belgelendirme yapılmaya başlanmıştır.³⁶ ICRIC, OIC standartlarını esas almaktadır.³⁷

Uluslararası ölçekte, helal sertifikası veren kuruluşlar arasında tek bir standardın ve tek bir uygunluk değerlendirme ölçütünün olmaması ticareti olumsuz yönde etkilemektedir. Bunun önüne geçilebilmesi amacıyla 2010 yılında OIC tarafından merkezi İstanbul'da olan İslam Ülkeleri Standartlar ve Metroloji Enstitüsü (SMIIC) kurulmuştur. SMIIC, ortak bir standart hazırlama, metroloji, akreditasyon gibi konularda birliktelik sağlama, standardizasyon konusunda eğitimler düzenleme gibi önemli amaçlara sahiptir. SMIIC'in en üst karar organı Genel Kuruldur. Türkiye 2017 yılında SMIIC'in daimî üyesi olmuştur.³⁸

³¹ Mehmet Ali Fındık, "Malezya'nın Helal Gıda Sertifikasyonundaki Rolü", *Helal ve Etik Araştırmalar Dergisi*, 1(2), 2019, s. 86-87.

³² Yalçın, s. 442.

³³ Şimşek, s. 29.

³⁴ Salama Evans, "Halal Certification in Indonesia" <Halal certification in Indonesia - Halal-Focus.net - Daily Halal Market News> Erişim Tarihi 12 Mart 2023.

³⁵ Şimşek, s. 29, 31.

³⁶ Yalçın, s. 443.

³⁷ Islamic Chamber Research & Information Center (ICRIC), "Halal" <<https://www.icricinternational.org/halal/>> Erişim Tarihi 12 Mart 2023.

³⁸ Helal Akreditasyon Kurumu (HAK), "İslam Ülkeleri Standartlar ve Metroloji Enstitüsü (SMIIC)" <<https://www.hak.gov.tr/dis-iliskiler/uluslararasi-kuruluslar/islam-ulkeleri-standardlar-ve-metroloji-enstitusu-smiic>> Erişim Tarihi 12 Mart 2023.

²⁷ Koşer hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Osman Kurt, "Yahudilikte Koşer ve Koşer Ekonomisi", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 147(2), 2010, s. 105, 122, 126.

²⁸ Kurt, s. 105, 122, 126.

²⁹ Kurt, s. 136.

³⁰ Yalçın, s. 442.

C. Ülkemizdeki Gelişimi

Helal sertifikasyonu ile ilgili gelişmeler batılı ülkeler ve Güneydoğu Asya'da kendini daha çok gösterirken bizim ülkemizde bu süreç daha geç başlamış ve daha yavaş bir şekilde ilerlemiştir.³⁹ Bu durumun yaşanmasında ülkenin içinde bulunduğu ortam ve tüketicilerin taleplerinin de etkisinin bulunduğu yadsınamaz bir gerçektir. Nitekim Müslümanların azınlıkta yaşadığı ülkelerde helal gıdaya ulaşımın zor olması, orada yaşayan Müslümanlar üzerinde bir rahatsızlık meydana getirmiş ve onların bir arayışa girmelerine neden olmuştur. Bu arayış, helal gıda sertifikasyonunun uygulamaya konulmasıyla bir sonuç bulmuştur. Fakat büyük çoğunluğunu Müslüman halkın oluşturduğu bizim ülkemizde insanlar, satılan ürünlerin zaten helal olduğu düşüncesine sahip oldukları için böyle bir arayış içine ilk başlarda girmemişlerdir. İlerleyen yıllarda, toplumun bu yönde bilinçlenmeye başlamasıyla birlikte bizim ülkemizde de helal gıda sertifikasına yönelik bir hassasiyet tezahür etmiştir.

Ülkemizde 2005 yılında⁴⁰ GİMDES ile başlayan süreç diğer birçok dernek, vakıf, şirket gibi statülere sahip kuruluşların oluşturularak sertifikasyona başlamasıyla devam etmiştir. Helal sertifikasyonu yapan bu kuruluşlar tek bir standart takip etmedikleri için uygulamalar arasında farklılıklar oluşmuş bu durum sertifikasyona olan güvenin zedelenebileceği endişesini beraberinde getirmiştir. Buna çözüm olabilmesi adına HAK kurulmuş ve akreditasyon hizmetine başlamıştır. TSE'nin 14 Temmuz 2011⁴¹ tarihinde helal sertifikasyonuna başlamasıyla birlikte ise ilk kez bir kamu kurumu tarafından helal sertifikasyonu işlemi yapılmıştır. HAK, 4 sayılı CBK m. 176/4 gereği sertifikasyon işlemi yapmamaktadır.

II. ÜLKEMİZDE HELAL SERTİFİKASİ VEREN KURULUŞLARIN HUKUKİ NİTELİKLERİ

Ülkemizde hem özel hukuk tüzel kişileri hem de kamu tüzel kişisi eliyle helal sertifikasyonu yapıldığı görülmektedir. Dernek, vakıf, şirket şeklinde

özel hukuk tüzel kişileri eliyle sertifikasyon faaliyeti yürütülebildiği gibi bir kamu kurumu olan, kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip Türk Standartları Enstitüsü eliyle de sertifikasyon yapılabilmektedir. Sertifika kuruluşlarının sayıca fazla olması sebebiyle çalışmada özel hukuk tüzel kişisi olan sertifika kuruluşlarından yalnızca birkaçının isimlerine örnek kabilinden yer verilmiştir.

D. Özel Hukuk Tüzel Kişileri

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 47'de "*Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar.*" denilmek suretiyle özel hukuk hükümleri uyarınca oluşturulan kişi ve mal topluluklarının birer tüzel kişilik oldukları hüküm altına alınmıştır. Bir başka ifade ile kişi ve mal toplulukları şeklindeki özel hukuk tüzel kişileri özel hukuk hükümleri çerçevesinde kurulmakta ve faaliyet yürütmektedir.⁴²

Dernekler gibi ortak bir amacın devamlı olarak gerçekleştirilmesi için bir araya gelen kişilerin oluşturduğu kişi toplulukları, birer özel hukuk tüzel kişisidir. Öte yandan belirli bir mal varlığının ortak bir amacın devamlı olarak gerçekleştirilmesi için özgülenmesi, o mal varlığının o amaca tahsis edilmesi ile mal topluluğu şeklinde oluşturulmuş özel hukuk tüzel kişilikleri de bulunmaktadır. Vakıflar, mal topluluğu şeklinde özel hukuk tüzel kişileridir.⁴³

Özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücü gibi üstün yetkileri bulunmamaktadır. Diğer gerçek ve tüzel kişilerle olan ilişkilerinde eşitlik ilkesi söz konusudur. Kamu yararı değil, birtakım bireysel menfaatlerin tesisi amacına yönelik olarak kurulurlar. Kendilerini kuranların serbest iradesiyle de sona erdirilebilirler.⁴⁴

Ülkemizde GİMDES, HELALDER, Dünya Helal Vakfı gibi bazı özel hukuk tüzel kişileri tarafından helal sertifikasyonu yapılmaktadır. Bunlardan kişi topluluğu şeklinde bir özel hukuk tüzel kişisi olan GİMDES, ülkemizdeki ilk helal belgelendirme yetkisine sahip olan kuruluştur.⁴⁵ 2005 yılında

³⁹ Yalçın, s. 442.

⁴⁰ Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Denetleme ve Sertifikalama Araştırmaları Derneği (GİMDES), "Dünden Bugüne GİMDES" <<http://www.gimdes.org/kurumsal>> Erişim Tarihi 12 Mart 2023.

⁴¹ Türk Standartları Enstitüsü (TSE), "Helal Belgelendirme Hizmetleri" <<https://www.tse.org.tr/helal-belgelendirme-hizmetleri-2helal-belgelendirme-islemleri/>> Erişim Tarihi 13 Mart 2023.

⁴² Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7, 2016, s. 376.

⁴³ Çağlayan, s. 376-377.

⁴⁴ Çağlayan, s. 376.

⁴⁵ Dursun Yener, "Factors That Affect the Attitudes of Consumers Toward Halal-Certified Products in Turkey", *Journal of Food Products Marketing*, 21(2), 2015, s. 163.

kurulmuş ve 2009 yılında Malezya, Endonezya gibi ülkelerden akreditasyon olarak helal sertifikasyonuna başlamıştır.⁴⁶ Yine Sağlık, Güvenlik ve Helal Derneği (HELALDER) de helal sertifikasyonu yapan kişi topluluğu şeklinde özel hukuk tüzel kişisi olarak 2010 yılında kurulmuştur.⁴⁷ Helal sertifikasyonu yapan kuruluşlardan Dünya Helal Vakfı ise mal topluluğu şeklinde bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuştur.⁴⁸ Fakat helal sertifikası veren özel hukuk tüzel kişileri bunlarla sınırlı değildir. Sertifikasyon yapan bu kuruluşlar, tek bir standardı benimsememekte bazıları kendi helal standardını oluştururken bazıları ise uluslararası standartları kullanmaktadır.

B. Kamu Hukuku Tüzel Kişileri

Kamu hukuku kurallarına göre kurulup faaliyette bulunan tüzel kişiliklere, kamu tüzel kişiliği (kamu hukuku tüzel kişiliği) denilmektedir. Anayasa m. 123'te kamu tüzel kişiliğinin kanun veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulacağı hüküm altına alınmıştır. Kamu yararını gerçekleştirme saikiyle hareket eden kamu tüzel kişileri, aynı zamanda kamu gücü ayrıcalıklarına da sahiptir. Kişi topluluğu şeklinde kamu tüzel kişilerinin yanı sıra mal topluluğu şeklinde kamu tüzel kişileri de bulunmaktadır.⁴⁹

Ortak bir yararın gerçekleştirilebilmesi amacıyla bir araya gelen kişilerin oluşturduğu topluluğa kamu hukuku hükümlerinin uygulanması suretiyle tüzel kişilik verilmesi halinde, kişi topluluğu şeklinde kamu tüzel kişileri karşımıza çıkmaktadır. Kamu idareleri, kişi topluluğu şeklinde kamu tüzel kişileridir. Burada kamu idareleri ile kastedilen mahalli idareler yani il özel idaresi, belediye ve köydür.⁵⁰

Belli bir mal ve hizmet topluluğuna kamu tüzel kişiliği verilmesi halinde, mal topluluğu şeklinde kamu tüzel kişiliği karşımıza çıkmaktadır. Kamu

⁴⁶ Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Denetleme ve Sertifikalama Araştırmaları Derneği (GİMDES), “Dünden Bugüne GİMDES” < <http://www.gimdes.org/kurumsal>> Erişim Tarihi 12 Mart 2023.

⁴⁷ Sağlık, Güvenlik ve Helal Derneği (HELALDER), “Hakkımızda” <<https://www.helalder.org.tr/kurumsal.asp?id=1&helalder=Hakk%C4%B1m%C4%B1zda>> Erişim Tarihi 13 Mart 2023.

⁴⁸ Dünya Helal Vakfı (DHV), “Dünya Helal Vakfı Neden Kuruldu?” <<https://www.dunyahelalvakfi.org/>> Erişim Tarihi 14 Mart 2023.

⁴⁹ Çağlayan, s. 377; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt-I*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, 2019, s. 119 vd.

⁵⁰ Çağlayan, s. 377.

kurumları bu şekilde bir tüzel kişiliktir.⁵¹ 2011 yılında helal sertifikasyonuna başlayan ve bir kamu kurumu olan TSE de 132 sayılı Kanun’la kurulmuş mal topluluğu şeklinde bir kamu tüzel kişiliğidir. Nitekim Danıştay kararlarında da TSE’nin, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kamu kurumu olduğu ifade edilmektedir.⁵²

Ülkemizde helal sertifikasyonu yapan bir kamu tüzel kişiliği olan TSE’nin, “*özel hukuk hükümlerine göre yönetilen özel bütçeli bir kamu kurumu*” olduğu 4 sayılı CBK’nın TSE’nin kuruluşunun düzenlendiği ilgili m. 550’de hüküm altına alınmıştır. 4 sayılı CBK’da bu yönde bir hüküm sevk edilmiş olması, TSE’nin bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu anlamına gelmemektedir. Zira bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olan TSE’ye, aynı CBK’da kamu gücü ayrıcalıklarının tanındığı açıkça görülmektedir. Özel hukuk hükümlerine göre yönetilmesi, onun kamu tüzel kişisi olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.⁵³

TSE’nin, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının ilgili kuruluşu olduğu 4 sayılı CBK m. 550/5’te hüküm altına alınmıştır. Kamu tüzel kişiliğine sahip “ilgili” kuruluşlar, hizmet bakımından yerinden yönetim teşkilatı içerisinde yer alır.⁵⁴ Dolayısıyla kamu tüzel kişiliğine sahip ve Bakanlığın ilgili kuruluşu olan TSE, hizmet bakımından yerinden yönetim teşkilatı içerisinde bir kamu kurumudur. Burada “ilgili kuruluş” kavramından kasıt, kamu tüzel kişiliğine sahip olan bu Kurumun, merkezi yönetimin idari vesayet denetimi altında olmasıdır.⁵⁵

Her ne kadar hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları üzerinde merkezden yönetimin idari vesayet yetkisi konusunda Anayasa ve diğer mevzuatta özel bir düzenleme yer almasa da doktrinde bunlar üzerinde de tıpkı yer bakımından yerel yönetimler üzerinde olduğu gibi merkezi idarenin vesayet yetkisinin varlığı kabul edilmektedir.⁵⁶

3046 sayılı Kanun (703 sayılı KHK ile değişik) m. 19/A’da Bakanın,

⁵¹ Çağlayan, s. 377.

⁵² Danıştay 12 D, 2015/1556, 29.04.2019; Danıştay 12 D, 2018/1157, 18.09.2019.

⁵³ Bahtiyar Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 13. Bası, Savaş Yayınları, 2021, s. 210; Kalabalık, s. 121.

⁵⁴ Akyılmaz vd., s. 230.

⁵⁵ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 222; Akyılmaz vd., s. 229-230;

⁵⁶ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 128-129; Akyılmaz vd., s. 187.

“bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşun her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye” yetkili olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunsada idari özerklikle çok da uyumlu olmayarak TSE’nin faaliyet ve işlemleri üzerinde ilgili olduğu Bakanlığın denetim yetkisinin varlığı bu hükümden de açıkça anlaşılmaktadır.

TSE, helal sertifikasyonunda OIC/SMIIC standartlarını kullanmaktadır.⁵⁷ TSE’nin Helal Belgelendirme Komitesi, Belgelendirme Üst Komitesi gibi karar organları bulunmaktadır. Aynı zamanda “Helal Belgelendirme Akademik İstişare Kurulu” adı altında helal sertifikasyonu ile ilgili ortaya çıkan ihtilafları çözüme kavuşturacak bir organı da bulunmaktadır. TSE, helal sertifikasyonu kapsamında üretim yeri incelemesi, muayene, deney, numune alma ve kontrol gibi işlemler yapmaktadır. Ayrıca belgelendirme yaptıktan sonra ara kontrol ve gözetimde de bulunmaktadır.⁵⁸

TSE, HAK tarafından akredite edilmiştir.⁵⁹ Akreditasyonun bir sonucu olarak TSE, HAK’ın akreditasyonla ilgili gözetim ve denetimine tabi olacaktır. Daha önce de ifade edildiği üzere TSE ve HAK, iki farklı bakanlığın ilgili kuruluşudur. Bu noktada bir bakanlığın ilgili kuruluşu olan bir kurumun, başka bir bakanlığın ilgili kuruluşunu denetlemesi gibi bir sonuçla karşılaşmaktadır. Bu durum hukuka aykırılık oluşturmamakla birlikte TSE’nin, HAK tarafından akredite olmuş diğer kuruluşlar karşısında avantajlı olduğu düşüncesini uyandırabilecektir. Ayrıca Bakanlığın ilgili kuruluşu olan HAK’ın, vesayet denetimi altında olduğu göz önüne alındığında Kurumun bağımsız karar alma noktasında sorunlar yaşayabilmesi de muhtemeldir. Böyle bir tereddüde mahal vermemek ve dış etkilerden bağımsız şekilde karar alabilmek adına akreditasyon kurumunun yapısının değiştirilmesi ya da denetim ve gözetim yetkisinin, yeni oluşturulacak bağımsız bir organa verilmesi, öneri olarak sunulabilir. Bu açıdan bakıldığında HAK, Bakanlığın ilgili kuruluşu değil de daha özerk bir şekilde “ilişkili”⁶⁰ kuruluş şeklinde bir yapıya sahip olursa

⁵⁷ Türk Standartları Enstitüsü (TSE), “Helal Belgelendirme Hizmetleri” <<https://www.tse.org.tr/helal-belgelendirme-hizmetleri-2helal-belgelendirme-islemleri/>> Erişim Tarihi 27 Mart 2023.

⁵⁸ Türk Standartları Enstitüsü (TSE), “Helal Belgelendirme Usul ve Esasları”, <<https://statik.tse.org.tr/upload/tr/dosya/icerikyonetimi/6899/11072016154132-2.pdf>> Erişim Tarihi 27 Mart 2023.

⁵⁹ Helal Akreditasyon Kurumu (HAK), “Akredite Kuruluşlar” <<https://www.hak.gov.tr/akredite-kuruluslar>> Erişim Tarihi 27 Mart 2023.

⁶⁰ Nitekim bakanlıkların ilişkili kuruluşları, ilgili kuruluşlardan farklı olarak vesayet denetimine tabi değildir ve özerktir. Bkz. Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 222-223.

daha bağımsız karar alabilmesi sağlanabilir. Bundan farklı olarak HAK yerine başka bir bağımsız organa denetim ve gözetim yetkisi verilmesiyle de kararların bağımsız olarak alınması sağlanabilir.

III. REKABET HUKUKU AÇISINDAN HELAL GIDA SERTİFİKASI

Anayasa m. 167 ve 172⁶¹ hükümleri gereğince rekabetin korunması, piyasaların adil ve sağlıklı bir şekilde işlemesi ve tüketici haklarının güvence altına alınması amacıyla 1994 yılında 4054 sayılı Kanun⁶² kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, piyasaların sağlıklı bir şekilde işleyişini ve rekabeti destekleyen bir çerçeve sağlamaktadır.

4054 sayılı Kanun m. 4’te, özellikle belirli bir mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki rekabeti koruma altına almaktadır. Bu hükme göre, doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmıştır.⁶³

Mezkûr Kanun, teşebbüsler arasında rekabeti engelleyen, kısıtlayan ya da bozan her türlü anlaşmanın, uyumlu eylemlerin veya teşebbüs birliği kararlarının hukuka aykırı olduğunu açıkça belirtmektedir. Örneğin, bir grup teşebbüsün, belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabeti kısıtlamak için anlaşma yapmaları, bu hükme göre yasaklanmıştır. Aynı şekilde, birbirleriyle rekabet etmesi beklenen teşebbüslerin uyumlu eylemler gerçekleştirilmesi ve bu şekilde rekabeti bozucu eylemlerde bulunmaları da yasaklanmıştır.

Rekabetin sağlıklı bir şekilde işlemesi ve tüketici haklarının korunması için mezkûr Kanun m. 4 hayati öneme sahiptir. Çünkü rekabet, piyasaların etkinliğini artırmakta, ürün ve hizmetlerin kalitesini yükseltmekte, fiyatları düşürmekte ve tüketiciye daha geniş bir seçenek yelpazesi sunmaktadır. Dolayısıyla, rekabetin korunması, hem tüketici haklarını güvence altına almakta hem de genel ekonomik refahı artırmaktadır.

⁶¹ “M. 167: Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” “M. 172: Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır; tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.”

⁶² Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4054, Kabul Tarihi: 07.12.1994, RG 13.12.1994/22140.

⁶³ 4054 sayılı Kanun, md. 4 gerekçesi.

A. Helal Sertifikası Veren Kuruluşların Teşebbüs ve Teşebbüs Birliği Niteliği

4054 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı m. 3'te teşebbüs birlikleri "Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri..." olarak tanımlanmıştır. Kanun'un tanımı doğrultusunda, teşebbüs birliği oluşturan unsurların "teşebbüs" olarak kabul edilir nitelikte olmaları gerekmektedir. Bu çerçevede, en azından iki teşebbüsün mevcudiyeti hem zorunluluk hem de teşebbüs birliği oluşturmanın yeterli şartıdır.⁶⁴ 4054 sayılı Kanun m. 3'te teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" şeklinde tanımlanmaktadır.⁶⁵

Helal sertifikası veren "GİMDES", "HELALDER", "TSE", "KASCERT" gibi devlet kuruluşu ve derneklerin teşebbüs ya da teşebbüs birliği olup olmadıklarını belirlerken 4054 sayılı Kanun m. 3'te düzenlenen "teşebbüs" ve "teşebbüs birliği" tanımları dikkate alınmalıdır:

"GİMDES" ve "HELALDER" helal sertifikası hizmeti sunan dernek statüsünde kuruluşlardır. Her biri ayrı ayrı bir teşebbüs olarak kabul edilebilir, çünkü her biri ekonomik bir faaliyet göstermekte ve sertifikasyon hizmeti vererek gelir elde etmektedir. "TSE" daha önce de ifade edildiği üzere bir kamu kurumudur. Bu da ekonomik faaliyet gösteren bir birimdir. TSE de helal sertifikasyon hizmeti sunmaktadır ve bu bağlamda bir "teşebbüs" olarak kabul edilmektedir. "KASCERT" ise bir şirket olduğu için, yine ekonomik faaliyet gösteren bir teşebbüstür.

Yukarıda bahsedilen kuruluşların bir "teşebbüs birliği" oluşturduklarını söylemek için, bu kuruluşların 4054 sayılı Kanun m. 4'ün yasakladığı eylemleri gerçekleştirmiş olmaları gerekmektedir. Mezkûr m. 4'e göre "... rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka

aykırı ve yasaktır." Bu eylemler arasında yukarıda bahsedilen kuruluşların birlikte hareket etmeleri ve ekonomik bir faaliyeti birlikte gerçekleştirmeleri çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Türk Medeni Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre, bir tüzel kişilik oluşturmak için belirli bir amaç ve organizasyon yapısının olması gerekmektedir. Bu noktada, eğer bu kuruluşlar arasında düzenlenmiş bir anlaşma yoksa ve birlikte hareket etmiyorlarsa, bu kuruluşların bir "teşebbüs birliği" oluşturduklarını söylemek hukuki olarak doğru olmaz. Dolayısıyla, her bir kuruluşun bağımsız olarak ekonomik faaliyet gösterdiği ve belirli bir sektörde (helal sertifikasyon sektörü) hizmet sunduğu, ancak birlikte hareket etmediği veya birlikte ekonomik bir faaliyeti gerçekleştirmediği için bir "teşebbüs birliği" oluşturmadıkları söylenebilir. Ancak bu durumun tam ve kesin bir şekilde belirlenmesi için ilgili kuruluşların faaliyetlerinin ve aralarındaki ilişkinin daha detaylı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Bu tür bir incelemenin düzenleyici ve denetleyici bir üst kurul olan Rekabet Kurumu tarafından yapılması piyasa düzenini sağlayacak, piyasaya güveni arttıracaktır.

"GİMDES", "HELALDER", "TSE", "KASCERT" gibi kuruluşlar arasında düzenlenmiş bir anlaşma varsa ve bu anlaşma doğrultusunda birlikte hareket ediyorlarsa, bu durumda "teşebbüs birliği" kavramı gündeme gelmektedir. Rekabet hukuku açısından, bu tür bir birliğin rekabeti kısıtlama potansiyeli olup olmadığı eğer varsa bunun rekabet hukuku çerçevesinde ne tür sonuçları olacağı gibi konuları Rekabet Kurulu tarafından incelenmesi gerekmektedir. Eğer bu kuruluşlar arasında düzenlenmiş bir anlaşma yoksa ve her biri bağımsız olarak faaliyet gösteriyorsa, her biri ayrı bir teşebbüs olarak kabul edilir ve her birinin faaliyetleri ayrı ayrı rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilir.

B. Sertifika Kuruluşları Arasında Oluşabilecek Rekabet

Mevcut rekabet ortamında sertifikalar, bir mal ya da hizmeti ayırt etmek⁶⁶ ve bunların niteliklerini güvence altına alabilmek için kullanılan yeni bir "pazarlama paradigması" olarak tanımlanmaktadır. Artık helal gıda gibi "ahlak ekonomilerinin"⁶⁷ sertifikalarla karakterize edildiği bir dönemin

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ivo Van Bael ve Jean-Francois Bellis, *Competition Law of the EEC*, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, s. 23, 24; Conrad W. Oberdorfer vd., *Common Market Cartel Law: a commentary on articles 85 and 86 of the EEC treaty and regulations nos. 17, 27, and 26*, Commerce Clearing House, 1971, s. 9.

⁶⁵ Metin Topçuoğlu, "Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(4), 2001, s. 132.

⁶⁶ Shambavi Rajagopal vd., "Halal certification: implication for marketers in UAE", *Journal of Islamic Marketing*, 2(2), 2011, s. 139.

⁶⁷ Yabancı literatürde kendisine yer bulduğu halde bizim için yeni olan bu kavramla ilgili daha fazla bilgi için Bkz. Steve Bruce, *Choice and Religion: A Critique of Rational Choice*, Oxford University Press, 2000; Young, Lawrence A. Young, *Rational Choice Theory and Religion*, Routledge, 1997; Robert Hoffmann, "The Experimental Economics of Religion" *Internati-*

başladığı açıkça görülmektedir.⁶⁸

Sertifikalandırma kuruluşları arasındaki piyasa rekabeti, bu kuruluşları maliyetlerini azaltmaya ve müşteri taleplerini hafifletmeye yönlendirebilmektedir. Ancak, bu durum bazı kuruluşların standartlarını düşürmesine neden olabilir. Bu durumun sonucu genellikle standartlarda “*alt seviyeye doğru bir yarış*” olmaktadır. 2007-2008 ABD finansal krizi sonrasında, bir kongre panelinde, “*mortgage-backed securities (ipoteğe dayalı menkul kıymetler)*”e yüksek değerlemeler yapan ve sonradan değersiz olduğu ortaya çıkan kredi derecelendirme kuruluşları, “finansal yıkımın önemli bir dişlisi” olarak nitelendirilmiştir.⁶⁹ Başka bir örnekte, özel bir gıda güvenliği denetim firması, *Peanut Corporation of America*’ya kalite bakımından “üstün” bir derecelendirme ile sertifika vermiş, kısa bir süre sonra şirketin ürünleri 9 kişinin ölümüne ve 22,000’den fazla kişinin 2008-2009 yılları arasında “*salmonella*” hastalığına yakalanmasına sebep olmuştur. Bu olaylar, özel sertifikasyonların güvenilirliğini ve standartları sağlamada yaşanan zorlukları göstermektedir.⁷⁰

Hukuki boyutta bakıldığında, özel sertifikasyon kuruluşlarının faaliyetlerinin piyasa dinamikleri ve düzenleyici standartlarla birlikte dikkatli bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Tüketicilerin korunması ve piyasa düzeninin sağlanması için bu kuruluşların, hizmetlerinin kalitesini ve güvenilirliğini sürdürmeleri önem arz etmektedir. Örneğin, eğer bu kuruluşlar, belirli bir üreticiye veya tedarikçiye avantaj sağlamak amacıyla sertifikasyon ve akreditasyon sürecini manipüle ederlerse, bu durum, rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu sadece belirli bir sektörde değil, tüm sektörlerde rekabeti bozar ve tüketicilerin çıkarlarına zarar verir.

Özel sertifika kuruluşları arasındaki rekabet, genellikle verimliliği artırmaktadır ve tüketicilere daha kaliteli hizmet sunmayı teşvik etmektedir. Sertifika kuruluşlarının maliyetleri düşürme ve marka değerlerini koruma

onal Centre for Behavioural Business Research Working Paper No. 2011-03, Nottingham University Business School Research Paper No. 2011-02, Temmuz, 2011.

⁶⁸ Johan Fischer, “Religion, Culture, and Business Legitimacy”, ed. J. Rendtorff, *Handbook of Business Legitimacy*, Springer, Cham, 2020, s. 250.

⁶⁹ Timothy D. Lytton, “Kosher Certification as a Model of Private Regulation: Third-Party Certification Has Benefits over Both Government Regulation and Unregulated Markets”, *Regulation* 36(24), 2013, s. 27.

⁷⁰ Lytton, s. 27.

çabaları, bazı hallerde rekabet hukuku açısından sorunlara yol açabilmektedir.⁷¹ Örneğin, sertifika kuruluşunun, düşük ücretler karşılığında düşük kalite standartları sunması veya belirli bir şirkete avantaj sağlamak için standartları manipüle etmesi, rekabet hukuku ilkeleriyle çelişebilir. Bu sebeple sertifika kuruluşlarının, maliyetleri düşürme ve kalite standartlarını koruma çabaları, rekabet hukuku ilkeleri ile dengeli bir şekilde gerçekleştirilmelidir.

Sertifikasyon standartları ve süreçlerinin şeffaflığı sağlanarak, bu alandaki hukuki düzenlemeler ile yapılan denetimlerin yerinde ve etkin olması gerekmektedir.⁷² Koşer sertifikasyonunun başarısı, bu dengenin nasıl sağlanabileceği konusunda örnek alınabilir.⁷³ Ancak her sertifikasyon sistemi için bu dengeyi kurmanın farklı yöntemleri ve zorlukları olacağına da gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

C. Helal Gıda Sertifikasyonunun Helal Pazarındaki Yeri

Helal gıda sertifikalarına olan talebin artması, pazar payına paralel olarak sertifika kuruluşlarının ve sertifika temin eden markaların sayısının artması, belirli bir mal ya da hizmet piyasasında rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşmaları ve uyumlu eylemleri yasaklayan 4054 sayılı Kanun çerçevesinde ele alınmaktadır.

4054 sayılı Kanun’un amacı, etkin ve sağlıklı bir rekabet ortamını koruyarak tüketicinin menfaatlerini sağlamaktır.⁷⁴ Helal gıda sertifikası piyasası, rekabeti koruma ilkeleri çerçevesinde değerlendirildiğinde, birkaç anahtar nokta ön plana çıkmaktadır:

Öncelikle, helal sertifikalarının bir pazarlama aracı olarak kullanılması, tüketiciye doğru bilgi verme ve yanıltıcı uygulamalardan kaçınma yükümlülüğünü gündeme getirmektedir. 4054 sayılı Kanun, tüketicinin yanıltılmasını ve rekabetin haksız bir şekilde kısıtlanmasını önlemek için belirli hükümler içermektedir. Örneğin, bir firma helal sertifikası olduğunu iddia ederken, aslında bu sertifikayı almak için gerekli koşulları sağlamamışsa, bu durum tüketicileri yanıltmaya ve helal sertifikası olan ve kurallara uyan işletmelerin zarar görmesine neden olmaktadır.

⁷¹ Lytton, s. 27.

⁷² Metin Topçuoğlu vd., “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Helal Ürün Sorunu ve Sonuçları”, *TAAD*, 7(30), 2017, s. 15-17.

⁷³ Kurt, s. 135.

⁷⁴ 4054 sayılı Kanunun gerekçesi.

Bir diğer husus, helal sertifika kuruluşlarının sayısındaki artış ve bu kuruluşlar arasındaki rekabet, sertifikasyon standartlarının düşmesine ve tüketicinin korunmasının zayıflamasına yol açabilir.⁷⁵ Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde, helal sertifikasyon kuruluşları arasındaki rekabetin, tüketicinin korunması ve bilgiye erişimin sağlanması prensipleriyle uyumlu olması gerekmektedir.

4054 sayılı Kanun, helal gıda sertifika piyasasında etkin bir rekabet ortamının oluşması büyük öneme sahiptir. Bu bağlamda, helal gıda sertifika piyasası, tüketicinin korunması, rekabetin sağlıklı bir şekilde sürdürülmesi ve helal sertifikasyon süreçlerinin standartlarının düşmemesi adına düzenlenmeli ve denetlenmelidir.

Helal gıda sertifikaları hem tüketicilerin bilinçli seçim yapabilmesi hem de firmaların dürüst ve etik bir şekilde hizmet sunabilmesi açısından önem arz etmektedir.⁷⁶ Standartların düşmesi, tüketicinin güvenini azaltabilir ve haksız rekabeti teşvik edebilir. Bu nedenle, helal sertifika kuruluşlarının sayısı ve faaliyetleri arttıkça, bu kuruluşların sunduğu hizmetlerin kalitesini ve standartlarını korumak için etkin bir denetim ve düzenleme mekanizması oluşturulmalıdır. Bu mekanizmanın oluşturulmasında devletin ve ilgili düzenleyici kurumların rolü büyüktür. Örneğin devlet, sertifika standartlarını belirleyen ve bu standartların uygulanmasını denetleyen bağımsız ve tarafsız bir kurum oluşturabilir. Ayrıca, rekabet ihlallerini önlemek ve tüketicileri korumak için gerektiğinde müdahale etme yeterliliğine de sahip olmalıdır.

McDonald's, KFC, Starbucks, Nestle, Burger King gibi birçok dev markanın helal gıda sertifikası temin etmesiyle birlikte⁷⁷, sertifikasyon sürecinin şeffaflığı, standartları ve düzenlemeleri uluslararası düzeyde de önem kazanmıştır.⁷⁸ Bu nedenle, uluslararası iş birliği ve standartların harmonizasyonu da helal gıda sertifikasyonunun hukuki çerçevesini oluşturan önemli unsurlardandır.

⁷⁵ Topçuoğlu vd., s. 29.

⁷⁶ Topçuoğlu vd., s. 20; Marc Chambolle, "Food Policy And The Consumer", *Journal Of Consumer Policy*, 1988, s. 435.

⁷⁷ Johan Fischer, "Branding halal: A photographic essay on global Muslim markets", *Anthropology Today* 28(4), 2012, s. 19.

⁷⁸ Rajagopal, s. 153.

Ç. Rekabet İhlalleri Açısından Helal Gıda Sertifikasyonu

Ülkemizde helal sertifikası veren birçok kuruluş vakıf, dernek ve şirketler olarak faaliyet göstermektedir. Bu tür kuruluşlar, helal ürünlerin tespitinde ve sertifikalandırılmasında önemli bir rol oynamaktadır. Ancak bu durum, helal sertifikalarının standardizasyonu ve tutarlılığı konusunda sorunlara yol açabilmektedir. Zira farklı kuruluşlar farklı standartlar ve kriterler belirleyebilmektedir. Diğer yandan, bir devlet kurumu olan TSE, helal sertifikası vermeye yetkilendirilmiştir. TSE, kamusal bir kurum olması ve geniş kapsamlı teknik yeteneklere sahip olması nedeniyle, helal sertifikasyon sürecinde önemli bir rol oynamaktadır. Örneğin, bir gıda şirketi, helal sertifikasını almak için TSE'ye başvurabilir ve belirli şartları yerine getirdikten sonra bu sertifikayı alabilmektedir. Ancak aynı şirket, başka bir dernek veya şirket tarafından helal sertifikası almak istediğinde, farklı standartlar ve kriterlerle karşılaşabilmektedir. Bu durum hem şirketler hem de tüketiciler için belirsizlik ve güvensizlik oluşturabilir.

4054 sayılı Kanun m. 4'e göre, belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Bu çerçevede, "GİMDES", "HELALDER", "TSE", "KASCERT" gibi devlet kuruluşu ve derneklerin, helal gıda piyasasında 4054 sayılı Kanun'da belirtilen rekabet ihlallerini düzenleyen hükümlere aykırı davranıp davranmadıklarının Rekabet Kurumu tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Sertifika kuruluşları bakımından rekabet ihlallerinin m. 4 ve 6 kapsamında değerlendirmesi şu şekildedir:

- Rekabeti Sınırlayan Anlaşmalar veya Uyumlu Eylemler: Sertifika kuruluşları arasında, helal gıda piyasasındaki rekabeti sınırlayan veya bozan açık anlaşma (explicit collusion) ya da gizli anlaşma (implicit collusion) veya uyumlu eylemlerde bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Örneğin, belirli bir helal gıda sertifikası verme hakkını monopolize etme veya fiyatları artırma amacıyla bir araya gelip anlaşma yapmaları bu duruma örnek olabilmektedir.⁷⁹

⁷⁹ Rakipler arasındaki piyasa paylaşımı, fiyat belirleme, alım satım şartlarının tespit edilmesi, piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü, mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolüne ilişkin anlaşmalar geçersiz kabul edilmektedir. *Bknz.* Sevda Yaşar Coşkun, "Türk Rekabet Hukukunda Rekabet İhlalinin Özel Hukuktaki Sonuçları", *6. Uluslararası Multidisipliner Çalışmalar Kongresi*, Asos Yayınevi, 2019, s. 240.

- Fiyatların veya Şartların Tespit Edilmesi: Eğer yukarıda bahsedilen kurum ve kuruluşlar, helal gıda sertifikası almak için belirli bir fiyat veya şartları tespit etme konusunda anlaşma içerisine girerlerse, bu da rekabeti kısıtlayıcı bir davranış olarak değerlendirilebilmektedir.⁸⁰

- Piyasaların Bölüşülmesi: Kuruluşlar, belirli coğrafi bölgeler veya belirli türdeki işletmeler arasında helal gıda sertifikasyon piyasasını paylaşma anlaşması yapmışlarsa, bu da rekabeti kısıtlayıcı bir davranış olmaktadır.

- Rakip Teşebbüslerin Faaliyetlerinin Zorlaştırılması: Kuruluşlar, diğer helal sertifikasyon kuruluşlarının faaliyetlerini zorlaştıracak veya kısıtlayacak eylemlerde bulunurlarsa, bu da rekabeti engelleme olarak kabul edilmektedir.⁸¹

- Hakim Durumun Kötüye Kullanılması: Helal sertifikasyon kuruluşlarının, 4054 sayılı Kanun m. 6'da belirtilen "Hakim Durumun Kötüye Kullanılması" hükmüne de riayet etmeleri gerekmektedir. Eğer belirli bir helal sertifikasyon kuruluşu, sektörde hakim durumda ise bu hakim durumunu kötüye kullanması, rekabet ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıda sayılanlarla birlikte diğer potansiyel rekabet ihlallerini de tespit etmek için, bu kuruluşların faaliyetlerinin ve kararlarının detaylı bir şekilde incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu inceleme ve değerlendirme, genellikle helal sektörünün dinamiklerini bilen ve rekabet hukukunda uzmanlaşmış kişilerce yürütülmektedir. Son olarak, bu kuruluşların her birine ayrı ayrı veya bir arada, kendi özel durumlarının ve eylemlerinin, mevzuata ve mer'î düzenlemelere uygun olduğunu göstermeleri için kendi lehlerinde kanıtlar sunma hakkı verilir.⁸² Örneğin, eğer kuruluşlar, eylemlerini tüketicilerin çıkarlarını koruma ya da daha yüksek kalite standartları oluşturma amacıyla yaptıklarını kanıtlayabilirlerse, bu eylemler rekabet hukuku açısından incelenmektedir. Amacın rekabeti kısıtlamak olmadığı gösterilirse, bu eylemler rekabet hukukuna uygun kabul edilebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, bu tür kanıtların ve savunmaların kabul edilip

⁸⁰ 22-51/754-313 karar sayılı, 10.11.2022 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

⁸¹ 18-06/101-52 karar sayılı, 20.02.2018 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

⁸² "M. 59 – Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun süreli piyasada fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.

⁸ rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir."

edilmeyeceği, bu konuda deneyimli ve yetkin bir otorite olan Rekabet Kurulu tarafından değerlendirilmektedir. Kurul, sektör dinamiklerini, tüketicilerin ve diğer paydaşların çıkarlarını ve yürürlükteki yasa ve düzenlemeleri dikkate alarak kararını verecektir.

Helal gıda sertifikasyonu, tüketiciler için büyük bir önem taşımaktadır, zira bu sertifikalar, birçok kişi için dini inançlarına uygun olarak tüketim yapma tercihlerini doğrudan etkileyebilmektedir. Örneğin, 1999 yılında Amsterdam'da yaşayan Pakistan kökenli bir Müslüman kadın, bir atıştırmalık (kroket) olarak etiketlenmiş "helal" dana eti satın alıp tüketmiştir.⁸³ Etin dini usullere göre kesilmemiş hayvandan elde edildiğini öğrendikten sonra, atıştırmalık barın yöneticisine karşı tazminat talep etmiş, barın Fas kökenli Müslüman kadın yöneticisi, atıştırmalığın domuz eti içermediği için "helal" olduğu iddiasında bulunmuştur ve bazı Faslı gençlerin talebi üzerine domuz eti içermeyen ürünler üzerine Arapça "helal" etiketleri yapıştırılmıştır. Hukuk mahkemesi "helal" etin ne olduğuna karar vermekten kaçınmıştır fakat atıştırmalık bar zincirinin üzerindeki "helal" etiketlerinin yönetici tarafından çıkarılmasına karar vermiştir. Bu durum, "helal" kavramının farklı yorumlandığını göstermektedir. Bir görüşe göre helal, ürünün "domuz eti içermediği" anlamına gelirken, diğer bir görüşe göre, ürünün "domuz eti içermediği ve hayvanların bayıltılmadan ve Allah'ın adı anılarak dini usullere göre kesildiği" anlamına gelmektedir.⁸⁴ Aynı zamanda bu durum, bir Müslüman tüketicinin hangi gıdanın helal olduğunu ve hangi gıdanın helal olmadığını bilmesinin zor olduğunu da göstermektedir.

Hukuki açıdan, bu dava, "helal" etiketlemesi ile ilgili çeşitli yasal sorunları ortaya koymaktadır. Özellikle, bir ürünün "helal" olarak etiketlenmesinin ne anlama geldiği ve hangi standartların bu etiketlemeye uygulanması gerektiği konusunda net bir hukuki tanımın eksikliği vurgulanmaktadır. Bu, tüketicilere yanıltıcı bilgiler vererek haksız ve yanıltıcı ticari uygulamalarına yol açabilir. Bu nedenle, "helal" etiketlemesi konusunda net ve kapsamlı bir hukuki çerçevenin oluşturulması gerekliliği vurgulanmaktadır.⁸⁵

Türkiye'de helal gıda sertifikasyonu hakkında Rekabet Kurulu tarafından

⁸³ Het Parool, "Rechter buigt zich over religieus gehalte van kroket", (1 September 1999); Het Parool, "Geen straf voor foute kroketten", (11 September 1999); Trouw, "Halal-producenten wenssen kermek voor rein voedsel", (29 April 2000).

⁸⁴ Tetty Havinga, s. 251.

⁸⁵ Havinga, s. 252.

verilmiş özel bir karar bulunmamaktadır. Helal gıda sertifikasyonu hakkında Rekabet Kurulu tarafından özel bir kararın bulunmaması, bu alandaki rekabet dinamiklerinin yeterince ele alınmadığı endişesini gündeme getirebilmektedir. Ayrıca, helal sertifikasyonunun çok sayıda kuruluş tarafından veriliyor olması ve bu kuruluşların genellikle farklı standartlara sahip olması, rekabet hukuku açısından potansiyel riskleri beraberinde getirebilir fakat bu risklerin meydana gelip gelmediğini tespit etmek için Rekabet Kurulunun aktif bir inceleme başlatması gerekmektedir. Eğer bu kuruluşlar arasında koordinasyon eksikliği ya da farklı standart uygulamaları söz konusuysa, tüketicilerin bilinçli tercih yapma hakkı zedelenmektedir.⁸⁶ Aynı zamanda bu durum, rekabet hukuku açısından belirli firmalara ya da sertifika sağlayıcılara haksız avantajlar sağlanmasına da yol açabilir. Öte yandan, Rekabet Kurulunun bu konuda bir karara varmamış olması, mevcut durumun rekabet hukuku açısından problemli olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira helal gıda sertifika piyasası, tüketicilerin dini inançlarına dayalı tercihleri nedeniyle özel bir hassasiyet taşımaktadır. Bu bağlamda, sektöre özgü dinamiklerin ve tüketicilerin haklarının korunmasının önemli olduğu göz önünde bulundurularak, Rekabet Kurulunun bu alanda aktif bir yaklaşım benimsemesi, gerekli incelemeleri yapması ve sektördeki dinamikleri yakından takip etmesi hem tüketicilerin korunması hem de piyasanın sağlıklı işleyişi için kritik bir öneme sahiptir.

D. Helal Gıda Sertifikasyonunda 4054 Sayılı Kanun Kapsamında İdari Para Cezaları

Rekabet Kurumu düzenleyici ve denetleyici bir kurum olarak⁸⁷ piyasaları düzenlemekte, denetim yapmakta ve gerektiğinde idari yaptırım uygulamaktadır. Kurum, 4054 sayılı Kanun m. 20 uyarınca, Türkiye'deki tüm sektör ve piyasaların serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde faaliyet göstermesini sağlama sorumluluğuna sahiptir. 4054 sayılı Kanun m. 27'de idari para cezaları vermeye yetkili makamın Rekabet Kurulu olacağı düzenlenmiştir.⁸⁸ İlgili düzenlemenin (a) bendinde, "...bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak" şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, giderek

⁸⁶ H. Ercüment Erdem, "Birleşme ve Devralmalar: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", *Rekabet Kurulu Tebliğleri*, AT Konsey Tüzüğü 4064/89, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

⁸⁷ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun III sayılı cetvelinde Rekabet Kurumu, düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında sayılmaktadır.

⁸⁸ Apaydın, s. 32.

daha fazla popülerlik kazanan helal gıda sertifika sektörü de bu Kanun'un öngördüğü yasak ve kısıtlamaların kapsamı içerisindedir.

Helal gıda sertifikası sağlayan kuruluşlar, sertifika verme, yenileme veya iptal süreçlerinde rekabeti kısıtlama potansiyeline sahip birçok eylemde bulunabilirler. Özellikle sertifika başvurularının değerlendirilmesi, fiyatlandırma stratejileri, belirli firmalarla özel anlaşmalar yapılması veya bazı firmalara ayrımcılık yapılması, Rekabet Kurumunun dikkatini çekebilir. Bunun yanı sıra, yanıltıcı veya yanlış bilgi/belge sunumu, izinsiz birleşme ve devralmalar m. 14 ve 15'e aykırı bilgi veya belge sunumu, yerinde incelemelerin engellenmesi gibi durumlar da rekabet ihlali olarak değerlendirilebilir. Özellikle, rekabeti sınırlayıcı veya engelleyici anlaşmalar yapmak, haksız rekabete yol açmak veya tüketicilere zarar vermek gibi durumlar ciddi yaptırımlarla sonuçlanabilir. Örneğin, bir helal gıda sertifikası kuruluşu, kendi sertifika prosedürlerini daha cazip kılmak için diğer rakip sertifika kuruluşlarının daha katı standartlara sahip olduğuna dair yanıltıcı bilgiler sunarsa, bu durum yanıltıcı bilgi sunma kategorisine girecektir.

4054 sayılı Kanun kapsamında belirlenen idari para cezaları, kuruluşların yıllık gayri safi gelirlerine bağlı olarak değişiklik gösterebilir. Esasa ilişkin para cezaları, genellikle rekabet yasaklarına doğrudan aykırılık durumlarında, usule ilişkin para cezaları ise kuruluşların yanıltıcı bilgi vermesi, eksik bilgi sunması veya incelemeleri engellemesi gibi durumlarında uygulanmaktadır. Özellikle helal gıda sertifika sektöründe, tüketicinin doğru ve şeffaf bilgilendirilmesi esastır. Dolayısıyla sertifika kuruluşlarının tüketicilere yanıltıcı bilgi vermesi, bu kuruluşların güvenilirliğini zedelerken, aynı zamanda 4054 sayılı Kanun m. 16'ya göre idari para cezasıyla sonuçlanabilir.

Helal gıda sertifikası, tüketici güvenini sağlama amacı taşırken, aynı zamanda sektörde faaliyet gösteren firmaların rekabetçi bir ortamda faaliyet göstermelerini garanti altına almalıdır. Ancak bazı kuruluşların rekabeti engelleyici veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunduğu tespit edilebilir. 4054 sayılı Kanun m. 4, 5 ve 6 gereğince rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler ile hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. 4054 sayılı Kanun m. 4'e göre, helal gıda sertifikası veren kuruluşların, diğer firmaların piyasaya girişini engellemek, fiyatları sabitlemek veya belirli bir firmaya avantaj sağlamak amacıyla yaptığı anlaşmalar bu madde kapsamında yasaklanmaktadır. Hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen m. 6 ile helal gıda sertifika sektöründe faaliyet gösteren ve piyasada belirli bir hakimiyete sahip olan kuruluşların, bu durumu kötüye kullanarak rekabeti

engellemeleri bu madde kapsamında değerlendirilmektedir. Mezkûr Kanun m. 7 ile kuruluşların birleşme ve devralmalarıyla ilgili olarak, rekabeti engelleyici veya kısıtlayıcı bir yapı oluşturmamaları gerektiği düzenlenmektedir. Örneğin, iki büyük helal gıda sertifikası kuruluşu, piyasada daha baskın bir konum almak için birleşme kararı alabilir. Ancak eğer bu birleşme, Rekabet Kurumundan gerekli izni almadan gerçekleştirilirse, bu durum m. 16 gereğince bir ihlal oluşturacaktır ve ilgili kuruluşlar idari para cezasıyla karşılaşabilirler. Ayrıca yanıltıcı bilgi sunma veya incelemelere engel olma gibi usule ilişkin ihlallere, Kanun'un belirlediği usul ve esaslar dahilinde cezai yaptırımlar uygulanabilmektedir. Ancak bu cezaların uygulanmasında dikkate alınan bazı kriterler vardır. Kuruluşun piyasa gücü, ihlalin süresi ve ciddiyeti, ihlalin tespitine kadar geçen süre gibi etmenler cezanın miktarını etkileyebilmektedir.

Rekabet Kurumu, bir helal gıda sertifikası kuruluşunda yerinde inceleme yapmaya karar verdiğinde kuruluşun incelemeyi engellemesi veya süreci zorlaştırması da m. 16 kapsamına giren bir ihlaldir. Bir ihlal tespit edildiğinde, sonuçlar teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin yıllık gayri safi gelirlerine göre değişkenlik göstermektedir. İdari cezaların hesaplama yöntemi, 4054 sayılı Kanun m. 16, 17 ve “*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*”⁸⁹ ile belirlenmiştir. Bu düzenlemelerde Kurulun bir teşebbüsün yıllık cirosunu dikkate alması gerektiği vurgulanmıştır. Ancak “*nihai karardan önceki mali yıl*” gibi ifadeler, ciroyla ilgili kesin bir zaman dilimi belirlemede karmaşıklığa sebep olmaktadır. Bu belirsizlik hem cezaların belirlenmesinde hem de yargı incelemesi sonucu olası revizyonlarda adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir.⁹⁰

*Helal gıda sertifikası sektöründe faaliyet gösteren kuruluşlar, rekabet hukukuna uyum sağlama konusunda dikkatli olmalıdırlar. Sektörde etkin ve adil bir rekabetin sağlanması, sadece yasal yaptırımlardan kaçınmak için değil, aynı zamanda tüketicilere daha iyi ve kaliteli hizmet sunabilmek için de elzemdir.*⁹¹

⁸⁹ Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, RG 15.02.2009-27142.

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bahadır Apaydın, “Türk Rekabet Hukukunda İdari Para Cezalarında Esas Alınacak Ciro Yılına Belirlenmesi Sorunu ve Danıştay Uygulaması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(1), 2019, s. 39.

⁹¹ Tüzüner, s. 22.

SONUÇ

Helal gıda sertifikasyonu ile ilgili düzenleme ve denetim konusunda hem dünyada hem de Türkiye’de eksiklikler bulunmaktadır. Bu alanda etkili düzenleme ve denetimler yapılması tüketicinin korunmasını ve rekabetin etkin ve adil bir şekilde sürdürülmesini sağlayacaktır. Bu noktada HAK, Rekabet Kurumu gibi kurumlara önemli görevler düşmektedir.

Ticaret Bakanlığının ilgili kuruluşu olan HAK, helal sertifikası veren kuruluşları OIC/SMIIC standartları çerçevesinde akredite etmekte ve sonrasında bu konuda denetimlerde bulunmaktadır. Helal sertifikası veren kuruluşlardan bazıları özel hukuk tüzel kişileri iken TSE, bir kamu hukuku tüzel kişisidir ve Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının ilgili kuruluşudur. Çalışmada ifade edildiği üzere helal sertifikası veren özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri tek bir standardı esas almamaktadır. Kimi kuruluşlar kendi helal standardını oluştururken kimisi de uluslararası standartları benimsemektedir. Bu noktada önemli bir husus karşımıza çıkmaktadır: denetimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususu. Denetimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, rekabet hukukunun temel prensipleri arasındadır ve bu prensipler, tüketicilerin çıkarlarını korumayı ve pazardaki rekabeti adil ve sağlıklı bir şekilde sürdürmeyi amaçlar.

4054 sayılı Kanun kapsamında, bu kuruluşların etkin bir rekabet ortamı sağlaması ve tüketicilere geniş bir yelpazede kaliteli ve rekabetçi seçenekler sunabilmesi için bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları önemlidir. Bu kuruluşların, 4054 sayılı Kanun’un hükümlerine uygun bir şekilde faaliyet göstermeleri, helal sertifikası piyasasında rekabetin korunması açısından son derece önemlidir. Rekabet hukukuna aykırı durumlar oluşmadığı sürece, özel ve kamuya ait helal sertifikası kuruluşlarının varlığı, tüketicilere daha geniş bir seçenek yelpazesi sunarak, hizmet kalitesinin artmasını ve sertifikası maliyetlerinin düşmesini sağlayabilir.

“GİMDES”, “HELALDER”, “TSE”, “KASCERT” gibi devlet kuruluşu, şirket veya derneklerin helal gıda piyasasındaki rekabeti engelleyip engellemediği konusu, geniş ve detaylı bir inceleme ve değerlendirme sürecini gerektirmektedir. Bu sürecin sonunda, gerekli hukuki yaptırımların uygulanıp uygulanmayacağına karar mercii olarak Rekabet Kurulu, karar verecektir. Rekabetin engellenmemesi için her bir kuruluşun, kendi helal sertifikası standartlarını belirlerken, rekabeti sınırlayıcı ya da bozucu uygulamalardan kaçınması gerekmektedir. Bir başka ifade ile bu kuruluşlar

standartlarını belirlerken ve sertifika verirken tarafsız ve adil olmalı, ayrımcılık yapmamalıdır.

HAK'ın Ticaret Bakanlığının ilgili kuruluşu, TSE'nin ise Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının ilgili kuruluşu niteliğinde olmasıyla birlikte bir Bakanlığın ilgili kuruluşunun diğer bir bakanlığın ilgili kuruluşunu denetlemesi durumu ortaya çıkmaktadır. Zira çalışmada da ifade edildiği üzere TSE, HAK tarafından akredite edilmiş ve helal sertifikasyonu da yapan bir kamu kurumudur. Dolayısıyla HAK, akredite ettiği TSE'yi bu çerçevede denetime tabi tutacaktır. Burada hukuka aykırı bir durum söz konusu olmamakla birlikte diğer sertifika kuruluşları açısından bakıldığında zaman HAK'ın yaptığı bu denetimin tarafsızlığı konusunda tereddüt oluşabilecektir. HAK, bu konudaki hassasiyetini belirtmek için tarafsızlık politikası yayınlamıştır. Fakat mevcut yapı ister istemez diğer sertifikasyon kuruluşları karşısında bir kamu kurumu olan TSE'nin avantajlı olduğunu düşündürebilmektedir. HAK'ın, Bakanlığın ilgili kuruluşu olması ve üzerinde vesayet denetiminin söz konusu olması, bağımsız karar almasını zorlaştırabilir. Dolayısıyla özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişisi şeklindeki tüm sertifikasyon kuruluşlarını kapsayacak şekilde bağımsız ve tarafsız bir üst kurul tarafından denetimlerin yapılması, bu konuda tereddüt yaşanmasının önüne geçebilir. HAK'ın yapısında değişikliğe gidilmesi de bu konuda bir öneri olarak sunulabilir. Böylece karar alırken daha bağımsız hareket edebilir.

HAK'tan akredite olan kuruluşlar, HAK'ın benimsediği OIC/SMIIC standardına göre akreditasyona tabi olacakken HAK'ın taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar kapsamında diğer ülkelerden akredite olan sertifikasyon kuruluşlarının akreditasyonunda HAK'ın benimsediği standartların uygulanıp uygulanmayacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır. Şayet yasal düzenleme ile artık zorunluluk haline gelen HAK veya HAK'ın taraf olduğu anlaşmalar kapsamında diğer ülkeler tarafından yetkili kılınan kurumlarca zorunlu hale gelen akreditasyon faaliyeti tek bir standart üzerinden yapılacaksa bu durumda farklı standartların kullanılması sebebiyle ortaya çıkan uygunsuzluk giderilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, B. vd., *Türk İdare Hukuku*, 13. Bası, Savaş Yayınları, 2021.
- Apaydın, B., “Türk Rekabet Hukukunda İdari Para Cezalarında Esas Alınacak Ciro Yılıının Belirlenmesi Sorunu ve Danıştay Uygulaması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(1), 2019, s. 27-52.
- Bael, I. V. & Bellis, J-F., *Competition Law of the EEC*, Wolters Kluwer Law & Business, 2010.
- Barkan, Ö. L. “XV. Asrın sonunda Bazı Büyük Şehirlerde Eşya ve Yiyecek Fiyatlarının Tespit ve Teftişi Hususlarını Tanzim Eden Kanunlar, I. Kanunname-i İhtisab-ı İstanbul El-Mahrûse”, *Tarih Vesikaları*, 1(5), 1942, s. 326-340.
- Batu, A. “Türkiye’de Helal (Mahzursuz) Gıda ve Helal Belgelendirme Sistemi”, *Gıda Teknolojileri Elektronik Dergisi*, 7(1), 2012, s. 51-61.
- Bruce, S., *Choice and Religion: A Critique of Rational Choice*, Oxford University Press, 2000.
- Chambolle, M., “Food Policy And The Consumer”, *Journal Of Consumer Policy*, 1988, s. 435-448.
- Coşkun, S. Y., “Türk Rekabet Hukukunda Rekabet İhlalinin Özel Hukuktaki Sonuçları”, *6. Uluslararası Multidisipliner Çalışmalar Kongresi*, Asos Yayınevi, 2019.
- Çağlayan, R., “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7, 2016, s. 373-398.
- Çağlayan, R., *İdare Hukuku Dersleri*, 8. Bası, Adalet Yayınevi, 2020.
- Çiçek, B. ve Kurtoğlu, R. “Tüketicilerin Helal Ürünler Hakkındaki Algılama, Tutum ve Beklentilerini Tespit Etmeye Yönelik Bir Araştırma”, *Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, 8(3), 2013, s. 181-205.
- Dünya Helal Vakfı (DHV), “Dünya Helal Vakfı Neden Kuruldu?” <<https://www.dunyahelalvakfi.org/>> Erişim Tarihi 14 Mart 2023.
- Erdem, H. E., “Birleşme ve Devralmalar: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, *Rekabet Kurulu Tebliğleri*, AT Konsey Tüzüğü 4064/89, Beta

- Yayımları, İstanbul, 2003.
- Ertürk, Y. E., Gıda Sanayinde Kullanılan Kalite Güvence Sistemlerinin Tüketicilerin Satın Alma Davranışlarına Etkisi: ISO 9000, ISO 22000 (HACCP) Örneği, Ankara Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, 2009.
- Evans, S. “Halal Certification in Indonesia” <Halal certification in Indonesia - HalalFocus.net - Daily Halal Market News> Erişim Tarihi 12 Mart 2023.
- Fındık, M. A. “Malezya’nın Helal Gıda Sertifikasyonundaki Rolü”, *Helal ve Etik Araştırmalar Dergisi*, 1(2), 2019, s. 82-104.
- Fındık, S. Türkiye’de Helal Gıda Sertifikasyon Faaliyetleri ve İlgili Kuruluşların Çalışma Prensiplerinin Karşılaştırılması, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Fischer, J., “Branding halal: A photographic essay on global Muslim markets”, *Anthropology Today*, 28(4), 2012, s. 18-21.
- Fischer, J., *Religion, Culture, and Business Legitimacy*, çev. J. Rendtorff, Handbook of Business Legitimacy, Springer, Cham, 2020.
- Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Denetleme ve Sertifikalama Araştırmaları Derneği (GİMDES), “Dünden Bugüne GİMDES” <<http://www.gimdes.org/kurumsal>> Erişim Tarihi 12 Mart 2023.
- Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Denetleme ve Sertifikalama Araştırmaları Derneği (GİMDES), “Standartlarımız” <<http://www.gimdes.org/gimdes-standartlari>> Erişim Tarihi 13 Mart 2023.
- Havinga, T. “Regulating Halal and Kosher Foods: Different Arrangements between State, Industry and Religious Actors”, *Erasmus Law Review*, 3(4), 2010, s. 241-255.
- Helal Akreditasyon Dairesi Başkanlığı (HAK) “Helal Uygunluk Değerlendirme Kuruluşlarına Yönelik Şahit/Tanık Denetimi Uygulama Rehberi” <<https://www.hak.gov.tr/data/5dc2c44a13b876761460c896/AKR-Pr01-Rh-004-Rv02.pdf>> Erişim Tarihi 08 Mart 2023.
- Helal Akreditasyon Dairesi Başkanlığı (HAK), “Helal Akreditasyon Denetimi Usul ve Esasları Rehberi” <<https://www.hak.gov.tr/data/5dc2c44a13b876761460c896/AKR-Pr01.pdf>> Erişim Tarihi 08 Mart 2023.
- Helal Akreditasyon Kurumu (HAK), “Akreditasyon ve Helal Akreditasyon Nedir?” <<https://www.hak.gov.tr/>> Erişim Tarihi 05 Mart 2023.
- Helal Akreditasyon Kurumu (HAK), “Akredite Kuruluşlar” <<https://www.hak.gov.tr/akredite-kuruluslar>> Erişim Tarihi 27 Mart 2023.
- Helal Akreditasyon Kurumu (HAK), “İslam Ülkeleri Standardlar ve Metroloji Enstitüsü (SMIIC)” <<https://www.hak.gov.tr/dis-iliskiler/uluslararası-kuruluslar/islam-ulkeleri-standardlar-ve-metroloji-enstitusu-smiic>> Erişim Tarihi 12 Mart 2023.
- Helal Akreditasyon Kurumu (HAK), “Sıkça Sorulan Sorular” <Helal Akreditasyon Kurumu (hak.gov.tr)> Erişim Tarihi 08 Mart 2023.
- Het Parool, “Rechter buigt zich over religieus gehalte van kroket”, (1 September 1999); Het Parool, “Geen straf voor foute kroketten”, 11 Eylül 1999; Trouw, “Halal-producenten wensen kermerk voor rein voedsel”, 29 Nisan 2000.
- Hoffmann, R., “The Experimental Economics of Religion” *International Centre for Behavioural Business Research Working Paper No. 2011-03, Nottingham University Business School Research Paper No. 2011-02*, 2011, s. 813-845.
- International Organization for Standardization (ISO), “Benefits of Standards” <<https://www.iso.org/benefits-of-standards.html>> Erişim Tarihi 26 Şubat 2023.
- International Organization for Standardization (ISO), “Conformity Assessment”, <<https://www.iso.org/conformity-assessment.html>> Erişim Tarihi 03 Mart 2023.
- Islamic Chamber Research & Information Center (ICRIC), “Halal” <<https://www.icricinternational.org/halal/>> Erişim Tarihi 12 Mart 2023.
- Kalabalık, H. *İdare Hukuku Dersleri Cilt-I*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, 2019.
- Kurt, A. O. “Yahudilikte Koşer ve Koşer Ekonomisi”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 147(2), 2010, s. 103-149.

- Lytton, T. D., “Kosher Certification as a Model of Private Regulation: Third-Party Certification Has Benefits over Both Government Regulation and Unregulated Markets”, *Regulation*, 36(24), 2013, s. 24-27.
- Oberdorfer, C. W. vd., *Common Market Cartel Law: a commentary on articles 85 and 86 of the EEC treaty and regulations nos. 17, 27, and 26*, Commerce Clearing House, 1971.
- Özdemir, T., *İstatistiksel Kalite*, Ankara Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, 2000.
- Rajagopal, S. vd., “Halal certification: implication for marketers in UAE”, *Journal of Islamic Marketing*, 2(2), 2011, s. 138-153.
- Sağlık, Güvenlik ve Helal Derneği (HELALDER), “Hakkımızda” <<https://www.helalder.org.tr/kurumsal.asp?id=1&helalder=Hakk%C4%B1m%C4%B1zda>> Erişim Tarihi 13 Mart 2023.
- Şimşek, M., “Halal Belgelendirme ve SMIIC Standardı”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 22(22), 2013, s. 19-44.
- Taşkıran, N., Bilişim Alanında Kalite Uygulamaları ve Standartlar, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2010.
- Topçuoğlu, M. vd. “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Helal Ürün Sorunu ve Sonuçları”, *TAAD*, 7(30), 2017, s. 19-56.
- Topçuoğlu, M. Ve Özkul, B., “Rekabet Hukuku Özellikle Haksız Rekabet Açısından Helal Gıda Sertifikası”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 2019, s. 1-26.
- Topçuoğlu, M., “Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(4), 2001, s. 129-171.
- Türk Akreditasyon Kurumu (TÜRKAK), “Akreditasyon Nedir?” <<https://www.turkak.org.tr/akreditasyon/akreditasyon-nedir.html>> Erişim Tarihi 05 Mart 2023.
- Türk Standartları Enstitüsü (TSE), “Helal Belgelendirme Hizmetleri” <<https://www.tse.org.tr/helal-belgelendirme-hizmetleri-2helal-belgelendirme-islemleri/>> Erişim Tarihi 13 Mart 2023 ve 27 Mart 2023.
- Türk Standartları Enstitüsü (TSE), “Helal Belgelendirme Usul

- ve Esasları”, <<https://statik.tse.org.tr/upload/tr/dosya/icerikyonetimi/6899/11072016154132-2.pdf>> Erişim Tarihi 27 Mart 2023.
- Türk Standartları Enstitüsü (TSE), “Kanunname-i İhtisab-ı Bursa”, <<https://statik.tse.org.tr/upload/tr/dosya/icerikyonetimi/7865/26092017113800-2.pdf>> Erişim Tarihi 03 Mart 2023.
- Türkiye Diyanet Vakfı (TDV) İslam Ansiklopedisi, “Narh”, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/narh>> Erişim Tarihi 02 Mart 2023.
- Tüzüner, Ö. “Helâl Sertifikasına Yöneltilen Eleştiriler ve Bu Sertifikadan Kaynaklanması Muhtemel Özel Hukuk İhtilafları”, *Doğu Anadolu Sosyal Bilimlerde Eğilimler Dergisi* 4(2), 2020, s. 17-31.
- Yalçın, İ. “Fıkıh ve Siyaseti Şer’iyye Bağlamında Küresel Helal Belgelendirme Çalışmalarına Eleştirel Bir Bakış”, *Journal of History Culture and Art Research*, 6(3), 2017, s. 437.472.
- Yener, D. “Factors That Affect the Attitudes of Consumers Toward Halal-Certified Products in Turkey”, *Journal of Food Products Marketing*, 21(2), 2015, s. 160-178.
- Yıldız, M. “Osmanlı’da Ürünlerin Dinî/Şerî Standardizasyonunda Dönüm Noktası: Tâhirdir Damgalı Sertifikasyona Geçiş”, *Turkish Studies*, 5(1), 2010, s. 1468-1493.
- Young, L. A., *Rational Choice Theory and Religion*, Routledge, 1997.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI:
BÖLGESEL VE ULUSLARARASI HUKUKİ BELGELER
PERSPEKTİFİNDEN BİR İNCELEME**

PROHIBITION OF ABUSING RIGHTS AND FREEDOMS: A REVIEW
FROM THE PERSPECTIVE OF REGIONAL AND INTERNATIONAL
LEGAL DOCUMENTS

Uğur ELİBÜYÜK*  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1325679](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1325679) 

Kamu Hukuku ve özellikle İnsan Hakları Hukuku bakımından hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının pozitif hukuk metinlerinde yerini alması nispeten yeni bir durumdur. Bu yönde bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı görüşünde olanlara karşın, yirminci yüzyıl siyasi hayatında yaşanan deneyimler, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının yol açacağı olumsuz sonuçları somut olarak ortaya koymuştur. Yasağın dayandığı esas düşünce, devletin sahip olduğu egemenlik yetkisinin kötüye kullanımını engellemektir. Bununla birlikte, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağı ülkemizde uzunca bir süre devlet ideolojisini koruyan genel bir yasaklama sebebi olarak uygulanmıştır. Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelendiğinde, AİHM'nin, kötüye kullanma yasağına zaman içerisinde daha az başvurma ve özgürlükleri kendi sınırlama sebepleri içerisinde değerlendirme eğiliminde olduğu görülmektedir. Çalışmada kötüye kullanma yasağına öncelikle özel hukuk açısından değinilecek, ardından yasağın kamu hukuku alanındaki gelişim süreci incelenecektir. Son bölümde ise bölgesel ve uluslararası hukuki belgelerde yer alan düzenlemeler mahkeme kararları ışığında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Dürüstlük ilkesi, Temel Hak ve Özgürlükler, Hak ve Özgürlükleri Kötüye Kullanma Yasağı, Demokratik Anayasal Düzen, Militan Demokrasi.*

* **Doktora Öğrencisi,** Türk Silahlı Kuvvetleri/ Kırklareli, **e-posta:** ugurelbyk@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0002-3345-0652, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1325679.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

ABSTRACT

In terms of Public Law and especially Human Rights Law, it is relatively a new development that the prohibition of abuse of rights and freedoms has taken its place in positive law texts. Despite the ones who think that there is no need for such a regulation, the experiences in the political life of the twentieth century have revealed the negative consequences of the abuse of rights and freedoms. The main idea on which the prohibition is based is to prevent the abuse of the authority derives from sovereignty of the state. However, the prohibition of abusing the rights and freedoms has been implemented in our country for a long time as a general prohibition reason for preserving the state ideology. When the decisions of the European Court of Human Rights are examined, it is seen that the ECHR has a tendency to apply the prohibition of abuse less and to evaluate freedoms within its own limitations. In the study, primarily, the prohibition of abuse will be addressed on the basis of private law, and then the development process of the prohibition in the field of public law will be examined. In the last part, the regulations existed in national, regional and international legal documents will be discussed in the light of court decisions.

Keywords: Principle of Honesty, Fundamental Rights and Freedoms, Prohibition of Abuse of Rights and Freedoms, Democratic Constitutional Order, Militant Democracy.

EXTENDED ABSTRACT

Abuse of rights and freedoms touches on a very wide area. The principle, which is based on private law, has also gained the interest of public law as a result of historical developments that can be considered relatively recent. The fact that the prohibition of abuse is a multidimensional issue, requires the concept be examined within certain limits. Actually, deciding on the title of the article as “abuse of rights and freedoms” instead of “abuse of rights” is a conscious selection made for this reason.

When the prohibition of abuse of rights and freedoms considered in terms of public law and notably the human rights law, it also constitutes the subject of political philosophy. Alteration about the understanding of absolute sovereignty throughout the history has also closely affected the evolution of the concept. From this regard, it would not be wrong to say that the Second World War was a milestone. Fascist and National Socialist movements, which developed by taking advantage of the liberal democratic environment during the pre-war period, drove the world on the brink of disaster. The bitter experiences gained from the last world war have also revealed the fact that liberal democracies are insufficient to protect themselves.

The emergence of the militant democracy concept, which envisages the protection of the democratic order and the imposition of certain restrictions on rights and freedoms under certain conditions, coincides to this period. However, the development of the concept has brought about some theoretical debates. It is possible to mention two different opinions on this issue. According to the first view, the freedom to destroy freedom must be accepted within the limits of democracy. A reverse idea would mean

democracy to contradicts oneself. According to the second view, democracy should have the right to protect oneself. It is her right to resist the totalitarian movements that want to eliminate her. Because once those, who want to eliminate the democratic order, gain power, the struggle through democratic means will be ineffective and dysfunctional.

Beside all these discussions, as a result of the Second World War, the classical understanding of sovereignty evolved and a new global structure was built in which the understanding of dominant sovereignty has faded away. The term “human rights” was included for the first time in United Nations Treaty, which is one of the pioneers of this new global structure. The UN Treaty was followed by many regional and international legal documents, especially the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). Despite differences, all of these legal documents have contributed to the development of human rights law. However, it should be noted that the UDHR and the European Convention on Human Rights (ECHR) are of particular importance in terms of scope and function. While the UDHR was the first output of the works carried out under the umbrella of the UN, the first product of the Council of Europe’s human rights document production process was the ECHR. Within the Convention, it is taken into account that the state, as well as individuals and groups, can be the pioneer of activities and actions aimed at eliminating rights and freedoms. By the article 17, which regulates the prohibition of abuse, not only individuals or groups but also the state is enjoined. In this respect, the regulation also provides an assurance for individuals.

The European Court of Human Rights (ECtHR), which is an inspection mechanism regarding the implementation of the ECHR, had an important role in construing the prohibition of abuse of rights and freedoms according to the contemporary criteria. Especially, freedom of expression and freedom of assembly have been the focal point of Court’s decisions, as they are among the most convenient rights to abuse. When the Court’s decisions are examined in the course of time, it is observed that the Court tends to either apply Article 17 together with the article regulating the relevant rights and freedoms, or not apply it at all. The decrease of the threat in time, which was the main motivation for formation of the article, undoubtedly constitutes an important factor in this. Whatever the reason, the attitude of the ECtHR, regarding the implementation of the prohibition of abuse of rights and freedoms has contributed greatly to the development of contemporary and democratic standards by shedding light on the constitutional regulations of the member states as well.

GİRİŞ

Hukuk, bireye ait her davranışın “iyi niyetli” olduğunu varsaymaktadır. Ancak, bu varsayımın aksinin geçerli olabileceği, yani kişilerin hak ve

özgürlüklerini kullanırken iyi niyetle değil de kötü niyetle hareket edebileceği bilinmektedir. Bu durumlarda hukuk düzeni tarafından sağlanan koruma ortadan kalkar. Görünüşte hukuka uygun olsa dahi, dürüstlük kuralına aykırı hiçbir eylem hukuk düzeni tarafından korunmaz. Hakkın kötüye kullanımından söz edebilmek için öncelikle ortada hukuk düzeni tarafından korunan ve dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılan bir hak olmalıdır. Ayrıca, dürüstlük kuralına aykırı kullanımdan dolayı bir zarar ya da zarar tehlikesi doğmuş olmalıdır.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, dürüstlük kuralı ile beraber hukukun genel ilkelerinden biridir. Kökeni özel hukuka dayanan bu ilke, hakkın, ona özgülenen olağan amacı dışında kullanılma yasağı olarak da ifade edilmektedir. Hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının kamu hukuku yönüyle ele alınması ise kavramın özel hukuktaki geçmişine kıyasla yeni sayılabilecek birtakım gelişmeler ışığında gerçekleşmiştir. Kötüye kullanma yasağının içeriği oldukça geniştir. Ancak, çalışmanın sınırlarını aşmamak adına bu yasak yalnızca insan hakları hukuku bakımından ele alınacaktır.

Her hak ve özgürlüğün nesnel açıdan sınırlı, özgül bir kullanım alanına sahip olduğunu savunanlar, pozitif hukuk metinlerinde yer verilmese dahi eşyanın doğası gereği hiçbir hukuk düzeni tarafından hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımının korunmayacağını, dolayısıyla kötüye kullanma yasağına ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığını öne sürmektedirler. Diğer yandan, İkinci Dünya Savaşı ve öncesinde yaşanan tarihsel süreç, demokrasi ve özgürlük düşmanı güçlerin iktidar yetkisine sahip olduklarında, bu yetkilerini ne yönde kullanabileceklerini göstermiştir. Özellikle bu dönemde, hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmak isteyenlere bu özgürlük tanınmalı mıdır? Özgürlüğü yok etme özgürlüğü olmalı mıdır? sorularına yönelik tartışmalar yoğun bir biçimde yaşanmıştır.

Doktrinel tartışmaları çalışmamızın sonraki bölümüne bırakmakta fayda görmekte beraber, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının demokratik düzenin korunması hedefi ile yakın bir ilişki içinde olduğunu ifade etmek gerekir. Demokrasinin kendisini koruma özgürlüğü olarak tanımlayabileceğimiz militan demokrasi anlayışı ile temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağını birbirinden bağımsız ele almak mümkün değildir. Ancak, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını şüphesiz daha geniş bir içeriğe sahiptir. Çağdaş ulusal ve uluslararası hukuki belgelerde yerini almış olan bu yasak, tek bir zümreye yönelmiş değildir. Birey ve toplulukların yanı sıra devlet bakımından da birtakım sınırlamalar öngörülmüştür. Bu yasak ile hem

egemenlik yetkisini kullanan devlet tarafından hak ve özgürlüklerin tahrip edilerek kötüye kullanımına karşı birey korunmakta, hem de kişi veya gruplar tarafından hak ve özgürlüklerin suistimali yoluyla demokratik düzene karşı gerçekleştirilecek tehditlere yönelik güvence sağlanmaktadır.

Hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağını farklı boyutları ile irdelemeyi amaçlayan çalışmamızın ilk bölümünde, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının insan hakları hukuku alanındaki tarihsel gelişimine ilişkin genel açıklamalara yer verilecek ve kötüye kullanma yasağının militan demokrasi anlayışı ile ilişkisi ele alınacaktır. İkinci ve son bölümde ise, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağına ilişkin bölgesel ve uluslararası hukuki belgelerde yer alan düzenlemelere mukayeseli olarak temas edilirken, aynı zamanda, tarihi süreç içerisinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bakış açısında meydana gelen değişim ortaya konulacaktır.

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Hakkın kötüye kullanılması kavramının, pozitif hukuk düzenlemelerinde ve hukuki belgelerde yerini alması nispeten yenidir. İslam hukuku ve Roma hukuku gibi kadim hukuk sistemlerinde hakların kötüye kullanılmayacağına ilişkin birtakım düşüncelere rastlamak mümkün olsa da yasağın genel bir kural halini aldığından söz etmek mümkün değildir.¹ Özel hukuka “dürüstlük ilkesi” olarak yansıyan hakların kötüye kullanılması yasağı, günümüzde, sadece medeni hukuk alanında değil, hukukun tüm alanlarında geçerli evrensel bir hukuk kuralıdır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi ile, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uyması gerektiği, hakkın kötüye kullanımının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı hüküm altına almıştır. Bu ilke, hukuki olduğu kadar ahlaki bir nitelik de barındırmaktadır. Dürüstlük ilkesi; haklarını kullanan ve borçlarını yerine getiren herkesin, ortalama zekâ seviyesine sahip, makul, dürüst ve güvenilir bir kişiden beklenir şekilde davranma gerekliliğini ifade etmektedir. Dürüstlük ilkesi esasında herhangi bir kanuni düzenleme olmasa dahi hakların kullanımına dair objektif bir sınırın mevcudiyetini tanımlamaktadır.²

¹ Ferit H. Saymen, “Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 11(1-2), 1945, s. 311-312.

² Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 189-191; İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2019, s. 157-160; Şaban Kayıhan, *Medeni Hukuk Bilgisi*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022,

Hakkın hangi durumda kötüye kullanıldığı, tespiti güç bir konudur. Zira, bir hakkın kötüye kullanımı sayısız eylem türü ile gerçekleştirilebilir. Kanun koyucudan, tüm bu halleri öngörmesi ve hüküm altına alması beklenemez. Bununla birlikte, dürüstlük kuralına aykırı ve kötü niyetle kullanılan hiçbir hak hukuk düzeni tarafından korunmaz. Bir hakkın kötü niyetle kullanıldığının tespiti için objektif bazı ilkeler geliştirilmiştir.³ Hakkın kötüye kullanımından bahsedebilmek için, ilk olarak, kişinin hür iradesi ile kullandığı, hukuk düzeni tarafından korunan bir hak olmalıdır. Hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan bu hak, “dürüstlük” ve “iyi niyet” kurallarına aykırı bir şekilde kullanılmalı⁴, aykırılık sonucunda ise zarar ya da zarar tehlikesi meydana gelmiş olmalıdır.⁵ Sırf komşusuna rahatsızlık vermek amacıyla konutta aşırı şekilde gürültü yapılması veya kasten yaratılan hukuka aykırı bir duruma dayanarak hak talebinde bulunulması dürüstlük ilkesinin ihlaline örnek olarak gösterilebilir.

Hakkın kötüye kullanımı, kötüye kullanan bakımından çeşitli sonuçlar doğurmaktadır. Medeni Kanun’da belirtildiği şekliyle, “hukuk düzeni tarafından korunmama”, kötüye kullanımın genel ve olağan yaptırımıdır. Kişi, bu suretle elde etmek istediği menfaati elde edemez. Hakkın kötüye kullanımı, genel müeyyide haricinde, zarara uğrayan taraf açısından dava hakkı da doğurabilir. Bu dava, kötüye kullanımın doğurduğu mali sonuçlar bakımından hukuk davası şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, faile yönelik bir ceza davası olarak da ortaya çıkabilir.⁶

Diğer yandan, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımı günümüzde artık kamu hukuku ve siyaset felsefesinin de konusu haline gelmiştir. Mutlak

egemenlik anlayışına sahip devletin yerini, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti ilkesi ile sınırlı devlet anlayışı almıştır. Bu sınırlama kuşkusuz, devletler için olduğu kadar kişiler veya kişi toplulukları için de geçerlidir.

İnsanın, salt insan olmanın bir sonucu olarak doğuştan bazı haklara sahip olduğunu öne süren tabii hukuk anlayışı, liberalizmin ve özgürlükçü demokrasinin temelini oluşturmaktadır.⁷ Gerçekleşmesinde tabii hukuk doktrininin önemli etkileri olan Fransız Devrimi, özellikle özgürlük ve mülkiyet hakkına verdiği önem ile bireyci özgürlük anlayışının gelişmesine büyük katkıda bulunmuştur. Ancak, yirminci yüzyılda yaşanan acı tecrübeler insanların doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlüklerin, ulusal ve uluslararası hukuki belgeler ile belirlenen herhangi bir sınıra tabi tutulmadığı takdirde kötüye kullanılabileceği ve insanlık için yıkıcı sonuçlar doğurabileceği gerçeğini ortaya çıkarmıştır. Bu durum karşısında, demokrasilerin de temel anayasal düzeni tehdit eden siyasal hareketlere karşı koruyucu tedbirler geliştirme ihtiyacı baş göstermiştir. Özgürlükleri kullanarak demokratik hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmayı hedefleyenlerle mücadeleyi öngören bu akım, klasik demokrasi anlayışının yanında militan demokrasi düşüncesinin de ortaya çıkmasını sağlamıştır.⁸

Şüphesiz, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağını sadece bu anlayış değişikliği üzerinden açıklamak mümkün değildir.⁹ Fakat, söz konusu kavrama temas etmenin, ulusal ve uluslararası hukuki belgelerde yer alan kötüye kullanma yasağına ilişkin düzenlemelerin gelişimini anlamak bakımından kaçınılmaz olduğu düşünülmektedir.

A. Tarihsel Gelişim

Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının felsefi temelleri eskiye dayanmaktadır. John Locke, “Hoşgörü Üstüne Bir Mektup” adlı eserinde dinsel otoriteye ait alan ile devlete ait alanın birbirinden ayrılması gerektiğini, din mensuplarının sayısını arttırmak amacıyla yapılan dinsel baskı ve zorlamaların hoşgörü hakkından faydalanamayacağını belirtmektedir.¹⁰ Bu kavramın hukuki belgelerde yerini alması ise İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme rastlamaktadır. Bu dönem, modern devletin unsurlarından birisini

s. 121-124; Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 400-403.

³ Gözler'e göre, hakkın kötüye kullanımında kötü niyetin varlığı zorunlu bir unsurdur. Kötüye kullanım kavramının sübjektifliği karşısında, kötü niyetin tespiti için failin niyet ve düşüncelerine bakılmalıdır. Hakkın kötüye kullanımına ilişkin tereddüt halinde ise, iyi niyet karinesi gereği hakkın kötüye kullanılmadığı kabul edilmelidir. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Basımevi, 2017, s. 308; Ahmet M. Güneş, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 48.

⁴ Hakkın kötüye kullanımı olarak kabul edilebilecek durumların tespiti için belirlenen bazı kriterler mevcuttur. Bunlar; hakkın kullanımında menfaat yokluğu, hakkın meşru amacına aykırı kullanımı, elde edilen menfaat ile verilen zarar arasındaki aşırı oransızlık, hakkın kötü niyetle kullanılması ve hakkı kullananın çelişkili tutumu olarak sayılabilir. Erdoğan ve Keskin, s. 165-169.

⁵ Ayan / Ayan, s. 223.

⁶ Gözler, s. 309; Erdoğan / Keskin, s. 170-171; Saymen, s. 318.

⁷ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 11. Baskı, Siyasal Kitabevi, 2015, s. 137-144.

⁸ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013, s. 220,221.

⁹ Gözler, s. 311,312.

¹⁰ Richard Vernon, *Locke on Toleration*, Cambridge Press, 2010, s. 40-43.

oluşturan egemenlik anlayışındaki değişim bakımından bir dönüm noktası niteliğindedir. Nitekim, İkinci Dünya Savaşı sonucunda klasik egemenlik anlayışı değişime uğramış ve devletin sahip olduğu üstün egemenlik anlayışının entegre edilerek silikleştirildiği küresel bir yapı inşa edilmiştir.¹¹ Şüphesiz, bu değişim ve dönüşümün gerçekleşmesinde son dünya savaşının yol açtığı acı tecrübeler önemli bir yere sahiptir. Teorik temellerinde modern devletin egemenlik anlayışından bir sapmayı ve aşırılışmayı barındıran Nasyonal Sosyalist ideal bu yönüyle totaliter sistemin en yıkıcı örneğini sergilemiştir. Hitler Almanya'sı, 1789 Fransız Devrimi ile etkisini gösteren ulus-devlet yaklaşımının öngördüğü subjektif millet anlayışı yerine ırkçı ve dışlayıcı bir ulus anlayışını benimsemiştir.¹² Ayrıca, Almanya'nın Birinci Dünya Savaşı'ndan mağlup olarak ayrılması ve ardından ağır koşullar içeren Versailles antlaşmasını imzalaması, mevcut koşullardan yeni ve güçlü bir "birlik" yaratma iddiasında olan siyasi oluşumlara güven duyulmasını kolaylaştırmıştır. İki dünya savaşı arasında gelişim gösteren geleneksel ve muhafazakâr hareket, 1929 ekonomik buhranının yarattığı ortamdan faydalanarak ırkçı söylemlerle iktidarı ele geçirmiş ve savaşın sonuna kadar hüküm süren, baskıcı ve anti-demokratik bir rejim oluşturmuştur.¹³ Benzer şekilde, Birinci Dünya Savaşı'nın yarattığı yıkımın etkisiyle İtalya'da gelişim gösteren ve değişik ülkelerde diktatörlüklerin doğmasına katkı sağlayan Faşizm, bireylerin doğal hak ve özgürlüklere sahip olduğu görüşünü reddetmiştir.¹⁴

Birinci Dünya Savaşı sonrasında sosyal, siyasal ve ekonomik yapıda meydana gelen değişiklikler dünyanın farklı coğrafyalarında, liberal fikirlerin zayıflamasına ve totaliter rejimlerin güçlenmesine yol açmıştır.¹⁵ İktidarı ele geçiren siyasal hareketler tarafından egemen kılınan baskıcı rejimlerin hak ve özgürlükleri kötüye kullanması, demokratik değerlerin baskıcı ideolojiler üzerinde kendiliğinden üstünlük kuracağına yönelik inancın da sarsılmasına

¹¹ Burcu Değirmencioğlu, *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 127.

¹² Değirmencioğlu, s. 107.

¹³ Doğu Perinçek, "Federal Almanya'da Neo-Nazi Sosyalist Rayh Partisinin (SRP) Yasaklanması", *AÜHFD*, 25(3-4), 1968, s. 275.

¹⁴ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 322-325.

¹⁵ Metin Kıratlı, "Niçin Almanya Bir Roosevelt ve Amerika Bir Hitler Çıkarmadı?", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 16(4), 1961, s. 169.

neden olmuştur.¹⁶ Diğer yandan, ancak İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan haklarının uluslararası ölçekte ilgi duyulan bir kavram haline geldiğini belirtmek gerekir.¹⁷ Savaş sonrasında, totaliter rejimlere karşı yürütülen ideolojik savaşın kazanılması ve barışın sağlam temeller üzerine oturtulması için insan haklarının uluslararası düzeyde bir korumadan faydalanması gerektiği konusunda güçlü bir kamuoyu oluşmuştur. Bunun sonucunda, o döneme kadar ilan edilen tüm bölgesel ve evrensel bildirgelerden farklı olarak ilk defa BM antlaşmasında "insan hakları" terimine yer verilmiştir.¹⁸ Bu bakımdan, insan haklarının evrensel bir değer olarak kabul edilmesi ve uluslararası düzeyde korunarak geliştirilmesi dünyada barış ve huzurun teminine önemli katkılar sunmuştur.

Yaşanan tüm bu gelişmelerin neticesi olarak, 1940'lı yılların sonundan itibaren hem ulusal hem de uluslararası düzeyde, demokratik rejimlerin korunması ve hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla tedbirler geliştirilmeye çalışılmıştır. 1945 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1949 tarihli Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası (*Bonn*), 1940 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul edilen "Yabancıların Tescili Hakkında Kanun" (*Alien Registration Act or Smith Act*), 1950 yılında yürürlüğe giren "İç Güvenlik Kanunu" (*Internal Security Act or Subversive Activities Control Act of 1950*) ve 1954 tarihli "Komünist Kontrol Kanunu" (*Communist Control Act of 1954*) bunlardan bazılarıdır.¹⁹

B. Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı Bağlamında Militan Demokrasi Anlayışı

Demokrasinin yarattığı özgürlükçü ortamı araç olarak kullanarak onu yok etmek isteyenlere karşı mücadele etme gerekliliğini ifade eden "militan demokrasi" kavramı, ilk kez Amerikalı siyaset bilimci Karl Loewenstein tarafından kullanılmıştır.²⁰ Bu kavramın ortaya çıkmasında, komünizm tehdidi

¹⁶ Kapani, s. 222.

¹⁷ Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 42.

¹⁸ Aybay, s. 42; Değirmencioğlu, s. 186.

¹⁹ Ragıp Aycan, "Kamu Hürriyetlerinin Sınırlandırılması", *Türk İdare Dergisi*, 35(287-288), 1964 Mart, Nisan, Mayıs, Haziran, s. 27-28.

²⁰ Karl Loewenstein, "Militant Democracy And Fundamental Rights, I", *The American Political Science Review*, 31(3), 1937.

ile birlikte, iki dünya savaşı arasında güçlenen baskıcı rejimlerin izlediği faşist politikalar etkili olmuştur. Yirminci yüzyılda liberal batı demokrasilerinin, iki siyasal hareketin tehdidi altında kaldığı görülmektedir. Bunlardan ilki, liberalizmin yarattığı kapitalist ekonomik düzen ile çatışma içerisinde olan ve gelişen işçi sınıfının sorunlarına çözüm bulma iddiasında bulunan Marksizm'dir. 1917 yılında yaşanan Bolşevik Devrimi, liberal devletler tarafından endişe ile karşılanmış ve özellikle ABD'de komünizm tehdidine karşı, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını engelleyici kimi yasaların yürürlüğe girmesine yol açmıştır.²¹ Avrupa'da ise, aynı dönemde baskıcı ve anti-demokratik siyasal ideolojilerin baş gösterdiği görülmektedir. İtalya'da, iki dünya savaşı arasında doğan ve gelişim gösteren faşist hareket iktidarı ele geçirdikten sonra otoriter ve totaliter karakterde bir devlet yönetimi tesis etmiştir.²² Faşist hareket bireyi ulusun üstün ve yüce amacına hizmet eden bir araç olarak görmüş ve muhalefete varlık şansı tanımayarak otorite ile hiyerarşiyi özgürlük ve eşitliğin önüne koymuştur.²³ Ülkede uzunca bir süredir devam eden siyasal, sosyal ve ekonomik hoşnutsuzluklar da kuşkusuz söz konusu akımın gelişim göstermesine katkıda bulunmuştur.²⁴ Korporasyonlarla gelişim gösteren İtalyan faşizminin, Avrupa'da ve Latin Amerika'da kurulan bazı diktatörlüklere de örnek teşkil ettiğini söylemek mümkündür.²⁵

Özgürlük ve demokrasi karşıtı olması ve totaliter bir devlet sistemi kurmayı amaçlaması bakımından birtakım ortak temellere sahip olmakla birlikte aralarında İtalyan faşizmi ile esaslı ideolojik farklar bulunan nasyonal sosyalist hareket ise Almanya'da gelişim göstermiştir. Faşizm de devletin yüceltilmesi başlı başına bir amaç iken, nasyonal sosyalist hareket de ise devlet bir araçtır. Esas amaç, üstün ırkın korunması ve geliştirilmesidir.²⁶ Weimar Anayasası'nın sunduğu özgürlükçü ortamdan istifade edilerek kurulan ve ırk birliği düşüncesine dayanan hareket dünyayı adeta felaketin eşiğine sürüklemiştir.

²¹ Yusuf Şevki Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 84; Mehmet Akad / Bihterin Vural Dinçkol / Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, 13. Baskı, D&R Yayınları, 2017, s. 385-386.

²² Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 5. Baskı, Beta Basım Yayım, 1989, s. 327.

²³ Göze, s. 331.

²⁴ Karl Loewenstein, "Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I", *The American Political Science Review*, 29(4), 1935, s. 584.

²⁵ Göze, s. 327; Uygun, s. 329.

²⁶ Uygun, s. 335; Göze, s. 341.

İkinci Dünya Savaşının ardından, liberal demokrasilerin totaliter rejimler karşısındaki güçsüzlüğü anlaşılmış ve demokrasinin, kendisini ortadan kaldırmak isteyen girişimlere yönelik tedbirler almasının bir zorunluluk olduğu görüşü hâkim olmuştur. Hiçbir özgürlük sınırsız olmadığına göre, demokrasi de kendisini yok etme özgürlüğünü sınırsız bırakamaz.²⁷ Bu görüşten hareketle, militan demokrasi; özgürlükçü demokratik düzene yönelik tehdit oluşturan ve onu yok etmeyi hedefleyen totaliter rejimler ve ideolojiler karşısında, demokratik düzeni muhafaza etmek maksadıyla, bu akımların öncülüğünü yapan birey ve kişi topluluklarının kimi özgürlüklerini kısıtlayan ve onlara karşı mücadeleci tutum sergileyen kendine özgü bir demokrasi anlayışı olarak tanımlanabilir.²⁸ Mevcut tanımdan da anlaşılacağı üzere, militan demokrasi, hak ve özgürlüklerin, kötüye kullanıldığı takdirde kimi sınırlamalara tabi tutulabileceğini ifade etmektedir. Diğer taraftan, klasik demokrasi anlayışı özgürlük ve bu özgürlüğü toplumun tümüne yayma ilkesi üzerine kurulduğundan, bu kez, söz konusu yaklaşımı benimsemeyenlerin ve hatta ortadan kaldırmak isteyenlerin bu özgürlüğe sahip olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bu konuda genel olarak iki farklı bakış açısı göze çarpmaktadır.

Bunlardan ilki, özgürlükçü demokratik toplumun düşmanlarına karşı kısıtlayıcı tedbirlere başvurulmayacağı ve özgürlüğü yok etme özgürlüğünün demokratik düzenin düşmanlarına dahi tanınması gerektiği düşüncesini savunmaktadır.²⁹ Demokrasi kendisi ile çelişki içinde bulunmamalıdır. Onun en temel özelliği olan özgürlükçülük, baskıcı görüşlerin de tartışılmasını olanaklı kılmalıdır. Aksi takdirde, bu fikirler, kendilerini şiddet hareketleri ile göstermek mecburiyetinde kalırlar.³⁰

Buna karşın ikinci yaklaşım, demokratik rejimin diğer tüm rejimler gibi kendisini koruma hakkına sahip olduğu görüşünü benimsemektedir. Demokratik düzen kendi intiharına karar vermemişse,³¹ onu ortadan kaldırmayı amaçlayan rejimlere ve bölücü akımlara karşı koyma özgürlüğü

²⁷ Kapani, s. 217-222.

²⁸ Hakyemez, s. 33.

²⁹ Münici Kapani, "Ord.Prof.Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan: Freedom to Destroy Freedom", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, (197), 1964, s. 262; Akad / Dinçkol / Bulut, s. 387.

³⁰ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 218; Hakyemez, s. 49.

³¹ Uğur Alacakaptan, "Demokratik Anayasa ve Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci Maddeleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(1), 1965, s. 14.

normal kabul edilmelidir.³² Çünkü, özgürlükleri ortadan kaldırma amacı taşıyan iktidar sahipleri ilk fırsatta bu imkanlarını kullanacaklar, bir kez bu gücü elde ettiklerinde ise, demokratik araçlar marifetiyle verilen mücadele etkisiz ve yetersiz olacaktır.³³ Bu sebeple, demokratik düzen, özellikle faşist akımlar karşısında kendisini koruyucu tedbirler almalıdır.³⁴

Doktrinel tartışmaların yanında, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Batı Avrupa'da gelişim gösteren militan demokrasi anlayışının bir sonucu olarak, demokratik sistemin kendisini düşmanlarına karşı muhafaza edecek mekanizmalara sahip olması ve özgürlüklerin kötüye kullanımını önlemesi gerektiği fikri benimsenmiştir. Bu durumun yansımaları ise ulusal ve uluslararası hukuki belgelerde görülmeye başlamıştır.

Toplum düzeninin korunması gerektiği fikri zaman içerisinde ceza hukuku alanında da etkisini göstermiştir. Militan demokrasi anlayışının radikal bir görünümü niteliğinde olan “düşman ceza hukuku doktrini”, toplumun, failin yol açacağı tehlikelerden korunması amacıyla, faile yönelik hürriyeti kısıtlayıcı tedbirlerin uygulanmasını öngörmektedir.³⁵ 1985 yılında Alman ceza hukukçusu *Günther Jakobs* tarafından ortaya atılan görüş, hukuk düzenine karşı olan bireylerle “savaşma” gerekliliğini savunmaktadır.³⁶ Bu görüşe göre, devlet, sürekli olarak normlara aykırı davranmak suretiyle hukuka sırt çevirenlerle mücadele etmelidir. Cinsel suçlular, tehlikeli mükerrir failer ve örgütlü suç faileri bu kategoriye girmektedir.³⁷ Topluma karşı olan yükümlülüklerin ihlalinin meşru bir yaptırımını olarak görülen bu mücadele, söz konusu failerin toplumdaki tecrit edilmesini ve usuli bazı güvencelerden mahrum bırakılmasını içermektedir. Zira, amaç, toplumu tehlikeli olduğu varsayılan kişilerden korumaktır. Alman Ceza Kanunu'nun 66b maddesi, failin topluma kazandırılmasından ziyade kamu güvenliğinin sağlanmasını hedef alan bu anlayışın bir yansıması niteliğindedir.³⁸

³² Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 227.

³³ Sevtap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, Yetkin Yayınları, 2002, s. 38.

³⁴ Karl Loewenstein, *Militant Democracy*, s. 432.

³⁵ Henning Rosenau, “Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı: Hukukun Düşmanı, çev. Erhan Temel”, *AÜHFD*, 57(4), 2008, s. 392.

³⁶ Rosenau, s. 394.

³⁷ Nuran Haydar, “Düşman Ceza Hukuku ve Uygulamaları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(2), 2019, s. 287.

³⁸ Haydar, s. 292.

II. BÖLGESEL VE ULUSLARARASI HUKUKİ BELGELERDE HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI

A. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Yeni oluşan küresel dünya düzeninin mimarı BM, 1945 yılında yürürlüğe giren Antlaşma ile dört ayrı sütun üzerine inşa edilmiştir. Bunlar; ekonomi, barış, güvenlik ve insan haklarıdır.³⁹ BM Antlaşması ile insan haklarına ve özgürlüklerine duyulan bağlılık ilan edilmiş ancak bu hak ve özgürlüklerin nelerden oluştuğunu gösteren bir belge sunulmamıştı. BM bünyesinde oluşturulan İnsan Hakları Komisyonu tarafından yürütülen çalışmalar neticesinde, farklı görüş ve öneriler üzerinde uzlaşa sağlanarak bir yasa tasarısı oluşturulması sağlanmıştır. Hazırlanan yasa tasarısı BM Genel Kuruluna sunulmuş ve 10 Aralık 1948'de Genel Kurul tarafından yapılan toplantı sonucunda kabul edilerek aynı tarihte İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) olarak ilan edilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi tarihi bir anlam ve öneme sahiptir. BM Antlaşması ile ortak ülkü olarak belirlenen ilkelerin etkin bir şekilde benimsenip uygulanacağı üye devletlerin tamamı tarafından taahhüt edilmiştir. Bu, aynı zamanda insan haklarının evrensel olarak korunması ve geliştirilmesi için üye devletler tarafından verilmiş bir teminattır.⁴⁰ Beyanname'nin kabulünün insan hakları hukukunun gelişim süreci bakımından bir dönüm noktası niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁴¹ Başlangıçta yalnızca “tüm halklar ve tüm uluslar için ortak bir başarı standardı” olarak kabul edilen Beyanname'nin, bugün onu hazırlayanların beklentilerinin çok ötesinde ahlaki, siyasi ve yasal bir etkiye sahip olduğu görülmektedir.⁴² Diğer yandan, Beyanname'nin hukuki yaptırım gücünden yoksun olduğunu belirtmek gerekir. İHEB, onu tanıyan devletler bakımından hukuki yükümlülük doğurmadığı gibi herhangi bir bağlayıcılığı da sahip değildir. Ancak bu durum, Beyanname'nin insan onuru ile insan hak ve özgürlüklerinin gelişimi açısından sahip olduğu değeri azaltmaz. Zira, Evrensel Beyanname, temel insan haklarını koruyan birçok ulusal ve uluslararası düzenlemeye doğrudan veya dolaylı olarak model

³⁹ Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 18.

⁴⁰ Değirmencioğlu, s. 198-201.

⁴¹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 62.

⁴² Hurst Hannum, “The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law.” *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 25, 1995, s. 289.

olmuştur.⁴³ İçerdiği ilkeler, kendisinden sonra oluşturulan hukuki belgelere ışık tutmuştur. İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi bakımından kendisinden sonraki çalışmaların tamamına temel teşkil eden İHEB, işkence yasağı gibi kimi hükümlerin uluslararası hukukta “buyruk kural” (*jus cogens*) haline gelmesini sağlamıştır.⁴⁴ İHEB’e ilişkin ayırt edici özelliklerden bir diğeri ise insan haklarının korunması bakımından sağladığı kapsayıcılıktır. Beyanname ile, kendisinden önceki benzer girişimlerden farklı olarak klasik hakların yanında sosyal haklara da yer verdiği görülmektedir. Nitekim, söz konusu sosyal haklara Evrensel Beyannameden iki yıl sonra kaleme alınan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde dahi yer verilmemiştir.⁴⁵ Klasik hak ve özgürlüklerle, sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin sentezi niteliğinde olan İHEB, aynı zamanda, insan haklarının bütünlüğünü yansıtmaktadır.⁴⁶

Beyanname’nin içerdiği hükümlerden hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağına ilişkin olanlar 29 ve 30’uncu maddelerde yer almaktadır.⁴⁷ 30’uncu madde, esasen 29’uncu maddenin devamı niteliğindedir, dolayısıyla her iki madde arasında bütünlük ilişkisi söz konusudur. Genel sınırlama hükmü niteliğinde olan md. 29/3, hak ve özgürlüklerin BM’nin amaç ve ilkelerine uygun olarak kullanılması gerektiğini vurgulamaktadır. 30’uncu madde ile ise İHEB’de yer alan hiçbir hükmün, herhangi bir kişiye, gruba ya da devlete, Beyanname ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkı verir biçiminde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme, özgürlüğü yok etme özgürlüğünün kimse için mümkün olamayacağını ifade etmektedir. Sadece kişi ya da kişi toplulukları değil, devlet de söz konusu yasak ile yükümlü tutulmuştur. Bu bakımdan düzenleme, bireyler için de

⁴³ Hannum, s. 289.

⁴⁴ Aybay, s. 45.

⁴⁵ Rona Aybay, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Der Yayın, 2021, s. 17.

⁴⁶ Fazıl Sağlam, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(2), 2019, s. 1238.

⁴⁷ İlgili maddeler şu şekildedir:

“Madde 29/3: Bu hak ve özgürlükler hiçbir zaman, Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz.”

“Madde 30: Bu bildirinin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, zümreye ya da kişiye, Bildiride açıklanan hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkı verir şekilde yorumlanamaz.” Burhan Kuzu, *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, 11.Baskı, Filiz Yayınevi, 2011, s. 859.

güvence sağlayıcı niteliktedir. Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta düzenlemenin, sadece faaliyet veya eylemi yasakladığıdır. Yani, burada düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlama öngörülmemiştir. Ancak, md. 29/3 bakımından aynı sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Zira, aykırı kullanıma ilişkin sınırlama belirli hak ve özgürlüklere değil hak ve özgürlüklerin tümüne getirilmiştir. Dolayısıyla, düşünce özgürlüğü madde ile sınırlama getirilen haklar kapsamındadır.⁴⁸

Görüldüğü üzere, insan hakları hukuku, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra doğmuş ve gelişim göstermiştir. İnsan hak ve özgürlükleri ise İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile küresel ölçekte saygı duyulan ve gözetilen bir konuma erişmiştir. Bunda şüphesiz, Beyanname’nin ilan edildiği dönem öncesinde Avrupa’yı etkisi altına alan totaliter rejimlerin büyük tesiri olmuştur. Beyanname ile, demokratik düzenin, kendisini ortadan kaldırmak isteyen düşmanlara karşı savunma hakkına sahip olduğu ilkesel olarak kabul edilmiştir.⁴⁹ İHEB, ilan ettiği haklara evrensel bir güvence sağlama ve özgürlüklerin kötüye kullanımını yasaklama amacına yönelik olarak ilan ettiği ilkeler bakımından, bir kısmı aşağıda belirtilecek olan bölgesel ve uluslararası birçok pozitif hukuk metninin düzenlenmesine de kaynaklık etmiştir.

B. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

16 Aralık 1966 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 1976 yılında yürürlüğe giren Sözleşme, başlangıç bölümünde, İHEB ile ilan edilen ilkeleri referans göstermektedir.⁵⁰ Sözleşme ile İHEB’de dile getirilen ilkelerin bağlayıcı bir metinde düzenlenmesi amaçlanmıştır. Çok taraflı bir

⁴⁸ Hakyemez, s. 114. Karşıt görüşte olan Tanör’e göre, bildirinin taslak çalışmaları esnasında yaşanan hadiseler bunun aksini göstermektedir. Maddenin görüşülmesi sırasında SSCB temsilcileri tarafından dile getirilen ve faşizm propagandası yapıldığı takdirde düşünce özgürlüğünün sınırlandırılması içeren teklif maddenin muğlaklığı ve Devletler tarafından suistimale yol açabileceği endişesiyle reddedilmiştir. Bu durum, düşünce özgürlüğünün sınırsızlığını göstermektedir. Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, Öncü Kitabevi, 1969, s. 56.

⁴⁹ Yokuş, s. 89.

⁵⁰ Türkiye, Sözleşme’ye taraf devletler arasındadır. 2000 yılında imzalanan Sözleşme, onay belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmesinin ardından, 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren ülkemiz açısından hüküm doğurmaya başlamıştır. Bununla birlikte, Türkiye, Sözleşme’nin 27’nci maddesine çekince koymuştur. Bu çekinceye göre, Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme’nin etnik, dinsel ve dil azınlıklarının haklarına ilişkin 27’nci maddesini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması ve Ek’lerinin ilgili hükümlerine göre uygulama hakkını saklı tuttuğunu ifade etmektedir. (R.G. 21.07.2003, S. 25175).

sözleşme niteliğinde olması ve devletlerin taahhütlerine ilişkin koruyucu hükümler içermesi nedeniyle taraf devletler açısından hukuki bağlayıcılığı sahiptir. Sözleşme İHEB’de belirtilen ilkeleri hareket noktası olarak kabul etmekle beraber Beyanname’ye kıyasla, kimi haklar bakımından daraltıcı, kimi haklar bakımından ise genişletici niteliktedir.⁵¹ Sözleşmenin 5’nci maddesi⁵², hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını İHEB’e paralel bir düzenleme ile yasaklamıştır. Hak ve özgürlüklerin Sözleşme’de öngörülenden daha fazla sınırlandırmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Sözleşme, düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerin kapsamı bakımından da farklılık arz etmektedir. Özellikle, Beyanname’nin 29/3’üncü maddesi açısından düşünce özgürlüğünün sınırlama kapsamına girip girmediği tartışmalı iken Sözleşme’nin 20’nci maddesi bu konuda daha nettir. Düzenleme ile ayrımcılığa, düşmanlığa ve şiddete teşvik niteliğinde olan her türlü ırkçı ve dinsel savunuculuk, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımına ilişkin yasak kapsamına dahil edilmiştir. Yani, düşünce ve ifade özgürlüğünün kötüye kullanım yasağı kapsamına girdiği açıkça belirlenmiştir.⁵³

C. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Medeni ve Siyasal Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme ile birlikte 16 Aralık 1966 yılında Genel Kurul’da kabul edilen ve 1976 yılında yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Antlaşması’nda belirtilen ilkelere uygun olarak; özgür insan idealine ancak medeni ve siyasi hakların yanında ekonomik, sosyal ve kültürel hakların da sağlanmasıyla ulaşılabileceğini söylemektedir. Sözleşme, bu yönüyle, katılımcı devletlere pozitif edim yükümlülüğü getirmektedir. 24’üncü madde ile Sözleşme’deki hiçbir hükmün, BM Antlaşması’na ve BM uzman organlarının sorumluluklarına aykırı olarak kullanılmayacağı ifade edilmiş ve ilgili ihtisas kuruluşlarının görev etkinliği güvence altına alınmak istenmiştir.⁵⁴ 25’nci madde ise Sözleşme’de yer alan düzenlemelerin, halkların

doğal zenginlikleri ve doğal kaynaklarından yararlanma hakkına zarar verecek şekilde yorumlanamayacağına ilişkindir. İnsan onuru ve özgürlüğü tam anlamıyla ancak ekonomik, sosyal ve kültürel haklara erişimin mümkün kılınması ile sağlanabileceğinden halkların bu hakları muhafaza edilmelidir. Sözleşme ile, temel hak ve özgürlüklerden daha çok onları tamamlayıcı nitelikte olan sosyal haklara ilişkin güvence getirilmiştir.

Ç. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerika kıtasında, insan haklarının korunmasına ilişkin bir düzenlemedir. 22 Kasım 1969’da San José, Kosta Rika’da kabul edilen sözleşme 18 Temmuz 1978’de yürürlüğe girmiştir.⁵⁵ Sözleşme ile belirtilen hak ve güvencelerden sadece gerçek kişilerin yararlanması mümkündür. Bu bakımdan Sözleşme’nin tüzel kişiler bakımından bir koruma sağlamadığını belirtmek gerekir.⁵⁶

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 32’nci maddesi, hak ve özgürlüklerin kullanımı bakımından İHEB’de ve Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de yer alan düzenlemeye paralel bir genel sınırlama hükmü niteliindedir. Sözleşme’nin 29’uncu maddesi ise Beyanname’nin 30’uncu maddesine koşut sayılabilir. Ancak, Beyanname’den farklı olarak, 29’uncu madde ile hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler detaylı olarak belirlenmiştir. Madde ile, Sözleşme’de yer alan hiçbir hükmün; taraf devletlerin iç hukuklarında yer alan ya da bu devletlerin tarafı buldukları Sözleşme ile güvence altına alınan bir haktan yararlanmayı engelleyecek (29/b), insan kişiliğinin ve demokratik düzeninin parçası olan hakları ortadan kaldıracak (29/c) ve Amerika İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi ile benzer nitelikteki uluslararası hukuk metinlerinin etkisini bertaraf edecek biçimde (29/d) yorumlanamayacağı belirtilmiştir.⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını yasaklayan diğer pozitif hukuk metinlerindeki düzenlemelere

⁵¹ Örneğin, Bildirgede yer alan “serbest dolaşma” ve “yerleşme özgürlüğü” Sözleşme ile düzenlenmemişken, Bildirgede bulunmayan “halkların kendi kaderini tayin hakkı” ise Sözleşmede yer almaktadır. Yokuş, s. 90.

⁵² “Bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, bir Devlete, bir gruptaşımaya veya bir bireye, bu Antlaşmada tanınmış hakların veya hürriyetlerin ortadan kaldırılması yahut bu Antlaşmanın öngördüklerinden daha geniş sınırlamalara yönelik bir faaliyete girişmesi veya bir fiil işlenmesi hususunda herhangi bir hak sağlayacak şekilde yorumlanamaz.” Kuzu, s. 871.

⁵³ Yokuş, s. 90.

⁵⁴ Samet İldeş, *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında*

Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2012, s. 72,73.

⁵⁵ Volkan Aslan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3(2), 2012 s. 267-268.

⁵⁶ Gülden Çamurcuoğlu, “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14(2), 2019, s. 717.

⁵⁷ M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri (Bölgesel Sistemler)*, Alkım Yayın, 1999, s. 449-450.

paralel hükmün ise md. 29/a'da yer aldığı görülmektedir.⁵⁸

D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Çalışmamızın önceki bölümünde ifade edildiği üzere, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasını ve geliştirilmesini destekleyecek insan hakları belgelerinin üretilmesi BM Antlaşması ile teşvik edilmiştir. BM çatısı altında yürütülen çalışmaların ilk örneğini İHEB oluştururken, Avrupa Konseyi'nin insan hakları belgesi üretme sürecinin ilk ürünü ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) oluşturmaktadır. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin öncülüğünde Roma'da imzalanan ve 1953 yılında yürürlüğe giren sözleşme bu nedenle Avrupa Konseyi tacının mücevheri olarak da nitelendirilmektedir.⁵⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si ile karşılaştırıldığında daha dar kapsamlı olduğu görülen AİHS, bununla birlikte Beyanname'den farklı olarak taraf devletler bakımından bağlayıcı niteliktedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hak ve özgürlükleri güvence altına alırken bunların kötüye kullanımını da yasaklamıştır. Militan demokrasi anlayışı tarafından benimsenen “özgürlüğü yok etme özgürlüğünün” olamayacağı yaklaşımına uygun olarak, 17'nci madde ile; Sözleşme hükümlerinin hiçbirisinin Sözleşme ile düzenlenen hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasına ya da Sözleşme'de öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına izin verecek şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiştir.⁶⁰

17'nci madde esasen İHEB'in 30'uncu maddesinden esinlenerek hazırlanmıştır. Sözleşme'nin hazırlanması sürecinde bu yönde bir hüküm öngörülmemiş olmasına rağmen, Avrupa Birliği Parlamenter Meclisi'nin ikinci oturumunda yapılan tartışmalar neticesinde madde, mevcut haliyle kabul edilmiştir.⁶¹ Beyanname'de olduğu gibi, kişi ve grupların yanında devletin de hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik etkinlik ve eylemlerin öncüsü olabileceği göz önünde bulundurulmuştur. Hazırlandığı tarih itibarıyla

⁵⁸ 29'uncu maddenin a paragrafında yer alan düzenlemeye göre, herhangi bir kişi, grup ya da taraf devletin, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkı, AİHS'de öngörülenden daha geniş ölçüde kısıtlamaya izin verir biçimde yorumlanamaz. Yokuş, s. 92.

⁵⁹ Salihpaşaoğlu, s. 27.

⁶⁰ Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Blackstone Press, 2001, s. 100.

⁶¹ Pierre Le Mire, “Article 17”; La Convention Européenne des Droits de l'Homme, *Paris, Economica*, 1995, s. 510. (Kaynağından atfeden; Yokuş, s. 95).

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si ile aynı döneme tekabül eden AİHS, hazırlanma aşamasında taşınan endişeler bakımından da benzer niteliktedir. Nasyonal sosyalist ve faşist rejimlerin henüz ortadan kalktığı bir dönemde, soğuk savaş sebebiyle devam eden komünizm tehdidine karşı, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden faydalanarak bu hakların yok edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.⁶²

17'nci madde, iki ayrı fonksiyonu yerine getirmektedir. Bunlardan ilki, Sözleşme ile düzenlenen hak ve özgürlükleri yok etmek amacıyla olanların bu amaçlarını gerçekleştirmek için AİHS'yi kullanmalarını önlemek iken, diğeri, devletlerin Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere, onların özünü yok edecek şekilde sınırlama getirmelerine engel olmaktır.⁶³ Çoğulculuğu koruyan bu düzenleme, devletler tarafından, muhalif görüş ve akımların susturulmasına yönelik girişilecek olası teşebbüslere karşı da güvence teşkil etmektedir.⁶⁴

17'nci maddeyi ele alırken, AİHS'nin 18'nci maddesi⁶⁵ ile arasındaki yakın ilişkiyi de belirtmek gerekmektedir. 18'nci madde, 17'nci maddenin özellikle ikinci kısmı ile paraleldir. Hak ve özgürlüklere getirilecek kısıtlamaların, Sözleşme'de belirtilen meşru amaçlar dışında uygulanamayacağını belirtmektedir. Ayrıca, her iki madde de Sözleşme'de yer alan diğer hükümler ile kaçınılmaz bir ilişki içerisindedir. Diğer hükümlerden ayrık olarak, tek başlarına tatbik edilmesi olanaklı değildir. Belirtmek gerekir ki, herhangi bir sınırlamanın öngörülmediği hak ve özgürlükler açısından 17'nci ve 18'nci madde hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmamaktadır.⁶⁶

17'nci maddenin AİHS'ye dahil edilmesine temel oluşturan motivasyon, İnsan Hakları Komisyonu ve ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

⁶² A.H. Robertson / J.G. Merrills, *Human Rights in Europe: A Study of European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Manchester University Press, 1993, s. 191.

⁶³ Ralph Beddard, *Human Rights and Europe*, 3. Baskı, Cambridge University Press, 1993, s. 186.

⁶⁴ Hakyemez, s. 120.

⁶⁵ Getirilecek sınırlamalar bakımından bir nevi “iyi niyet kuralı” koyan madde şu şekildedir: “Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörülükleri amaç dışında uygulanamaz.”

⁶⁶ Örneğin, AİHS'nin 3'üncü maddesi ile düzenlenen işkence yasağı için hiçbir istisna öngörülmemiştir. Bu sebeple, her iki maddenin de anılan hüküm için uygulanması mümkün değildir. Yokuş, s. 97.

(AİHM) kararlarında da kendisini göstermiştir.⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK), soğuk savaşın ve komünizm tehdidinin güncel olduğu bir dönemde, Alman Komünist Partisinin, illegal olduğu gerekçesiyle Federal Mahkeme tarafından kapatılmasına karşı yapılan başvuruyu reddetmiştir.⁶⁸ Komisyon, partinin amacının bir proletarya diktatörlüğü kurmak olduğunu ve bu amacın AİHS ile bağdaşmadığını ifade etmiştir. Daha sonraki kararlarında sergilediği tutumun aksine, 17'nci maddeyi oldukça geniş ve Sözleşme'nin diğer hükümlerinden bağımsız olarak uygulamıştır.

1961 tarihli *Lawless*⁶⁹ kararında⁷⁰ ise AİHK, 17'nci maddeye ilişkin bir ihlalin muhataplarını, Sözleşme'deki tüm haklardan değil sadece hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya elverişli faaliyet ve eylemlere imkân veren haklardan mahrum bırakacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla, başvuru, iddia edilen şiddet hareketlerine karışmış olsa dahi, AİHS'nin 5 ve 6'ncı maddesi ile koruma altına alınan hakları talep etme yetkisine sahiptir.⁷¹

Özellikle *Lawless* davasının ardından verilen kararlarda, 17'nci maddenin etkisi kimi haklar bakımından kategorize edilmiştir. Buna göre, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü gibi haklar AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklere yönelik ihlal hareketlerini gerçekleştirmeye daha elverişlidir. Buna karşın adil yargılanma hakkı gibi haklar aynı etkiye sahip değildir.⁷²

Düşünce ve ifade özgürlüğünün hakların kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise tartışmalıdır. 17'nci

⁶⁷ AİHS'nin yürürlüğe girmesinin ardından Sözleşme'nin denetim mekanizmasını İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı yürütmekteydi. Bir süre sonra arasına Bakanlar Komitesi'nin de katıldığı bu denetim mekanizması yaklaşık 45 yıl yürürlükte kalmıştır. Daha sonra, 1998 yılında yürürlüğe giren 11. Ek protokol ile Bakanlar Komitesi'nin yargısal rolü kaldırılmış, Komisyon ve Divan birleştirilerek yerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Sözleşme'nin yargısal denetim yetkisinde bu Mahkeme'ye devredilmiştir. (Salihpaşaoğlu, s. 31-34).

⁶⁸ AİHK, German Communist Party and Others/Germany, 20.07.1957, Başvuru No: 250/57, s. 5

⁶⁹ Söz konusu dava, İrlanda Kurtuluş Ordusu'na (IRA) mensup *Lawless*'in şiddet eylemlerine karıştığı gerekçesiyle yakalanarak, herhangi bir yargılama yapılmaksızın 6 ay süre ile gözaltında tutulmasının ardından adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmasına ilişkindir.

⁷⁰ *Lawless/Ireland*, 01.07.1961, Başvuru No: 332/57, § 7; Yokuş, s. 96.

⁷¹ Kemal Fikret Arık, "Avrupa İnsan Hakları Divanında *Lawless* İşi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 18(2), 1963, s. 289.

⁷² İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, 2. Baskı, Afa Yayıncılık, 1996, s. 61,

maddede yer alan yasaklamanın konusunu "eylemlerin" oluşturuyor olması, düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin ihlallerin madde kapsamına girmeyeceğini göstermektedir.⁷³ AİHS'ye taraf devletlerin ulusal düzenlemelerinde eylem şartına yer vermeleri de bu görüşü destekler niteliktedir.⁷⁴ Bununla birlikte, "mevcut ve yakın" tehlikenin varlığı yerine gelecekte yaşanabilecek "muhtemel" bir tehlikenin esas alınarak, ifade özgürlüğünün kötüye kullanma kapsamında değerlendirildiği⁷⁵ Alman Komünist Partisi kararı istisna tutulduğunda, AİHM kararlarında yaşanan evrim de benzer niteliktedir. Bu karardan sonra oluşan içtihatlarda düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar 17'nci madde değil 10'uncu madde kapsamında değerlendirilmiştir.⁷⁶

AİHM, tıpkı düşünce ve ifade özgürlüğünde olduğu gibi örgütlenme özgürlüğüne yönelik kararlarında da zaman içerisinde, 17'nci maddeyi daha az uygulama yoluna gitmiş ve Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin kendi sınırlama sebeplerinden yola çıkma arayışında olmuştur. Bu yaklaşım değişikliğinde şüphesiz komünizm tehdidinin 1950'li yıllardaki kadar yoğun olmaması da önemli bir etkidir.⁷⁷

Mahkeme, Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin (TBKP) kapatılma kararına⁷⁸ ilişkin başvuruda,⁷⁹ Alman Komünist Partisi'nin kararında verdiğinin aksine 17'nci maddenin uygulanmayacağına karar vermiştir. Hükümet tarafından Alman Komünist Parti Davasında verilen karara yapılan gönderme ise şu cümlelerle reddedilmiştir:

"Divan önündeki duruşmada, Komisyon temsilcisi, ayrıca, bu olayın, Komisyonun 17. Maddenin uygulamasını gerektiren nadir olaylardan ayırdedilebilir olması nedeniyle, bu olayda bu maddeye başvurmanın gerekli"

⁷³ Yokuş, s. 120.

⁷⁴ Tanör, s. 57.

⁷⁵ Oktay Uygun, *1982 Anayasa'sında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı yayınları, 1992, s. 183.

⁷⁶ Örnek bir komisyon kararı için bkz.: AİHK, Handyside/The United Kingdom, 30.09.1975, Başvuru No: 5493/72, §15 (İldeş, s. 80).

⁷⁷ Yokuş, s. 114.

⁷⁸ Anılan parti, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın başvurusu üzerine, isminde komünist kelimesi bulunduğu ve devletin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya amaçlayan faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle 16 Temmuz 1991 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır. AYM, E. 1990/1, K. 1991/1, T. 16.07.1991.

⁷⁹ AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, 30.01.1998, Başvuru No: 19392/92, § 60.

olmadığını belirtmiştir. Bu nadir olaylarda, şiddeti (yukarıda belirtilen Alman Komünist Partisi Davasına bakınız) veya nefreti (yukarıda değinilen Remer Davasına bakınız) yaymayı hedefleyen suç fiilleri söz konusudur. Olayda, bunun tersine, TBKP'nin tüzük ve programında, bu partinin demokratik bir parti olmadığına veya yasa dışı veya demokratik olmayan yöntemleri kullanacağına, şiddet kullanımına cesaret verdiğiğine veya Türkiye'nin demokratik ve çoğulcu siyasal sistemine zarar vermeyi hedeflediğine veya ırkçı (bir parti) olup diğerlerinin hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmayı hedeflediğine ilişkin bir ibare yoktur.”

AİHM'ye göre 11'nci madde, demokrasinin gereği olan örgütlenme özgürlüğünün en önemli güvencesidir. Partinin tüzük ve programı göz önüne alındığında, diktatörlük kurmaya ve demokratik düzeni tahrip etmeye yönelik teşebbüste bulunulacağına dair herhangi bir kanıt ya da emare tespit edilememiştir.

Görüldüğü üzere Mahkeme, Alman Komünist Parti kararında 11'nci maddeye başvurmayı doğrudan 17'nci maddeye temas etmişken, TBKP davasında ise başvuru sadece örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde ele alınmıştır. AİHM, yabancı düşmanlığı ve ırkçılığa ilişkin başvurularda ise 17'nci maddeyi geniş yorumlama ve söz konusu eylemleri düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamı dışında tutma eğilimindedir.⁸⁰ Irk ayrımcılığını öven ve Nazizm'in yeniden kurulmasına ilişkin bildiri yayınlayan gazetecinin başvurusunda, 10'uncu madde, 17'nci madde ile birlikte değerlendirilmiş ve ırk ayrımını savunan fikirleri yaymak hak ve özgürlükleri kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir.⁸¹

Mahkeme ve Komisyon kararları bir bütün olarak incelendiğinde, AİHS ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri etkisiz hale getirmeye en elverişli hak ve özgürlüklerin ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü olduğu görülmektedir. Diğer yandan, kimi hak ve özgürlükler doğası gereği kötüye kullanıma elverişli değildir. Örneğin, yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı ve adil yargılanma

hakkı gibi hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımı olanaklı değildir. AİHM'nin görüşü de bu yöndedir. Nitekim, *Lawless* kararında, özgürlük, güvenlik ve adil yargılanma hakkı gibi haklar bakımından 17'nci maddenin uygulanamayacağı belirtilmiştir.⁸²

SONUÇ

Pozitif hukukta, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağına ilişkin düzenlemeye ihtiyaç olmadığı görüşünde olanlar, kötüye kullanma yasağının hukukun genel ilkelerinden birisi olduğu noktasından hareket etmektedirler. Buna göre, her hak ve özgürlüğün kullanım alanına ilişkin eşyanın tabiatından kaynaklanan nesnel bir sınır vardır. Dolayısıyla, kötüye kullanımın engellenmesi için ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Karşıt görüşte olanlara göre ise hiçbir hürriyet sınırsız değildir. Hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmak isteyenlere karşı tedbir alınmalıdır. Aksi bir tutum, özgürlük fikrine inananların, inanmadıkları hak ve özgürlükleri kullanmak suretiyle, demokratik anayasal düzeni ortadan kaldırma olasılıklarına peşinen teslim olmak demektir.

Her iki bakış açısı da teorik açıdan makul görünmekle birlikte, tartışmayı uygulamadaki etkinlik üzerinden yürütmek daha isabetli görünmektedir. Bir toplumda demokrasi geleneği benimsenmiş ve yeterince kökleşmiş ise demokrasinin kendisine duyacağı güven çok daha fazla olacaktır. Böyle bir toplumda, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımına yönelik endişe de o nispette zayıflayacaktır. Ancak, demokratik değerlerin tam anlamıyla yerleşmediği, demokrasi karşıtı görüş ve hareketlerin azımsanamayacak ölçüde mevcudiyetini sürdürdüğü toplumlarda ilk görüş, gerçekle bağdaşmayan bir romantizmin ötesine geçemeyecektir. Tarihsel gelişmeler tam da bu yönde olmuştur. Eninde sonunda baskıcı rejimlere karşı üstünlük sağlayacağına inanılan klasik demokrasi anlayışı güven kaybına uğramıştır. Güven kaybı ve tarihsel deneyimler, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını yasaklayan düzenlemelerin hukuki belgelere dahil edilmesi ihtiyacını doğurmuştur. İHEB, AİHS ve diğer uluslararası hukuki belgelerde yer alan düzenlemeler bu ihtiyacı karşılamaya yöneliktir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu belgelerden AİHS'nin hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağına ilişkin hükmünün (17'nci madde) çağdaş ölçütlere göre yorumlanmasında ve uygulanmasında önemli bir role

⁸⁰ Dağıttıkları bildiriler nedeniyle ırkçılık ve yabancı düşmanlığı suçlarından mahkûm edilen ve seçimlere katılması yasaklanan başvuruçular, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuşlardır. İlgili komisyon kararı için bkz.: AİHK, Glimmerveen and Hagenbeek/The Netherlands, 11.10.1979, Başvuru No: 8348/78 ve 8406/78, s. 196.

⁸¹ AİHK, Kuhnen/The Federal Republic of Germany, 12.05.1988, Başvuru No: 12194/86 (Reyhan Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, s. 170).

⁸² *Lawless/Ireland*, § 7.

sahip olmuştur. Özellikle ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü, kötüye kullanmaya en elverişli haklar arasında olduğundan Komisyon ve Mahkeme kararlarının odak noktasını oluşturmuştur. Bazı hak ve özgürlükler ise doğaları gereği kötüye kullanma yasağının konusunu oluşturamazlar. Örneğin, yaşama hakkı, adil yargılanma hakkı ve güvenlik hakkı bu tür hak ve özgürlüklerdendir.

Maddenin ele alındığı Komisyon ve AİHM kararları incelendiğinde, zaman içerisinde Mahkeme'nin 17'nci maddeyi ya ilgili hak ve özgürlüğü düzenleyen madde ile birlikte ele alma ya da hiç uygulamama eğiliminde olduğu gözlenmiştir. Örneğin AİHM tarafından, düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar bakımından “muhtemel tehlike” yerine “açık ve mevcut tehlike” ve “şiddete yönelen faaliyet” ölçütü geliştirilerek maddenin genel bir yasaklama hükmü olarak kullanılmasının önüne geçilmiştir. 17'nci maddenin genel yasaklama hükmü olarak tatbik edilmemesine yönelik eğilim, özgürlüklerin kural yasaklamanın istisna olduğu ilkesi ile de uyum içindedir. Bunda şüphesiz, hükmün ortaya çıkmasına gerekçe teşkil eden tehdidin azalmış olması önemli bir etken teşkil etmiştir. Her ne sebeple olursa olsun, AİHM'nin hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının uygulanmasına ilişkin sergilemiş olduğu özgürlük yanlısı tutum Sözleşme'ye üye devletlerin anayasal düzenlemelerine de ışık tutarak çağdaş ve demokratik ölçütlerin geliştirilmesine katkı sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- Akad M / Dinçkol B V/ Bulut N, *Genel Kamu Hukuku*, 13. Baskı, D&R Yayınları, 2017.
- Alacakaptan U, “Demokratik Anayasa ve Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci Maddeleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(1), 1965, s. 3-20.
- Arık K F, “Avrupa İnsan Hakları Divanında Lawless İş”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 18(2), 1963, s. 265-331.
- Aslan V, “Amerikalılar arası insan hakları sistemi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 2012, s. 261-298.
- Ayan M / Ayan N, *Medeni Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Mimoza Yayıncılık, 2014.
- Aybay R, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Der Yayınları, 2021.
- Aybay R, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Aycan R, “Kamu Hürriyetlerinin Sınırlandırılması”, *Türk İdare Dergisi*, 35(287-288), 1964, Mart, Nisan, Mayıs, Haziran, s. 3-38.
- Beddard R, *Human Rights and Europe*, 3. Baskı, Cambridge University Press, 1993.
- Çamurcuoğlu G, “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14(2), 2019, s. 713-770.
- Değirmencioğlu B, *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Erdoğan İ / Keskin A D, *Türk Medeni Hukuku*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020.
- Gemalmaz M S, *İnsan Hakları Belgeleri (Bölgesel Sistemler)*, Alkım Yay., 1999.
- Göze A, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 5. Baskı, Beta Basım Yayım, 1989.
- Gözler K, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yayınevi, 2017.
- Güneş A M, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Güriz A, *Hukuk Felsefesi*, 11. Baskı, Siyasal Kitabevi, 2015.

- Hakyemez Y Ş, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Yayıncılık, 2000.
- İldeş S. *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Kaboğlu İ, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, 2. Baskı, Afa Yayıncılık, 1996.
- Kapani M, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013.
- Kapani M, “Ord.Prof.Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan: Freedom to Destroy Freedom”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, (197), s. 261-276.
- Kıratlı M, “Niçin Almanya Bir Roosevelt ve Amerika Bir Hitler Çıkarmadı?”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 16(4), s. 163-174.
- Kuzu B, *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, 11. Baskı, Filiz Yayınevi, 2011.
- Leach P, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Blackstone Press, 2001.
- Loewenstein K, “Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I”, *The American Political Science Review*, 29(4), 1935, s. 571-593.
- Loewenstein K, “Militant Democracy And Fundamental Rights, I”, *The American Political Science Review*, 31(3), 1937, s. 417-432.
- Perinçek D, “Federal Almanya’da Neo-Nazi Sosyalist Rayh Partisinin (SRP) Yasaklanması”, *AÜHFD*, 25(3-4), 1968, s. 273-285.
- Robertson A H / Merrills J G, *Human Rights in Europe: A Study of European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Manchester University Press, 1993.
- Rosenau H, “Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı: Hukukun Düşmanı”, çev. Erhan Temel, *AÜHFD*, 57 4), 2008, s. 391-402.
- Sağlam F, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk*

Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25(2), 2019, s. 1236-1252.

- Saymen F H, “Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 11(1-2), 1945, s. 311-327.
- Sunay R, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2001.
- Tanör B, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, Öncü Kitabevi, 1969.
- Uygun O, *Devlet Teorisi*, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2015.
- Uygun O, *1982 Anayasa’sında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, 1992.
- Ünlütepe M, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Vernon R, *Locke on Toleration*, Cambridge Press, 2010.
- Yokuş S, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, Yetkin Yayınları, 2002.

